



НАУКОВИЙ ВІСНИК ЛЬВІВСЬКОЇ КОМЕРЦІЙНОЇ АКАДЕМІЇ СЕРІЯ ЮРИДИЧНА

Збірник наукових праць

Випуск № 1

Львів
ТзОВ "Камула"
2015

Редакційна колегія:

Щур Б. В., головний редактор, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального права та процесу Львівської комерційної академії, Заслужений юрист України.

Відповідальний секретар:

Федоров М. П., кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права та процесу Львівської комерційної академії.

Члени редакційної колегії:

Вдовичин І. Я., доктор політичних наук, професор, завідувач кафедри теорії держави і права Львівської комерційної академії.

Гришук В. К., доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, директор Навчально-наукового інституту права, психології та економіки Львівського державного університету внутрішніх справ.

Журавель В. А., доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, професор кафедри криміналістики Національного юридичного університету ім. Я. Мудрого, Заслужений юрист України.

Котуха О. С., кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права та процесу, декан юридичного факультету Львівської комерційної академії.

Кравчук В. М., доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного права та процесу Львівського національного університету імені Івана Франка, суддя Львівського окружного адміністративного суду.

Кучерявенко М. П., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри фінансового права Національного юридичного університету ім. Я. Мудрого, академік Національної академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України.

Микієвич М. М., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри європейського права Львівського національного університету імені Івана Франка.

Настюк В. Я., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності Національного юридичного університету ім. Я. Мудрого, член-кореспондент Національної Академії правових наук України.

Репецкий В. М., кандидат юридичних наук, професор, завідувач кафедри господарського права та процесу Львівської комерційної академії, завідувач кафедри міжнародного права Львівського національного університету імені Івана Франка, член експертної комісії Міністерства освіти та науки України з питань акредитації та ліцензування.

Стратонов В. М., доктор юридичних наук, професор, декан юридичного факультету Херсонського національного університету, Заслужений юрист України.

Тищенко В. В., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри криміналістики Національного університету "Одеська юридична академія", член-кореспондент Національної академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України.

Федик Є. І., кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільного права та процесу Львівської комерційної академії.

Шахун В. І., доктор юридичних наук, професор, професор кафедри кримінального права Національної академії внутрішніх справ України, член-кореспондент Національної академії правових наук України.

Шепітько В. Ю., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри криміналістики Національного юридичного університету ім. Я. Мудрого, академік Національної академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України.

Шановні колеги!



Наукова діяльність дедалі більшою мірою впливає на розвиток інтелектуального і продуктивного потенціалу суспільства і набуває статусу основного гаранта стабільного поступу держави і покращення добробуту людей.

Євроінтеграція України відкриває принципово нові перспективи не лише в політичній економіці, але й у розвитку наукової діяльності.

Вісник Львівської комерційної академії (серія юридична) містить понад 30 наукових праць, присвячених актуальним проблемам сучасної юридичної науки. В умовах сьогодення молода Українська держава перебуває на складному шляху формування правового суспільства. Особлива роль у побудові демократичної соціальної правової держави відводиться юридичній науці. Євроінтеграційні процеси в Україні є неможливими без належного правового забезпечення. Юридичний факультет Львівської комерційної академії готує всебічно підготовлених фахівців-юристів, спроможних виконувати завдання, поставлені керівництвом держави.

Глибоко переконаний, що опубліковані у віснику наукові праці професорсько-викладацького складу сприятимуть досягненню головної мети – підвищенню рівня юридичної науки.

З повагою

Куцик П. О.
ректор академії,
професор

Шановні колеги!



Повноцінне входження української вищої освіти в європейський освітній простір та ще в період національного піднесення, безкомпромісної боротьби за свободу і гідність, вимагає і водночас зумовлює розбудову міцних підвалин громадянського суспільства, заснованого на праві, порядку, законі, що сформульовані з урахуванням світової практики і найгуманніших традицій. Виконання таких завдань під силу фахівцям нового покоління, високі професійні компетенції яких стали результатом запровадження новітніх технологій навчання, поєднання в навчальному процесі теоретичних знань і практичних навичок, активізування наукової діяльності

професорсько-викладацького складу і студентства.

Приємно, що поява цього наукового видання відбувається на юридичному факультеті, де нещодавно опубліковано неординарну наукову працю “Актуальні проблеми правового регулювання в Україні та країнах ближнього зарубіжжя (в контексті співпраці з Європейським союзом)”, в якій представлені автори-науковці і студенти авторитетних університетів України і зарубіжжя. Враховуючи презентоване видання на факультеті, утворюється система, яка впевнено стимулюватиме нові ідеї, реалізовані в практичні справи. Можна стверджувати, що такими і наступними кроками факультет і надалі заявлятиме про себе як про потужний навчально-науковий правовий заклад у регіоні і в Україні.

Відзначимо, що інтенсивна навчально-методична робота на факультеті та вихід у світ для студентів кількох десятків сучасних навчальних підручників, посібників, на кшталт презентованого, відбулися завдяки впливанню у колектив професорів, які поєднували наукові знання з практичною діяльністю, здатних разом із омолодженням керівництвом на нові звершення, початок яким, поза дискусією, вже покладено останніми виданнями.

Успіхів, плідної творчої праці колективу факультету, ініціаторам цього надкорисного видання.

З повагою

Станіслав Скибінський,
проректор з науково-педагогічної роботи
Львівської комерційної академії,
лауреат Державної премії України в галузі науки і техніки 2011 р.,
к. е. н., професор

Шановні колеги!



Важливим компонентом професійної діяльності викладачів є наукова робота, яка спрямовує їх творчий пошук на розробку нових теоретичних концепцій, ефективних методик і освітніх технологій. Впровадження результатів наукової роботи у практику вищого навчального закладу суттєво підвищує рівень професійної підготовки майбутніх правників.

Юридичний факультет Львівської комерційної академії заснований у 1996 році. За час свого існування він перетворився в потужний правовий навчальний структурний підрозділ академії. На даний час на факультеті повноцінно працюють шість кафедр, на яких здійснюють навчально-педагогічну діяльність вісім докторів наук та професорів, 35 кандидатів наук та доцентів. Професорсько-викладацьким складом факультету здійснюється навчально-методичне забезпечення викладання 98 дисциплін професійного спрямування. За цей час підготовлено та випущено понад 1500 бакалаврів та спеціалістів, більше 300 магістрів. Випускники юридичного факультету працюють у різних галузях та сферах суспільного життя, здійснюючи правове забезпечення діяльності правоохоронних органів, судів, господарюючих суб'єктів.

Переконаний, що саме від Вас, дорогі науковці, від Ваших нових ідей та активної участі у суспільних перетвореннях великою мірою залежить правове майбутнє України та подальший розвиток юридичної науки.

Щиро бажаю Вам отримувати задоволення від роботи, творчого нахнення до наукових звершень та відкриттів, нових конструктивних рішень. Гордо несіть звання науковця та втілюйте у реальність свої ідеї.

З повагою

Олександр Котуха,
декан юридичного факультету
Львівської комерційної академії
к. ю. н., доцент

З М І С Т

Розділ 1. ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ Й ПРАВА.	9
<i>Котуха О. С.</i>	
Історичні аспекти становлення та розвитку правових презумпцій.	10
<i>Вдовичин І. Я.</i>	
Методологічні засади процесу правотворення в умовах глобалізації (застосування синергетичного підходу).	18
<i>Гентош Р. Є.</i>	
Принцип диспозитивності у правовому регулюванні	29
<i>Горецька Х. В.</i>	
Особливості механізмів правової соціалізації	35
<i>Санагурська Н. М.</i>	
Порядок припинення шлюбу та визнання його недійсним на українських землях у складі Російської імперії (XIX – початок XX ст.ст.).	42
<i>Ясінська М. І.</i>	
Політико-правові підстави української державності у працях с. Шелухіна	52
Розділ 2. АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС	57
<i>Гладун З. С.</i>	
Норми права, які регулюють адміністративні правовідносини у сфері охорони здоров'я, та особливості їх тлумачення	58
<i>Настюк В. Я.</i>	
Принципи перевірки судами рішень публічної адміністрації: порівняльно-правовий аспект.	71
Розділ 3. ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС	79
<i>Волинець Т. В.</i>	
Основні завдання і напрями роботи юридичної служби в господарських організаціях	80
<i>Голуб Г. М.</i>	
Правові відносини суб'єктів господарювання у бюджетній сфері	90
<i>Малига В. А., Репецький В. М.</i>	
Іноземне підприємство як суб'єкт господарювання	100
<i>Попадюк С. С.</i>	
Склад майна юридичної особи, визнаної банкрутом	101

Рабінович А. В.

Порівняльна характеристика цивільного та господарського кодексів щодо суб'єктів господарювання.	121
--	-----

Розділ 4. КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО. 131

Фігель Ю. О.

Проблеми обмеження права на доступ до інформації.	132
---	-----

Розділ 5. КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ 140

Сосніна О. В.

Потерпілий у складі злочину, передбаченого ст. 182 КК України “Порушення недоторканності приватного життя”	141
---	-----

Федоров М. П.

Проблеми формування та реалізації кримінально-правової політики в сучасній Україні	152
---	-----

Розділ 6. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА. 173

Стратонов В. М., Стратонова О. В.

Окремі проблеми слідчих (розшукових) дій.	175
---	-----

Журавель В. А.

Окремі методики в системі криміналістичних знань	187
--	-----

Шенітько В. Ю.

Трансформації в кримінальному процесі та деякі тенденції криміналістики в сучасних умовах.	201
---	-----

Щур Б. В.

Сучасний стан та перспективи розвитку криміналістичної методики	208
---	-----

Олашин М. М.

До питання застосування запобіжних заходів за КПК України	217
---	-----

Скибіцький Б. А.

Історичні витоки знань про негативні обставини в розслідуванні злочинів. . .	228
--	-----

Слупко В. М.

Тактика проведення допиту в умовах протидії	237
---	-----

Стецюк Б. В.

Особливості тактичних, процесуальних та організаційних засад підготовки, призначення та проведення судово-почеркознавчої експертизи	246
--	-----

Розділ 7. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС. 261

Федик Є. І., Федик С. Є.

До питання правового регулювання Торговельної марки.	262
--	-----

Ратушина Б. П.

Суд як суб'єкт доказування у цивільному судочинстві України 278

Розділ 8. МІЖНАРОДНЕ ПРАВО 285

Граб С. О.

Міжнародне регулювання права на освіту для осіб
з обмеженими фізичними можливостями 286

Музика Я. І.

Правове становище членів всесвітньої митної організації 295

Чабан О. М.

Міжнародне приватне право як галузь права України 308

Розділ 9. ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ. 317

Мацько М. А.

Пенсійні правовідносини в Україні: напрями реформування
пенсійної системи 318

Розділ 10. СУДОВА МЕДИЦИНА ТА ПСИХІАТРІЯ 331

Найда А. І., Малик О. Р.

Становлення та розвиток судової медицини на Львівщині. 332

Розділ 11. РЕЦЕНЗІЇ. 340

Назар Ю. С.

Грунтовне дослідження адміністративно-правового
регулювання охорони здоров'я в Україні 341

РОЗДІЛ 1

**ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ
Й ПРАВА**

Котуха О. С.

*к. ю. н., доцент, Львівська комерційна академія,
доцент кафедри цивільного права та процесу.*

ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ПРАВОВИХ ПРЕЗУМПЦІЙ

Ключові слова: доказ, доказовість, ймовірність, припущення, судження, презумпція.

Keywords: *evidence, evidence, probability, assumptions, opinions, presumption.*

Постановка проблеми. Серед правових явищ та категорій механізму правового регулювання окреме важливе місце посідають правові презумпції, а їх використання розглядається як один із способів пізнання об'єктивної дійсності.

Необхідність застосування презумпцій у праві пояснюється наявністю у них праворежуючих властивостей, оскільки їх застосування сприяє стабільності, пришвидшенню та спрощенню процесу правового регулювання, дозволяє застосовувати готові, типові висновки до певних ситуацій, що повторюються.

Разом з тим в теорії та практиці правового регулювання презумпції ще не знайшли свого належного висвітлення й, відповідно, науково-обґрунтованого практичного застосування. На подолання такої прогалини повинне сприяти наукове висвітлення історичних аспектів розвитку і становлення правових презумпцій.

Стан дослідження. Презумпції, як правова категорія, має багатовікову історію, що ввібрала в себе досвід та напрацювання видатних вчених та державних діячів різних суспільних епох у сфері правового регулювання.

Не дивлячись на достатньо фундаментальні наукові дослідження стосовно презумпцій (зокрема у працях західноєвропейських вче-

них XIX–XX століття), в українській правовій доктрині презумпції і на сьогодні не приділяється достатньої уваги.

Мета статті полягає у проведенні наукового аналізу історичних етапів становлення та розвитку інституту правових презумпцій, для реалізації можливості визначення їх характерних рис, а також проведенні сучасного наукового аналізу класифікації презумпцій, що дасть можливість визначити новітні ідеї сучасної теорії існування презумпцій у праві.

Виклад основних положень. Розвиток наукових поглядів стосовно поняття презумпції умовно можна розподілити на етапи:

- період давнього звичаєвого права;
- становлення і нормативне утвердження презумпцій періоду Давнього Риму;
- ототожнення презумпцій з прямими і непрямыми доказами періоду Середньовіччя;
- становлення презумпції як окремої правової категорії.

Традиційний правовий інститут презумпції бере свій початок з римського права. Саме римляни обрали на позначення даного поняття не самостійний термін, а багатофункціональне латинське слово *praesumptio*.

У римських джерелах права слово *praesumptio* вживалося в таких значеннях як привілей, протиправне привласнення, незаконне присвоєння права, погляд [9, 32]. В деяких джерелах *praesumptio* згадується у зв'язку із доказом (*probatio*).

Разом з тим правовий інститут презумпцій не є власним продуктом римського права, а коріниться в грецькій науці риторики, і був запозичений римськими вченими. Поняття доказу в риториці греків було набагато ширшим, ніж здійснення впливу на формування переконання судді або противника, якого надавали йому римські юристи. У їхньому розумінні доказ був загальним підтвердженням фактичного чи правового твердження.

Беручи за основу різний принцип дії засобів доведення, їх поділяли на дві групи: ті, які промовець повинен був приймати як незмінні, і ті, які могли створюватися “штучно” за допомогою аргументації промовця. Відповідно до цього грецький філософ Аристотель у своїх працях з логіки називав першу групу “не штучним”, а другу групу “штучним” доказом.

У період ранньої Римської республіки римляни почали використовувати засоби риторики в пануючому тоді легісакційному процесі. При доказах першої категорії (так званих *probationes inartificiales*), доведення здійснювалось за допомогою показань свідків, пояснень сторін, документів, висновків експертів, судового огляду, попереднього розгляду справи, чуток і репутації особи і вело безпосередньо до переконання. При *probationes artificiales* чи “штучних” доказах була необхідна аргументація, за допомогою якої необхідно було довести ймовірність певного невідомого факту. З цією метою використовувались непрямі докази, логічні висновки і типові приклади, які ритори називали *sigma*, *argumenta(tio)* і *exempla*. Через вплив риторики на римську юриспруденцію в період Пізньої Республіки було запозичене також і поняття “*praesumptio*” [9, 38].

Починаючи з IV ст. н. е. в східно-римських правових школах, на основі “*Corpus iuris*” формується *praesumptio iuris*. [11].

В часи Великого переселення народів і в ранньому Середньовіччі, у зв’язку зі змішуванням народів, сформувалось так зване *Vulgarrecht* – право давніх германців, що увібрало в себе елементи римського права. З появою перших університетів близько 1100 року розпочався етап наукового відновлення, було заново відкрите класичне римське право, яке поступово проникало в існуюче право і правничу думку (рецепція).

Заново відкриті в XI ст. римські дигести, а передусім “*Corpus iuris*”, потрібно було спочатку зробити загальнозрозумілими. Наукова, не орієнтована на практику, робота над цими джерелами призвела до того, що італійські юристи XII–XIII ст. доповнювали їх своїми поясненнями і примітками на полях текстів кодексів та законів, так званими глосами. Написанням глос займалися спочатку юристи Болонського університету, яких через цю роботу називали глосаторами. Саме тут у Болоні, в одному з перших університетів так звані глосатори відновили роботу над “*Corpus iuris civilis*”, а отже і над презумпціями.

Найвідоміший представник Болонської школи глосаторів Франциск Аккурсіус у своїй праці “*Glossa ordinaria*” (“Впорядкована глоса”) поділяв презумпції за їхньою дією на три відомі категорії. Першу групу він виділив як *praesumptio iuris et de iure* або *praesumptio*

legis чи *factio*, яка не допускає заперечень. Саме в працях глосаторів вперше з'явився інститут *praesumptio iuris et de iure*, який у формі процесуально-правової презумпції не був відомим римському праву і набув такого значення лише в епоху Середньовіччя. Другим видом була *praesumptio iuris*, щодо якої допускалась можливість її заперечення. Третя категорія *praesumptio hominis* або *factis*, не могла виступати самостійним доказом для суду, її підтвердження потребувало наявності також інших доказів [10, 261].

У Новий час, вчені знову повертаються до початкової теорії Аристотеля про презумпції. Вплив античних письменників помітний також і в працях Якоба Меноха, який одним з перших досліджував і опрацьовував проблему презумпцій не як підпункт доказового права, а як самостійну тему. Якоб Менох зробив кількісно найбільший вклад до цієї теми, через що його ще називають батьком цієї теорії [10, 263]. Він виділяє три групи презумпцій, які в його розумінні були штучними доказами: *praesumptio iuris et de iure*, *praesumptio iuris tantum* і *praesumptio hominis*. Першу групу він трактує як необхідний висновок, а дві інші – визначає як правдоподібний висновок і розрізняє їх лише за тим, що *praesumptio iuris* однозначно санкціонуються законом [10, 33].

У XVII–XVIII ст. юристи і далі дотримувалися виробленого в Середньовіччі поділу на *praesumptio iuris et de iure*, *praesumptio iuris* і *praesumptio hominis*. Незважаючи на різні наукові підходи і національні інтерпретації “*Corpus iuris*” та виходячи із спільного походження всіх цих варіантів, можна стверджувати, що теорія презумпцій з деякими винятками була єдиною для всієї Європи [9, 50]. Німецький представник цієї епохи Бемер, у своїй праці “*De collisione praesumptionum*” стверджує, що *praesumptio iuris et de iure* насправді не є презумпціями, оскільки вони випливають із умов правдоподібності, а не з реальних встановлених законом норм, які не допускають контраргументів. *Praesumptio iuris* припускають правдивість чогось або приймають щось за дійсне доти, поки не доведено протилежного [10, 38].

Уже в XIX ст. здійснюються кроки до формування сучасної теорії презумпцій. Зокрема, у Франції вперше в Європі було здійснено кодифікацію нового процесуального права у Кодексі Наполеона 1804 р.

(Code Civile). Кодекс Наполеона відмовився від законодавчо визначеного доказу та закріплював можливість вирішення суддею певних процесуальних питань на власний розсуд (*prevue morale*). Він став зразком для Італії, де вже в середині XIX ст. видано кодекс, в окремих статтях якого вже враховувався вільний розсуд судді і пов'язану з ним зміну значення презумпцій.

З середини XIX століття в юридичній науці здійснюється розуміння помилковості ототожнення презумпцій та непрямих доказів і розпочинається процес сучасного розуміння правових презумпцій, їх місця та ролі в правовому регулюванні. У 1854 році з'явилося одне з перших досліджень презумпцій світового рівня – праця Д. Меєра “О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях”, де автор висловив думку, що “припущення та доказ зовсім різні поняття і одне не відноситься до іншого як рід до виду” [2, 27]. Важливими дослідженнями питання презумпції стали робота І. Оршанського “О законных предположениях и их значении” (1874 року) і монографія Г. Ф. Дормідонтова “Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций” (1895 року). У літературі також зустрічається позиція щодо ототожнення презумпцій і доказів [7, 13], однак автори розмежовували юридичні презумпції та непрямі докази.

Поряд з доказами у правовій науці виділилась окрема правова категорія – презумпція. Усвідомлення важливості існування презумпцій у праві було наслідком відмови судочинства європейських держав від формальних доказів. У свою чергу це вимагало правової природи та формулювання презумпцій в нових умовах, вироблення їх класифікації.

Зацікавленість до нового розуміння презумпцій була досить поширеною і зачепила правову науку багатьох європейських держав. Вагомий внесок у дослідження правових презумпцій внесла німецька правова наука XIX ст. Розвиток змагального процесу та кодифікованих форм законодавства став позитивним фактором для застосування презумпцій. Так, у Німецькому Цивільному Уложенні (1900 року) метод презумування застосовується досить часто (§ 938, 1591, 1943 та ін), “Ad ea debeat adaptari ius, quae frequenter eveniunt – право повинне бути пристосоване до тих випадків, що зустрічаються часто” [12].

Презумпції були тією темою, в межах якої прагнення німецьких вчених до абстрактних визначень та класифікації знайшло сприятливе підґрунтя.

Найбільш повним дослідженням презумпцій стала праця німецького професора Буркгарда “*Civilistische Präsumtionen*” [10, 407]. Його робота здійснила значний вплив на становлення сучасної теорії презумпції і цей вплив відчувається і в ХХ ст.

Не всі вчені погоджувалися з безперечним фактом необхідності існування презумпцій у праві. З точки зору відомого російського юриста В. Спасовича: “Юридичні презумпції по суті взагалі зло, якого необхідно всіляко уникати” [4, 19].

Вчені радянського періоду також намагалися заперечувати існування презумпцій. Тадевосян В. С. писав: “...У радянському соціалістичному суспільстві і державі, у законах, діючих в СРСР, немає жодних завчасно встановлених припущень щодо винуватості чи невинуватості громадян, тому немає необхідності і в будь-яких упереджених припущеннях, презумпціях” [5, 70]. Інший державний діяч і науковець П. Стучка доводив, що презумпція в правознавстві зазвичай відноситься до сфери процесу і доказів, а оскільки наш процес не стоїть на точці зору формальних теорій доказів, то нам не потрібно довго зупинятися на даному понятті [8, 469].

Очевидно висловлені погляди щодо неприпустимості презумпцій в праві чи їх незначній ролі в правовому регулюванні – помилкові. Ситуації невизначеності, недоведеності при вирішенні правових спорів будуть завжди. На цій основі в праві завжди будуть знаходити застосування презумпції – ймовірні судження про наявність чи відсутність обставин, основані на зв'язку з іншими встановленими обставинами. Тому справедливим є висловлювання професора Ойгензіхта В. А. про те, що наявність презумпцій в праві – це беззаперечний факт [3, 9].

Деякі вчені намагались врівноважити факт існування правових презумпцій з принципом об'єктивної істини, вказуючи на високу ймовірність логічної природи правової презумпції. В. Воложанін висловлює думку, що характерною ознакою юридичних припущень радянського права є надзвичайно високий рівень ймовірності передбачуваних фактів, якої немає і не може бути в праві експлуаторських держав [1, 18].

Трактування презумпцій як припущень, що мають високий рівень ймовірності, зустрічається і в інших країнах. Згідно з І. Фрейгангом, презумпції в англійському доказовому праві мають значну ймовірність, а тому допускаються в силу закону [6, 111].

Висновки. Аналізуючи основні історичні етапи формування інституту презумпцій можна дійти таких висновків:

- поняття презумпції було введено у римську юриспруденцію періоду Пізньої Республіки, завдяки впливу грецької риторики;
- римська класифікація презумпцій на заперечні, незаперечні та такі, що не могли бути в якості самостійного доказу для суду, а тому потребували додаткових доказів, була єдиною у всій Європі до кінця XVIII століття;
- сучасна теорія презумпцій сформувалась на початку XIX століття: набула переосмислення роль презумпцій у сфері правового регулювання; відкинуто помилкове судження про тотожність презумпцій і непрямих доказів, презумпції стали самостійною категорією у змагальному процесі та кодифікованих формах законодавства;
- проблеми інституту презумпцій існують і сьогодні, беручи до уваги те, що вони застосовуються судами;
- необхідність застосування презумпцій у праві пояснюється наявністю у них праворегуючих властивостей, оскільки їх застосування сприяє стабільності, пришвидшенню та спрощенню процесу правового регулювання.

Список використаних джерел

1. **Воложанин В. П.** Юридические предположения в советском гражданском праве и процессе: Автореф. дис. канд. юридических наук. / В. П. Воложанин – Свердловск, 1953. – 26 с.
2. **Мейер Д. И.** О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях / Д. И. Мейер. – Казань, 1854. – 127 с.
3. **Ойгензихт В. А.** Понятие гражданско-правовой презумпции / В. А. Ойгензихт // Советское государство и право. – 1975. – № 10. – С. 25–33.
4. **Спасович В.** Обзор решений гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената по вопросам гражданского и торгового права за вторую половину 1871г. / В. Спасович // Журнал гражданского и уголовного права. Кн. 2. СПб., 1873 Март. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.grandars.ru>

5. **Тадевосян В. С.** К вопросу об установлении материальной истины в советском процессе / В. С. Тадевосян // Советское государство и право. – 1948. – № 6. – С. 70–76.
6. **Фрейганг И.** Английское доказательственное право / И. Фрейганг // Ученые записки МЮИ. – 1939. – Вып. 1. – С. 111–119.
7. **Штейнберг А.** Предположения как доказательства в гражданском процессе / А. Штейнберг // Советская юстиция. – 1940. – № 13. – С. 13–18.
8. **Энциклопедия государства и права.** Т. III [Под общ. ред. П. Стучки] / Коммунистическая акад., Секция общей теории государства и права. – М.: Изд-во Коммунистической акад., 1925–1927. – 841с.
9. **Cora Steinringer** “Beweisrechtliche Aspekte des Verbraucherschutzes bei allgemeinen oder für den Einzelfall vorformulierten Vertragsbedingungen im italienischen und deutschen Recht” Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der juristischen Fakultät der Universität Regensburg. – 2002. – S. 335.
10. **Burckhard, Hugo von:** Die civilistischen Präsumtionen / Von Hugo Burckhard Weimar: Landes-Industrie-Comptoir, 1866. – XX, 407 S.
11. <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest22.shtml>
12. http://www.allpravo.ru/law_dictionaries/dictionary656/65d660.html#660

Анотація

У статті висвітлено різноманітні аспекти поняття презумпції та історію її становлення, наведено найбільш поширені її визначення, розкрито юридичну природу та ознаки, а також проаналізовано їх вплив на правозастосовчу практику, розкрито їх процесуальну роль.

Annotation

In the article various aspects of concept of presumption and history of its development are reflected. Its most widespread determinations are presented and its legal nature and signs are exposed. Their influence on legal applicative practice is analyzed and their judicial role is exposed.

Вдовичин І. Я.

*д. п. н., професор, Львівська комерційна академія,
професор кафедри теорії держави і права.*

МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ПРОЦЕСУ ПРАВОТВОРЕННЯ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ (ЗАСТОСУВАННЯ СИНЕРГЕТИЧНОГО ПІДХОДУ)

Ключові слова: *Синергетика, право, свобода, глобалізація, людина.*

Keywords: *Synergy, law, freedom, globalization, human.*

Постановка проблеми. Очевидно, що зміни в житті сучасного суспільства в умовах глобалізації, які виявилися в першу чергу у зростанні кількісних вимірів благополуччя і комфорту та занепаді усталених поглядів у приватній і суспільній поведінці, викликали і певну корекцію щодо поглядів на обмежуючу та контролюючу роль права. Перш за все посилюються сумніви у спроможності усталених нормативістських підходів забезпечувати як безпеку держав від зовнішніх загроз, так і свободу окремої людини. Сучасна людина знову повинна давати відповідь на питання, чи потрібна їй свобода-право обирати власну долю і нести відповідальності за неї. Слушність такого вибору не завжди є очевидною, виходячи з критеріїв матеріального благополуччя у найближчому персональному майбутньому. У той час як певні зобов'язання потребують обмеження і самообмеження у сьогоденні. Небезпеку становить як свавілля, чи то особи, чи то суб'єктів влади, так і надмірна регламентація, обмежуючи, а то й зводячи нанівець ефективність людської діяльності. Виникає потреба у правотворенні, спроможному дати відповідь на проблему, поставлену сучасним етапом цивілізаційного розвитку.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання методології, як і застосування безпосередньо синергетичного підходу привертають значну увагу, і відповідно відображені у багатьох публікаціях. Серед них слід виокремити дослідження І. Пригожина [9], присвячене основним питанням синергетики, та роботу У. Бека [1] щодо влади і контрвлади в добу глобалізації. Серед праць, в яких аналізуються проблеми методології права вагоме місце належить роботам М. Кельмана [4] та А. Хірсіна [13]. Привертає увагу монографія Т. Доброван [2], в якій розкривається застосування синергетичних моделей для вивчення складних соціальних процесів в умовах глобалізації. Та використання синергетичного підходу до проблем правотворення ще не набуло належного відображення в наукових дослідженнях і вимагає предметного аналізу.

Постановка завдання. Методологічний вимір синергетичного підходу обумовлюється тим, що в процесі глобалізаційних процесів відбувається занепад попередньої парадигми. Відбувається перехід від стійкості і рівноваги до моментів нестабільності, які ведуть до якісних змін, до нелінійних переходів, покликаних виконувати роль основи для оновлення, інноваційних змін в складних системах. Безпосереднім нашим завданням є розкрити евристичної потенціалу застосування синергетичного підходу для процесу правотворення в умовах глобалізації.

Виклад основного матеріалу. Одна з характерних рис сучасної науки – зростаюча роль методології при вирішенні проблем збільшення і розвитку спеціалізованого знання. Методологія наукового пізнання виступає своєрідним синкретичним філософським вченням про систему апробованих принципів, норм і методів науково-пізнавальної діяльності, про форми, структуру і функції наукового знання і пошуку. Її призначення – виявити і осмислити рушійні сили, передумови, основи і закономірності розвитку досліджуваного об'єкта. Будучи тісно пов'язаною з теорією предмета, вона є невід'ємною частиною пануючої на даний час суспільно-політичної парадигми [8, 36]. Пропонований синергетичний підхід чи не найбільш адекватно розкриває функціонування складних самоорганізуючих об'єктів, зокрема людських спільнот, для яких характерні нелінійні процеси, відсутність жорстко обумовлених

детерміністських явищ. Особливо доречно логіка такого світорозуміння причинно-наслідкових складових людської поведінки в умовах глобалізації, яка радикально змінила технологічні можливості людини і поставила під сумнів усталені погляди на проблеми держави і права. Вона виростає з фундаментального постулату, згідно з яким людський розум не всесильний у своїх можливостях і ніколи не зможе повністю досягнути суспільство. Інтелект завжди обмежений у своїх уявленнях про смисл і цілі соціального прогресу, у визначенні масштабів і наслідків творчо-перетворювальної ролі, зокрема і правотворення. Німецький дослідник У. Бек, характеризуючи нормативну складову людського буття в умовах глобалізації, слушно зауважує: нестійкими є і старі, засадничі, інститути й системні правила гри, і специфічні організаційні форми та ролі діючих сил; усе це ламається, переписується й узгоджується наново у ході самої гри. Як далеко це може зайти, так само незрозуміло [1, 24]. І у той же час, людина не може існувати в ситуації тривалої невизначеності.

З огляду на те, що сучасний світ відзначається глобальними структурними перетвореннями та динамізмом, стає зрозумілою значна частина актуалізації проблем, пов'язаних з переглядом класичних підходів до праворозуміння загалом і, зокрема, до методології обґрунтування й систематизації правових інститутів [13, 86]. Та поки що, на наш погляд, у сфері правотворення немає переконливої відповіді на цивілізаційні виклики породжені глобалізацією. Зростає вплив вузько прагматичного підходу до розуміння норм, як інструменту покликаного забезпечувати простір персонального свавілля, що претендує на право ігнорувати сформовані за сотні, а нерідко і тисячі років людського співжиття обмежуючі правила. У зв'язку з цим доречним є застереження українського вченого М. Кельмана, що всі існуючі на сьогодні підходи до права за будь-якого ступеня їх складності можуть розглядатися як аналітичні плани юридичної науки, що дають односторонні уявлення про право [4, 246]. У той же час збільшення аналітичних підходів робить наші уявлення більш об'ємними, і дозволяє сформулювати наближене до об'єктивності уявлення про процес правотворення.

Ми ще не зіткнулися з глобалізацією як реалізованим єдиним економічним і політичним простором, та популярність подібних

ідей, вже дозволяє висловлювати певні застереження щодо сприйняття глобалізації як процесу, що сприяє виключно демократії і свободі. До певної міри реальність такої загрози вже усвідомлюється сучасною правовою думкою. Американські дослідники Джоулс Л. Коулмен і Джоді Краус у зв'язку з цим вважають, що коли право захищене якоюсь нормою невідчужуваності, будь-які передачі прав заборонені. Право на свободу індивіда від рабства й виборче право – права, захищені нормами невідчужуваності. На перший погляд, захист прав нормою невідчужуваності видається постановою, яка свідчить про відмову від ефективності на користь сприяння якомусь іншому соціальному благу. Зрештою, дехто цілком здатний мати бажання обміняти свої права на щось інше, і його дії можуть бути ефективними; в такому разі блокування таких трансферів може видаватися неефективним. Проте готовність проміняти якесь право, як-от свободу від рабства, на гроші може свідчити про брак або повної поінформованості, або раціональності [7, 453]. Дослідники усвідомлюючи проблему, пропонують її вирішення часто недостатньо переконливим шляхом. Звертаються до раціональності. А прагматичний інтерес конкретної особи в конкретний момент дійсності цілком вірогідно і полягає у відмові від свободи. Так, це інтерес окремого індивіда, за певних обставин, але він є. Тому не слід абсолютизувати особисті інтереси людини, вони можуть бути ворожі її власному буттю і тим паче цінності людського буття загалом. Захищаючи природні, невідчужувані права людини, дослідники прагнуть зробити це, спираючись на ідею поінформованого, раціонального індивіда, якого у дійсності не існує. Забуваючи, що власне усі творці ідеї природних прав тому і захищали її, що окремий індивід радше нераціональний. Отож слід створювати своєрідний захисний механізм, як у складних технічних приладах – “від дурня”.

Як окрема людина нерідко схильна відмовитися від свободи так і влада може створити умови, спонукаючи до прийняття такого рішення. Цікаво, що в “Енциклопедії постмодернізму” відсутній термін “свобода”, але є терміни “влада” і “право на владу”. Саму владу “Енциклопедія постмодернізму” визначає так: “Постмодерне уявлення про владу в загальному підсумку розуміє її як розподільчу

мережу, позбавлену меж (віртуальну), позбавлену центру (жоден суб'єкт не є "центром влади", "кожен" поділений і розподілений у характерній царині), кореневищну (на протигагу) закоріненій, іноді безладну. Як рій або зграя іноді без лідера або з тимчасовим лідером" [3, 73]. Такий підхід, як бачимо, виходить із сприйняття людської спільноти як неорганізованого скупчення окремішностей. При такому перебігу подій ми не просуваємося вперед, а радше повертаємося у природний стан людської спільноти, змодельований Т. Гоббсом, при якому дійсно неможливе накопичення матеріальних і духовних цінностей, як і існування цивілізації загалом. Право ж є силою, що протистоїть свавіллю, явищем, що виникає "природним чином" поряд із іншими основними атрибутами соціального буття людини, такими, наприклад, як сім'я або власність. Звідси впливало й інше важливе положення природно-правової думки, а саме: зміст закону має критично оцінюватися з позицій знання про належне природне право. Сучасний природно-правовий підхід, претендуючи на виявлення сутності і значення правових явищ, які приховані за формальними ознаками позитивного права, вимагає оцінити їх і з аксіологічної точки зору [12, 94–95].

Для сучасного праворозуміння вже загальновизнаною є думка про певну нетотожність права та вираженої в офіційному законі волі суб'єкта державної влади, у зв'язку з чим деонтологічні орієнтири цієї волі потребують легітимаційного обґрунтування з точки зору онтології правового смислоутворення. В іншому разі підвищується ризик перетворення суб'єктивної волі, закріпленої юридичним законом у невиправдану "сваволю" владного суб'єктивізму [13, 95]. Безперечно, слід уникати абсолютизації як прав особи так і колективних прав.

Для вирішення цієї проблеми доречним, коли йде мова про право творення, видається застосування системного підходу, в межах якого достатньо зважено поєднується персональне і групове. Сутність такого підходу полягає у комплексному дослідженні великих і складних об'єктів (систем), дослідженні їх як єдиного цілого з узгодженим функціонуванням усіх елементів і частин. Згідно із системним підходом, система – це цілісність, яка становить єдність закономірно розташованих і взаємопов'язаних частин [14, 61].

Сутність синергетичного (синергійного) підходу, як більш складного варіанту системного підходу, полягає в дослідженні процесів самоорганізації та становлення нових упорядкованих структур. Він реалізується в дослідженні систем різної природи: фізичних, біологічних, соціальних, когнітивних, інформаційних, екологічних та інших. Предметом синергетики є механізми спонтанного формування і збереження складних систем, зокрема тих, які перебувають у стані стійкої нерівноваги із зовнішнім середовищем. У сферу його вивчення потрапляють нелінійні ефекти еволюції систем будь-якого типу, кризи і біфуркації – нестійкої фази існування, які передбачають множинність сценаріїв подальшого розвитку.

З позицій синергетичного підходу неможливо традиційними жорсткими детерміністськими методами вивчати розвиток складноорганізованих систем. Ідея нелінійності включає багатоваріантність, альтернативність шляхів еволюції та її незворотність. Час стає невід’ємною константою еволюції, оскільки в нелінійних системах у будь-який момент може виникнути новий тип рішення, який не зводиться до попереднього. Синергетичний підхід демонструє, яким чином і чому хаос може розглядатися як чинник творення, конструктивний механізм еволюції, як з хаосу власними силами може розвиватися нова організація [14, 66]. Не слід забувати, що якраз організація забезпечує систему властивою їй різноманітністю [10, 24]. Продуктивним є застосування синергетичного підходу до аналізу самоорганізації соціальних систем, узгодження їхніх рушійних сил – мотиваційних спрямованостей соціальних об’єктів на основі певних духовних та культурних цінностей. Синергетика як теорія самоорганізації дає ключ до розуміння не лише механізмів нестабільності, а й механізмів стійкості складних систем. “Ми знаємо, наскільки складні системи володіють високою чутливістю щодо флуктуацій. Це дає нам водночас і тривогу, і надію; надію на те, що навіть найменші флуктуації можуть посилювати та змінювати свою структуру (це означає, зокрема, що індивідуальна активність зовсім не приречена на беззмисловність); тривогу – тому що наш світ, напевне, назавжди позбувся стабільних, непроминаючих законів” [10, 386]. Таким чином, не слід тлумачити синергетичний підхід як звільнення людини від усіх табу, сформованих

попередньою культурно-духовною та історико-політичною еволюцією людини. Перш за все мова йде про свободу людини як невід’ємну складову її буття і цілісності, при одночасному розумінні складності і необхідності поєднати цілісність, тривання і спроможність до змін. Тільки людська діяльність долає цю невизначеність і утримує світ. Руйнують його як повний релятивізм, так і повна стабільність, стосується це як соціальних, так і несоціальних систем. Українська дослідниця Т. Доброван, характеризуючи специфіку синергетичного підходу, виокремлює певні характерні риси. Щодо методологічного застосування до суспільних процесів, і безпосередньо – правотворення, найбільшу увагу привертають такі: нелінійний механізм становлення когерентності, зв’язаності подій, виникнення загально визнаних зразків когнітивної поведінки і мислення; можливість конструктивної взаємодії з нелінійними системами свідомості і знанням, шляхом топологічно правильно організованих, так званих резонансних впливів [2, 29]. Таким чином зберігається можливість регулюючої ролі норми права через певну її “вмонтованість” у відповідний цивілізаційно-культурний і морально-етичний контекст. Цікавими у цьому плані є ідеї американського вченого А. Маслоу, який запропонував при характеристиці людських спільнот застосовувати поняття “висока синергія” і “низька синергія”. Суспільства “високої синергії” засновані на соціальному порядку, при якому індивід однією і тією ж дією і в один і той же час досягає вигоди і для себе, і для групи [9, 195]. Досягнення такого результату вимагає складного поєднання взаємодії норм права і відповідних укорінених стандартів співжиття, переважна частина яких визначається мораллю і не є формально в нормована. Та функціонування моралі як впливового регулюючого чинника людської поведінки, на пряму залежить від того, у якій мірі задекларовані норм права застосовуються, їх дотримання сприймається суспільством, як соціально, так і особисто необхідним. Суть синергетичного підходу щодо людської діяльності можна так охарактеризувати: “Що б ми не називали реальністю, вона відкривається нам тільки в процесі активної побудови, в якій ми беремо участь” [10, 364].

Складність сучасної цивілізації обумовлює значимість поведінки людини, яка спроможна, у разі деструктиву, перекреслити над-

бання попереднього цивілізаційного поступу. Популярні на теперішній час розмови про правову державу іноді є спробою шляхом розширення меж регламентації поставити під сумнів можливість людини бути вільною і свідомо застосовувати власну свободу. Та чи запропонували сучасні мислителі – прихильники уніфікації щось більш ефективно для творення правового поля, ніж їх попередники, які вважали, що свобода стає можливою тоді, коли люди підкоряють себе авторитетові морального закону, який походить від розуму, базованому на ціннісному виборі визнання за людиною невідчужуваного права на життя, власність і свободу?

Нову спробу, переважно технократичного вирішення проблеми реалізації свободи особи в умовах глобалізації, запропоновано Е. Тоффлером у праці “Третя хвиля”. Автор пропонує своє бачення глобального інформаційного наступу і викликаних ним змін у сфері державно-правових відносин. Він наголошує, що, руйнуючи наші сім’ї, розхиляючи нашу економіку, паралізуючи нашу політичну систему, розбиваючи наші цінності, Третя хвиля зачіпає кожного. Вона змінює всі співвідношення сил, привілеї й прерогативи сьогоденнішої еліти, чиє становище стало вкрай хитке, і створює тло, на якому завтра відбуватимуться визначальні битви. Багато в цивілізації, що народжується, суперечить старій традиції індустріальної цивілізації. Вона є водночас високотехнічною й антиіндустріальною. Для вирішення породжених Третьою хвилею труднощів Е. Тоффлер запропонував власний проект змін державно-правового реформування: “Чим швидше ми почнемо створювати альтернативні політичні інституції, оперті на три принципи, – владу меншин, напівпрямую демократію, поділ рішень, тим кращими будуть наші можливості для мирного переходу” [11, 33]. У той чи інший спосіб У. Бек – пропагандист позитивної спрямованості глобалізації – поділяє подібні підходи, наполягаючи, що лише критика національно-державної ортодоксії та нові категорії, що беруть на озброєння новий космополітичний погляд, надають нові шанси у боротьбі за владу [1, 40].

Не дискутуючи щодо конкретних механізмів майбутнього державно-правового інструментарію, слід би ще раз висловити застереження щодо найдемократичніших проектів соціально-політичних

перетворень, які є породженням окремих інтелектуалів, не мають підтримки морально-культурної традиції і не передбачають альтернатив. Такий варіант розвитку подій неминуче ускладнить процес реалізації свободи особи через те, що суспільству пропонується узаконення фрагментарності, своєрідне, інформатизоване повернення в трайбалізм, де особа буде замкнена в своїй меншині, де рішення приймається плем'ям. Таким чином навряд чи людина зможе активно обстоювати своє право на індивідуальність. Сучасні проекти соціального перетворення мають переважно прогностичний характер, на щастя вони позбавлені фанатичного запалу і безкомпромісності, що робить такі проекти швидше утопічним застереженням.

Пропонований для правотворення в умовах глобалізації синергетичний підхід, на наш погляд, дозволяє поєднати збереження цілісності людського суспільства, певну єдність ціннісних критеріїв, із новоевропейською доктриною природних прав, згідно з якою моральний, помірно раціональний індивід править за наріжний камінь політичної і неpolітичної організації суспільства, сенс існування цього суспільства. Перш ніж стати юридичною нормою, правило поведінки неминуче повинно виступати чи то як філософський, правовий, етичний, політичний, чи інший принцип, звичай або традиція, усвідомлювані хоча б частиною суспільства як цінність. Головним на стадії формування ідеї необхідності регулювання суспільних відносин є соціальний мотив, тобто суспільна необхідність регулювання визначених варіантів поведінки учасників суспільних відносин, що повинні стати загальнообов'язковими правилами поведінки, вміщеними в певному джерелі права, наприклад, у нормативно-правовому акті [6, 123]. Намагання, покликаючись на викликану глобалізацією певну нестабільність практично в усіх сферах суспільного життя, заперечити соціальну необхідність відповідального визначення норм є небезпечним, провокує Гобсівську "війну усіх проти всіх". У той же час, наголос на демократичних процедурах нерідко є інструментом маніпуляції, засобом перекласти відповідальність за прийняття небезпечних, з точки зору збереження людської свободи, рішень на "більшість", шляхом використання спроможностей сучасних інформаційних технологій. В цьому контексті можна погодитись з думкою, що в усіх країнах, які

належать до розвинених демократій, спостерігається певний елемент авторитаризму [5, 39]. Забезпечується така “авторитарність” через існування авторитетного правлячого класу, чий рішення можуть бути сприйняті і в тому випадку, навіть якщо недостатньо популярні, і в тій чи іншій мірі ускладнюватимуть життя наближчим часом. Позиція еліти, яка пропонує ті чи інші рішення, для того щоб бути переконливою, повинна спиратися на власну традицію дотримання права. Дієвість такого підходу забезпечує свідомо нееліта, здатна достатньо раціонально оцінювати діяльність еліти та ефективно на неї реагувати, тобто забезпечувати над нею контроль через власну активну позицію і усвідомлення вагомості ціннісної норми. Інститути самі по собі не спроможні реалізовувати покладені на них функції, це здійснює конкретна людина, через активну діяльність. Такий погляд є змістом синергетичного підходу щодо правотворення.

Висновки. Застосування синергетичного підходу надає евристичний потенціал складним процесам правотворення в умовах глобалізації. Обумовлено це зорієнтованістю синергетичного розуміння правових явищ як нелінійних, із багатовимірними причинно-наслідковими зв'язками між людиною, нормою, культурною, історичною, політичною традицією і новітніми соціально-економічними і технологічними обставинами. Проблема поєднує у собі багато аспектів і потребує належного дослідження, перш за все – співвідношення національного суверенітету і повноважень наднаціональних органів.

Список використаних джерел

1. **Бек Ульріх.** Влада і контр влада у добу глобалізації. Нова світова політична економія / Ульріх Бек.; пер. з нім О. Юдіна. – К.: Ніка-Центр, 2011. – 408 с.
2. **Доброван Т. И.** Синергетическая модель развития английского языка. Монография / Т. И. Доброван. – Одесса: КП ОГТ, 2014. – 400 с.
3. **Енциклопедія постмодернізму** / за ред. Ч. Е. Вінквіста та В. Е. Тейлора // пер. з англ. Віктора Шовкуна. – К.: Вид-во Соломії Павличко “Основи”, 2003. – 503 с.
4. **Кельман М. С.** Юридична наука: проблеми методології: монографія / М. С. Кельман. – Тернопіль: ТзОВ “Терно-граф”, 2011. – 492 с.
5. **Кіндратець О.** Критерії визначення сильної держави / О. Кіндратець // Політичний менеджмент. – 2004. – № 2. – С. 35–46.

6. **Копейчиков В. В.** Правознавство. Підручник / В. В. Копейчиков. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 736 с.
7. **Коулмен Джуліус Л.** Новий погляд на теорію юридичних прав / Джуліус Л. Коулмен, Джоді Краус // *Філософія права* / За редакцією Джоела Фейнберга, Джуліа Коулмена; пер. з англійської П. Таражук. – К.: Видавництво Соломії Павличко “Основи”, 2007. – С. 451–465.
8. **Левенець Ю.** Теоретико-методологічні засади української суспільно-політичної думки: проблема становлення та розвитку (друга половина XIX – початок XX століття / Юрій Анатолійович Левенець. – К.: Стило, 2001. – 585 с.
9. **Маслоу А.** Новые рубежи человеческой природы: пер. с англ. / Абрахам Маслоу. – М.: Смысл, 1999. – 425 с.
10. **Пригожин И.** Порядок из хаоса: Новый диалог человека с природой / И. Пригожин, И. Стингер; пер. с англ. Ю. А. Данилова – М.: Прогрессе, 1986. – 431 с.
11. **Тоффлер Е.** Третья волна: міжнародний футурологічний бестселер / Елвін Тоффлер; пер. з англ. А. Євса. – К.: Вид. дім “Всесвіт”, 2000. – 480 с.
12. **Філософія права:** підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. Г. Данильян, О. П. Дзьобан, О. С. Максимов та ін. / за ред. д-ра філос. наук, проф. О. Г. Данильяна. – Харків: Право, 2009. – 208 с.
13. **Хірсін А. В.** Методологія обґрунтування права: Від класики до сучасності: Монографія / А. В. Хірсін. Київ: ТОВ “НВП “Інтерсервіс”, 2013. – 380 с.
14. **Шейко В. М.** Організація та методологія науково-дослідницької діяльності: підручник. – 4-те вид. і доп. / Н. М. Кушнаренко, В. М. Шейко – К.: Знання, 2004. – 307 с.

Анотація

Проаналізовано концептуальні підходи синергетичного методу для дослідження процесу правотворення в умовах глобалізації. Визначено вплив, у відповідності до синергетичного підходу, взаємозв'язку духовно-культурної традиції, інституційних та процесуальних інструментів на реформування права. Висловлено застереження як щодо ігнорування глобалізаційних викликів, так і надмірного новаторства. Розкрито значення історичної складової людського буття для ефективного процесу правотворення в умовах радикальних трансформацій усіх сфер життя людини.

Annotation

This article presents an analysis of conceptual approaches of synergetic method in the research of lawmaking process in conditions of globalization. It defines, according to a synergistic approach, influence of the relationship of spiritual and cultural traditions, institutional and procedural tools on the reformation of law. The article contains also the warnings about ignorance of globalization challenges and excessive innovativeness. It also reveals the meaning of historical component of human existence for efficient process of lawmaking in conditions of radical transformation of all spheres of human life.

Гентош Р. Є.

Львівська комерційна академія

старший викладач кафедри цивільного права та процесу

ПРИНЦИП ДИСПОЗИТИВНОСТІ У ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ

Ключові слова: *принципи права, методи права, диспозитивність у праві, принцип диспозитивності, метод диспозитивності, ознаки приватного права.*

Keywords: *principles of law, methods of law, non-mandatoryness in a law, principle of non-mandatoryness, method of non-mandatoryness, sign of private law.*

Постановка проблеми. Принцип диспозитивності є одним з найважливіших принципів правового регулювання. Більшість наукових досліджень цього принципу спрямовані на розкриття його процесуального змісту. Однак матеріально-правовий зміст цього принципу належним чином не розкритий. Хоча його процесуальний аспект є похідним від матеріального. Крім того, принцип диспозитивності є вираженням диспозитивного методу правового регулювання, який є визначальним для галузей приватного права. Відсутність прямого закріплення цього принципу в галузевих нормах ускладнює його практичне застосування, оскільки спричиняє неоднакове розуміння його змісту та позбавляє можливості посилатися на цей принцип при вирішенні спорів.

Стан дослідження. Незважаючи на те, що принцип диспозитивності є одним з найважливіших принципів права, він переважно досліджувався лише виключно як принцип процесуальних галузей права. Водночас його матеріально-правовий зміст належним чином досліджений не був, хоча наявність такого принципу у процесуальному праві є наслідком його існування в матеріальному праві.

Певну загальнотеоретичну базу для подальшого дослідження принципів права було закладено ще радянською правовою наукою у працях таких вчених як Алексєєв С. С., Александров М. Г., Васильєв А. М. та ін.

Поняття та ознаки принципів права розкрито у працях таких українських вчених-юристів як Кельман М. С., Колодій А. М., Скакун О. Ф., Рабінович П. М., Копейчиков В. В.

Принцип диспозитивності у галузевих правових науках досліджувався лише як принцип процесуального права. Водночас матеріально-правовий зміст принципу диспозитивності досліджений не був.

Метою статті є дослідження принципу диспозитивності як одного з проявів диспозитивності у правовому регулюванні, його взаємозв'язку з методом диспозитивності, обґрунтування необхідності прямого закріплення диспозитивності в нормах права.

Виклад основного матеріалу. Диспозитивність у правовому регулюванні має різні прояви. Насамперед в працях багатьох вітчизняних та зарубіжних вчених диспозитивність розглядається як метод правового регулювання або як його ознака. Разом з тим диспозитивність також є одним з принципів права, однією з основоположних засад правового регулювання. Диспозитивний метод та принцип диспозитивності перебувають у певному взаємозв'язку. Принцип диспозитивності є визначальним у тих галузях права, де домінуючим є диспозитивний метод правового регулювання, зокрема у цивільному, цивільному процесуальному, сімейному, житловому праві та інших галузях, які належать до приватного права.

Наявність диспозитивного методу правового регулювання є беззаперечним та визнається переважною більшістю представників правової науки як в Україні, так і за її межами. Так, на думку російських вчених Комарова С. А. та Малька А. В. диспозитивний метод є одним з основних методів права (метод рівноправ'я сторін, координації, який ґрунтується на дозволах) [1, 326].

Подібний підхід відображений і в українській правовій науці. Так, автори підручника “Загальна теорія держави і права” – викладачі Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, розкриваючи питання про предмет та метод правового регулюван-

ня як вихідні критерії поділу системи права на галузі та інститути зазначають, що до найбільш загальних методів належать: централізований (імперативний) метод та децентралізований (диспозитивний) метод. Правомірні дії тут є індивідуальним, “автономним” джерелом юридичної енергії, і відповідно до цього, положення суб’єктів характеризується договірними відносинами взаємної координації. [2, 257].

Луць Л. А., характеризуючи метод правового регулювання вказує, що слід розрізняти такі методи як імперативний (спосіб впливу на учасників суспільних відносин, які перебувають у підпорядкуванні), в основі якого покладено зобов’язання та заборони, та диспозитивний (спосіб регулювання суспільних відносин між учасниками, які є юридично рівними), що ґрунтується на дозволах. Крім того, серед методів правового регулювання Л. А. Луць виділяє стимулюючий та рекомендаційний.

Розкриваючи ознаки публічного та приватного права, однією з ознак публічного права Л. А. Луць вважає імперативний метод (субординаційні способи впливу), а до ознак приватного права відносить диспозитивний метод (координаційні способи впливу) [3, 162–163].

Отже, диспозитивний метод правового регулювання характерний для приватного права.

Окремі вчені-юристи наголошують на тому, що диспозитивність – це одна з характерних ознак методу правового регулювання [4, 85–93; 5, 34–42].

На думку С. С. Алексєєва, визначальними в галузевому режимі є особливості регулятивних властивостей певної галузі, притаманних їй засобів та прийомів регулювання. Для головних підрозділів правової системи – основних галузей ці особливості є настільки значними, що вони втілюються у своєрідних, специфічних для даної галузі методі та механізмі правового регулювання. Й хоча методи та механізми, що їм відповідають, ґрунтуються на двох найпростіших началах – централізованому та диспозитивному регулюванні, які в кожній галузі у поєднанні з усією сукупністю способів правового впливу – дозволами, заборонами, позитивними зобов’язуваннями отримують своєрідне вираження [6, 192–193].

З огляду на висловлені різними вченими позиціями, можна стверджувати, що метод у приватному праві ґрунтується на диспо-

зитивності. І фактично ця характеристика правового регулювання дала назву диспозитивному методу, оскільки найбільш точно виражає його сутність.

Принцип диспозитивності розглядається галузевими правовими науками, перш за все, як принцип здійснення прав суб'єктів правовідносин, а не як принцип права загалом, та досліджується науками процесуального права, а не матеріального. Такий підхід дозволяє лише частково розкрити зміст принципу диспозитивності, бо не охоплює його матеріально-правовий зміст, який є первинним відносно процесуального.

Для повноти дослідження принципу диспозитивності необхідно, перш за все, на загальнотеоретичному рівні з'ясувати зміст такого поняття як “принцип права”.

У перекладі з латинської мови слово *princĭpum* означає начало, основне положення, керівну ідею.

С. Н. Братусь визначав поняття “принцип” як “провідне начало, закон руху матерії або суспільства, а також явищ, що включені у ту чи іншу форму руху”, як “рушійну силу” або “закон, що належить до конкретної групи соціальних явищ” [7, 47–48].

З точки зору відомого правника радянської доби, В. П. Грібанов подавав визначення “принципів радянського права” як “керівні положення соціалістичного права, його основні начала, що виражають об'єктивні закономірності, тенденції та потреби суспільства, визначають сутність всієї системи, галузі чи інституту права та в силу їх правового закріплення мають загальнообов'язкове значення” [8, 13].

Н. А. Чечіна та Б. В. Шеїндлін розглядають принцип права як керівну ідею [9, 78; 10, 65].

Г. А. Свердлик вважав, що принципи права – це стабільні нормативно-керівні положення, відповідно до яких будується нормативна база правового регулювання [11, 17].

С. Є. Фролов розкриває поняття принципу права через його ознаки, зокрема, він вважає, що це “універсальний, істинний, фундаментальний нормативно-правовий припис (начало, вимога, імператив тощо), який визначає загальну спрямованість правового регулювання, високу якість та ефективність юридичної практики (правотворчої, правозастосовчої та ін.) [12, 11].

Юридичні властивості принципів права дозволяють роблять їх важливим елементом системи права.

У правотворчій діяльності принципи права є ціннісним орієнтиром – найважливішими ідеями, що закладаються у зміст правових норм. Однак часто, принципи права не знаходять свого прямого закріплення, що ускладнює їх практичне застосування. Разом з тим, системний аналіз норм права дозволяє їх виявити.

Принципи права загалом та принцип диспозитивності зокрема відіграють важливу роль у застосуванні норм права. Зміст будь-якої норми права необхідно сприймати як елемент системи права. Правильне застосування кожної конкретної норми права так чи інакше залежить від розуміння особою, яка її застосовує, системного взаємозв'язку між нормами та основними ідеями, які виражає та чи інша галузь права. Іноді внаслідок недоліків у правовому регулюванні одна норма права може суперечити іншій. У разі, якщо ці норми закріплені у нормативних актах, які мають однакову юридичну силу, вирішити цю суперечність є можливим на основі принципів права. Тому пряме закріплення принципів права у нормах права має важливе системоутворююче та систестабілізуюче значення.

Принцип диспозитивності, незважаючи на його визначальне місце в системі права, не був безпосередньо закріплений у нормах права, що ускладнює його практичне застосування.

На нашу думку, цей принцип з огляду на його значення в системі права потребує прямого закріплення в нормах права. У зв'язку з цим постає питання про формулювання змісту цього принципу. Варто запропонувати таке визначення принципу диспозитивності: “Учасники правовідносин здійснюють свої суб'єктивні права на власний розсуд. Їм гарантується безперешкодне здійснення їхніх прав. Інші учасники правовідносин зобов'язані не чинити перешкод особі, якій належить суб'єктивне право, у його здійсненні”.

Список використаних джерел

1. Комаров С. А., Малько А. В. Теория государства и права. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА М, 1999. – 448 с. – С. 326.
2. Загальна теорія держави і права: підручник / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Харків: Право, 2002. – 432 с. – С. 257.

3. **Луць Л. А.** Загальна теорія держави та права: Навчально-методичний посібник. – К.: Атіка, 2008. – 412 с. – С. 162–163.
4. **Яковлев В. Ф.** Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений: Учебное пособие, – Свердловск, 1972. – 210 с. – С. 85–93.
5. **Молчанова Т. Н.** Диспозитивность в советском гражданском праве / Диссертация канд. юрид. наук. – Свердловск, 1972. – С. 34–42.
6. **Алексеев С. С.** Теория права. – М.: Издательство БЕК, 1995. – 320 с. – С. 192–193.
7. **Братусь С. Н.** Принципы советского гражданского права // Правоведение. – 1960. – № 1. – с. 47–48.
8. **Грибанов В. П.** Принципы осуществления гражданских прав // Вестник МГУ. Серия XII Право. – 1966. – № 3. – С. 13.
9. **Чечина Н. А.** Принципы советского гражданского процессуального права и их нормативное закрепление // Правоведение. – 1960. – № 3. – С. 78.
10. **Шейндлин Б. В.** Сущность советского права. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1959. – С. 65.
11. **Свердлык Г. А.** Принципы советского гражданского права. – Красноярск: Издательство Красноярского университета, 1985. – 200 с. – С. 17.
12. **Фролов С. Е.** Принципы права (вопросы теории и методологии) / Автореф. дисс. канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2001. – 168 с. – С. 11.

Анотація

Ця стаття присвячена принципу диспозитивності як одному з найважливіших принципів права, його змісту та особливостям. Проаналізовано його взаємозв'язок з диспозитивним методом правового регулювання. Висловлено точку зору, що принцип диспозитивності має важливе значення як для системи права загалом, так і для галузей приватного права зокрема. Для галузей приватного права цей принцип є визначальним, оскільки вказує на одну з найбільш істотних ознак цих галузей. У статті також обґрунтовано необхідність прямого закріплення цього принципу в нормах права.

Annotation

This article is devoted principle of non-mandatory as one of major principles of law, his maintenance, and to the features, his intercommunication is analysed with the non-mandatory method of the legal adjusting. The point of view is expressed, that an important value has principle of non-mandatory both for the system of law on the whole and for the fields of private law in particular. For the fields of private law this principle is determining, as specifies on one of the most substantial signs of these fields. In the article also grounded necessity of the direct fixing of this principle for the norms of law.

Горецька Х. В.

*к. ю. н., Львівська комерційна академія,
асистент кафедри цивільного права і процесу*

ОСОБЛИВОСТІ МЕХАНІЗМІВ ПРАВОВОЇ СОЦІАЛІЗАЦІЇ

Ключові слова: *правова соціалізація, механізм соціалізації, соціалізуючі фактори, ідентифікаційна модель, правова інтеграція.*

Keywords: *legal socialization, mechanism of socialization, socialisative factors, identity model, legal integration.*

Проблема механізму не лише правової соціалізації, але й соціалізації загалом не знайшла свого однозначного вирішення у науковій літературі, а тому залишається актуальною досі.

Правова соціалізація є наріжним каменем загальнотеоретичного правознавства. Ця тема залишається цікавою не лише для юристів, зокрема у галузі філософії права, але й для соціологів, психологів та філософів. Цим можна пояснити неабияку увагу до означеного питання в літературі. Але, як і у випадку з багатьма іншими інтегральними проблемами, увага з боку фахівців призвела не стільки до вирішення питань, скільки до усвідомлення складності та комплексного їх характеру.

Метою даної статті є дослідження понять “механізм соціалізації” та “механізм правової соціалізації”, а також їх співвідношення з точки зору філософії права.

Під механізмами соціалізації слід розуміти механізми переходу внутрішніх стимулів (інстинктів) в соціально прийнятні форми; зовнішнє стимулююче підкріплення тієї чи іншої поведінки і вчинків [2, 175–176]; систему соціальних зв'язків і відносин, що формують потреби та мотиваційну структуру особи, а також визначають основну спрямованість їхніх дій до соціальних цінностей суспільства

за допомогою різноманітних відносин [4, 69]; різні стихійні, спеціально неорганізовані впливи середовища, найближчого оточення, завдяки яким зовнішні регулятори, групові норми та приписи переводяться у внутрішній стан, стають внутрішніми поведінковими регуляторами [1, 35].

Існує надзвичайно багато поглядів стосовно видів механізмів соціалізації особи, у тому числі правової. Крім того, поряд із терміном “механізм соціалізації”, використовуються також інші поняття (способи, форми соціалізації), які позначають по суті ті самі явища. Ґрунтовне дослідження механізму соціалізації було здійснено в рамках психологічної та соціологічної наук, а також знайшло свій відбиток у філософії права.

3. Фрейд одним з перших виділив механізми соціалізації, до яких відносяться: підтвердження – виключення, заборона, заміщення (підстановка), імітація, ідентифікація [9, 243]. Він підкреслював вирішальну роль раннього дитячого досвіду в розвитку особистості і значення відносин з батьками, за допомогою яких культурні цінності конституюються в особистості. За Фрейдом, основними в процесі соціалізації є стадії психосексуального розвитку, при яких відбувається розгортання вроджених властивостей підлітка в конфлікті з вимогами суспільства.

Тож в подальшому прихильники фрейдизму виділяють з-поміж механізмів соціалізації принаймні чотири – імітацію (прагнення копіювати модель поведінки), ідентифікацію (засвоєння установок і цінностей, прийнятих як свої власні), сором (як переживання викриття та ганьби, пов’язаних з реакціями інших людей), почуття провини (переживання, пов’язане з покаранням себе незалежно від інших) [10, 73].

Аналіз механізму соціалізації на основі системного підходу представив науковій громадськості Є. Столбун. Він визначає механізм соціалізації саме як систему елементів з певним принципом їх взаємозв’язку. Будь-яка зміна в одній з ланок системи веде до зміни у всіх інших. Елементами цієї системи, з одного боку, є людський індивід (внутрішня сторона системи), а з іншого – соціалізуючі фактори: сім’я, соціальні інститути, спосіб матеріального виробництва, культура в цілому (зовнішня сторона системи). За допомогою меха-

нізму соціалізації відбувається перехід вимог зовнішньої сторони системи – суспільства в елементи внутрішньої структури особистості: норми, цінності, потреби, установки і т. д., що складає процес інтеріоризації. Одночасно відбувається і зворотний процес екстеріоризації, перетворення досвіду особистості в дії, в поведінку [6, 43].

Є. Весна доходить до цікавого висновку, з яким, на наш погляд, слід погодитися в тому, що фактично всі механізми особистісної соціалізації можна описати як варіанти ідентифікації особистості: неусвідомлена добровільна ідентифікація з більшістю – це конформність, з окремою людиною – наслідування, усвідомлена вимушена ідентифікація – підпорядкування, відмова від ідентифікації – психологічний захист, усвідомлена добровільна ідентифікація – рефлексія, самовизначення і т. д. [2, 191].

Таким чином, з вищесказаного випливає, що соціалізація особи здійснюється в процесі її взаємодії з різноманітними і численними факторами, групами, організаціями, агентами, проходить за допомогою різних механізмів, які не тільки доповнюють один одного, але в тій чи іншій мірі неузгоджені та суперечать один одному. Все це об'єктивно зумовлює певний ступінь автономії особи, яка необхідна для формування особистості, здатної приймати рішення, протистояти зовнішньому тиску і т. п.

В. Кудрявцев і В. Казимирчук визначають механізми правової соціалізації: у вигляді навчання, передачі досвіду і “символічної” соціалізації [5, 43].

Соціалізація у вигляді навчання ґрунтується, насамперед, на здобутті знань і засвоєнні тих норм, які прищеплюють повагу до відомого числа правил політичної і правової системи та соціальних ролей. Прищеплюється певний образ поведінки і діяльності. У цей процес включаються політичні і правові норми, знання політичних і громадських інститутів, механізму їх функціонування і т. д., що служить базою розуміння подій, що відбуваються, і дозволить виконувати свою роль громадянина, але особистість буде їх засвоювати і вивчати тільки в інтегрованому вигляді, виходячи зі своєї системи оцінок.

Соціалізація за допомогою передачі досвіду виступає як плід власної соціально-політичної та правової поведінки і діяльності

особистості – через різні ролі, які доводиться грати людині, накопичуючи позитивний і негативний досвід, тим самим формуючи відповідну схему поведінки.

“Символічна” соціалізація ґрунтується на уявленнях, що виникли з оцінок і реакцій на них з боку членів групи, класу, суспільства в цілому. Наприклад, передача пригорщі землі покупцеві у давнину знаменувала собою передачу права власності, а обмін персями між нареченим і нареченою – скріплення шлюбу [7, 30]. Таким чином, особистість засвоює систему цінностей, норм за допомогою знаків.

Г. Шиханцов виділяє предметний, традиційний і раціональний механізми правової соціалізації. Предметний механізм передбачає, що людина в процесі тієї чи іншої діяльності, взаємодіючи з іншими особами, засвоює відповідний образ дій, шаблон поведінки. Традиційний механізм – коли людина, спостерігаючи дії людей у різних ситуаціях, засвоює відповідний спосіб поведінки. Раціональний – коли людина дізнається про правові цінності, стандарти правової поведінки з бесід з іншими людьми, з книг, із ЗМІ [11, 28].

Г. Іконникова і В. Ляшенко виділяють два напрями соціалізації: інтеріоризація і екстеріоризація. Інтеріоризація означає перекладання зовнішніх вимог соціального середовища у внутрішній мотив дії, при цьому соціалізуючий вплив правового середовища реалізується через такі механізми:

- інформаційно-освітній: організована діяльність з розповсюдження і впровадження у свідомість правової інформації;
- стимуляційний: матеріальне і духовне заохочення, що спонукає людину до певної діяльності;
- регулятивно-контролюючий: система правових норм, приписів, орієнтирів, еталонів, як імперативних, розпорядчих, так і не імперативних, таких, які стимулюють, надихають;
- організаційно-регулюючий: заснований на соціалізуючому впливі прав, обов’язків і повноважень людини в колективі, що впливають з її суспільного становища і виконуваних функцій.

Перші три механізми соціалізації формують особистісні якості людини як правової істоти, оскільки пов’язані із засвоєнням правових знань, формуванням правових переконань і ціннісних орієнтацій. В результаті такого засвоєння вимоги соціального середовища

набувають особистісний сенс і значення. Останній механізм орієнтований на отримання людиною досвіду правової поведінки.

Другий напрям соціалізації – екстеріоризація, полягає в об'єктивізації внутрішнього світу людини в його діяльності, сходження від особистісних мотивів, установок, потреб, інтересів, цілей до практичних дій з їх реалізації. Автори представили систему правової екстеріоризації в такий спосіб:

- система індивідуальних правових потреб та інтересів усвідомлюється і перетворюється в інтерес, а інтерес формує у людини ідеальне прагнення;
- система правових орієнтацій і позицій (сукупність цілей, установок і оцінок), які породжують відповідні прерогативи і поведінку для задоволення правових потреб людини. Змістом цієї системи виступають аксіологічний (ціннісний) і деонтологічні (нормативно-посадовий) аспекти, що формують установку людини, тобто її активне ставлення до правових норм і цінностей;
- система організації поведінки відповідно до потреб, норм, оцінок, що мобілізує на реалізацію власних цілей, потреб;
- система правової діяльності, що грає найважливішу роль в соціалізації людини. За своєю суттю це практична реалізація потреб, інтересів, мотивів, цілей в поведінкових актах [3, 76–77].

До одного з основних механізмів правової соціалізації відноситься правове виховання. Під правовим вихованням слід розуміти прогрес, спрямований на виховання правової свідомості, правової культури, правової поведінки особистості шляхом цілеспрямованого впливу з урахуванням впливу зовнішніх чинників [7, 78].

Виокремлюючи систему механізмів правової соціалізації від універсальних механізмів соціалізації, вважаємо, що саме поділ механізмів правової соціалізації на традиційний, інституційний, стилізований (або субкультурний), міжособистісний та рефлексивний дає змогу всебічно дослідити механізм правової соціалізації в цілому.

Традиційний механізм правової соціалізації забезпечує засвоєння дитиною елементарних правил поведінки, правил суспільного співжиття на первинному (дошкільному) етапі правової соціалізації.

Інституційний механізм починає діяти вже на наступному етапі правової соціалізації – перехідному (або навчальному). Першою такою інституцією стає школа, функцією якої є саме соціалізація учнів, в тому числі правова. Наступною такою інституцією є або вищий навчальний заклад, або місце праці. Інституційний механізм правової соціалізації здійснює вплив на особу протягом усього життя, тобто вже і на наступному – основному етапі правової соціалізації.

Субкультурний (або стилізований) механізм правової соціалізації діє в межах середовища, кола спілкування особи, від якого у великій мірі залежить рівень правової соціалізації особистості. Неприятливе або девіантне середовище може спричинити десоціалізацію особи.

Міжособистісний механізм правової соціалізації також діє упродовж всього процесу життєдіяльності особи. Від тих осіб, які є авторитетними, значущими для індивіда, з якими він себе ідентифікує, і залежить рівень сприйняття особою норм права, її правова культура та правосвідомість.

Рефлексивний механізм визначає поведінку особи у момент вибору між кількома варіантами, здатність обирати шлях, який не суперечить закону. Тобто це процес аналізу тих чи інших обставин, цінностей, внаслідок якого особа обирає ті цінності, які відповідають рівню її правової свідомості та культури.

Таким чином проаналізовані у статті поняття надають можливість певного узагальнення. Безперечно, розглядаючи механізми правової соціалізації можна зробити висновок, що для кожної окремої особи співвідношення впливу цих механізмів саме на рівень правової соціалізації є різним. Для особи, у родині якої, наприклад, дотримуються норм релігійної моралі, традиційний механізм буде мати значно вищий вплив на рівень правової соціалізації цієї особи, ніж інші механізми. У випадку, якщо особа входить до якоїсь маргінальної групи, субкультурний механізм буде мати негативний вплив на правову соціалізацію такої особи. Зважаючи на те, що процес правової соціалізації може мати як негативний, так і позитивний напрям, то слід звернути увагу на можливості його удосконалення. Останнє дозволить запобігти правовій десоціалізації.

Список використаних джерел

1. **Беличева С. А.** Основы превентивной психологии / С. А. Беличева. – М.: Редакционно-издательский центр Консорциума “Социальное здоровье России”, 1993. – 199 с.
2. **Весна Е. Б.** Психологические закономерности и механизмы процесса социализации-индивидуализации в онтогенезе: дисс. докт. псих. наук: 19.00.13 / Е. Б. Весна. – М., 1998. – 397 с.
3. **Иконникова Г. И.** Основы философии права / Г. И. Иконникова, В. П. Ляшенко. – М.: Инфа-М, 2001. – 256 с.
4. **Кодатенко О. М.** Педагогическая поддержка социализации личности подростка: дисс. канд. пед. наук: 13.00.01 / О. М. Кодатенко. – Саратов, 1998. – 226 с.
5. **Кудрявцев В. Н.** Современная социология права / В. Н. Кудрявцев, В. П. Казимирчук. – М.: Юристь, 1995. – 297 с.
6. **Столбун Е. Б.** Методологические проблемы изучения механизма социализации: автореф. Дисс. канд. филос. наук / Е. Б. Столбун. – М., 1977. – 181 с.
7. **Усимова И. П.** Правовая социализация личности: дис. к.ю.н.: 12.00.01 / И. П. Усимова. – Москва, 2007. – 208с.
8. **Філософія права:** проблеми та підходи. Навчальний посібник для студентів спеціальності “Правознавство” [П. М. Рабінович, С. П. Добрянський, Д. А. Гудима та ін. За заг. ред. П. М. Рабіновича.] – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2005. – 332 с.
9. **Фрейд З.** Психопатология обыденной жизни / З. Фрейд. – М., 1925. – 256 с.
10. **Шамионов Р. М.** Внешние и внутренние детерминанты личности в процессе ее социализации: диссертация на соискание учен. степени докт. психол. наук: 19.00.05 / Раиль Мунирович Шамионов. – Саратов, 2002. – 362 с.
11. **Шиханцов Г. Г.** Юридическая психология. Учеб. для вузов/ Г. Г. Шиханцов; [отв. ред. докт. юрид. наук, профессор В. А. Томсинов]. – М.: Зерцало, 1998. – 352 с.

Анотація

Статтю присвячено встановленню особливостей механізмів правової соціалізації. Здійснено прикладне осмислення феномену механізмів соціалізації, на основі яких сформульовані висновки та пропозиції, що вирішують наукове завдання з розкриття філософсько-правового виміру механізмів правової соціалізації.

Annotation

The article is devoted to the establishing of mechanism of legal socialization in the philosophy of law. The comprehensive review of the phenomenon of this mechanism is accomplished, on the basis of which the conclusions and proposals solving the scientific problem of disclosing the philosophic-legal dimensions of the abovementioned phenomenon are formulated.

Санагурська Г. М.

*Львівська комерційна академія,
асистент кафедри теорії держави і права.*

ПОРЯДОК ПРИПИНЕННЯ ШЛЮБУ ТА ВИЗНАННЯ ЙОГО НЕДІЙСНИМ НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У СКЛАДІ РОСІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЇ (XIX – початок XX ст. ст.)

Ключові слова: *припинення шлюбу, недійсний шлюб, подружжя, шлюбно-сімейне законодавство, Звід законів Російської імперії 1832 р., українські землі.*

Keywords: *divorce, invalid marriage, marriage, matrimonial legislation, the Set of laws of the Russian empire of 1832, Ukrainian lands.*

Постановка проблеми у загальному вигляді. На сучасному етапі розвитку української сім'ї здійснюється чимало нових, непритаманних для ментальності нашого народу коректив. Перш за все така трансформація пов'язана із глобалізацією суспільства, знецінення первинної мети створення сім'ї, яка була закладена ще нашими предками: повага подружжя одне до одного, повага між батьками та дітьми, збереження українських сімейних цінностей. Для того, щоб не допустити надлишок демократизації подружнього життя та негативних наслідків, які можуть виникнути на цьому підґрунті, сучасним науковцям та законодавцям необхідно звертатися до історичних джерел. Адже саме звідти варто черпати основи для зміцнення сімейних відносин та вдосконалення сімейного законодавства України. Аналіз історії дає можливість констатувати факт самотності та унікальності сімейного права України та враховуючи помилки минулого будувати перспективи у майбутнє.

Зв'язок проблеми із важливими науковими чи практичними завданнями. Дослідження історії розвитку шлюбно-сімейного

законодавства на українських землях XIX – початок XX ст. допоможе визначити вплив російського законодавства на тогочасні українські сімейні цінності.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. У сучасній історико-правовій науці дослідженню становлення та розвитку шлюбно-сімейного законодавства на українських землях у складі Російської імперії приділено недостатньо уваги. Окремої сучасної праці, яка була б присвячена вивченню історичного розвитку шлюбно-сімейних правовідносин на українських землях під впливом іноземного законодавства наприкінці XVIII – початку XX ст. ст., досі немає.

Окремим аспектам досліджуваної теми приділили увагу такі учені як В. Дабровські, С. В. Пахман, А. І. Загоровський, К. Д. Кавелін, І. Г. Оршанський, І. Бердников, К. П. Победоносцев, М. Ф. Владимірський-Буданов. Важливими для дослідження стали праці сучасних науковців І. М. Петренко, В. І. Озель, А. Ю. Колинко, Г. М. Пахомової та ін.

Постановка завдання. Метою наукового дослідження є визначення порядку припинення, визнання недійсним та розірвання шлюбу відповідно до російського законодавства, що діяло на українських землях у XIX – на початку XX ст.

Для досягнення цієї мети необхідно вирішити такі завдання:

1. Охарактеризувати підстави припинення шлюбу.
2. Визначити умови визнання шлюбу недійсним.
3. З'ясувати можливості подружжя розірвати шлюб.

Викладення основного матеріалу дослідження. Шлюб з етично-моральних міркувань зазвичай укладається як довічний союз. Але за певних обставин моральний зв'язок між подружжям втрачається, а відтак зберегти шлюбні відносини не вдається.

Співвідношення між законами різних народів і за різних часів було неоднаковим. Одні намагалися звести моральний закон про нерозривність подружнього життя до закону юридичного й отожднювали їх, суворо забороняючи розірвання шлюбу; інші, навпаки, визнаючи шлюбні відносини як моральний закон, не вбачали у них суворой необхідності і допускали вільне розлучення [1, 122].

Російське законодавство, що діяло на українських землях, не визнавало вільного розлучення, а, навпаки, проголошувало нерозривність подружнього життя.

Звід законів Російської імперії 1832 р. (далі – Звід), чинність якого поширювалася на українські землі, передбачав *визнання шлюбу недійсним* у таких випадках: 1) якщо шлюб був укладений унаслідок примусу чи божевілья одного з подружжя (або обох); 2) якщо подружжя перебувало у родинній спорідненості між собою, тобто за кровною або духовною лініями, або у спорідненості між свояками; 3) якщо один із подружжя одружився вдруге, а перший шлюб не був розірваний чи припинений у встановленому законом порядку; 4) якщо шлюб був укладений з особою, якій, після розірвання попереднього, було заборонено вступати у новий шлюб; 5) у разі недосягнення подружжям шлюбного віку або укладення шлюбу особами віком понад 80 років, укладення шлюбу вчетверте; 6) укладення шлюбу священнослужителями чи ченцями; 7) укладення шлюбу між православними і нехристиянами [2, с. 4]. Частину цих підстав (з деякими змінами) передбачено у чинному Сімейному кодексі України, зокрема щодо вільної згоди подружжя, одночасного перебування в іншому шлюбі, споріднення, недосягнення шлюбного віку (ст. 22, 22–24, 38–42) [3].

Якщо суд визнавав шлюб недійсним за наявності наведених причин, то подружжя піддавалося церковному покаранню, а в окремих випадках чоловік чи дружина притягалися й до кримінальної відповідальності (ст. 38) [2, 4].

Окрім визнання шлюбу недійсним, шлюбно-сімейне законодавство Російської імперії розрізняло припинення шлюбу і його розірвання.

Об'єктивне *припинення шлюбу* відповідно до Зводу наставало у разі смерті одного з подружжя. У Зводі законів Російської імперії було визначено, що шлюб припиняється тільки у разі смерті одного з подружжя, внаслідок чого вдова або вдівець мали право на другий шлюб, за відсутності законних перешкод (ст. 43, 44) [2, 5]. Аналогічну підставу припинення шлюбу передбачено у ст. 104 Сімейного кодексу України [3].

Отже, можна стверджувати, що за своєю правовою природою шлюб був довічним. Як зазначає І. М. Петренко, православна церква упереджено ставилася до розлучення подружжя, вважаючи союз чоловіка і жінки священним [4, 76].

Самовільне *розірвання шлюбу* без рішення суду лише за взаємною згодою подружжя не допускалося. Заборонялося також укладення будь-яких договорів подружжя між собою, що мали на меті припинення шлюбного зв'язку (ст. 46) [5, 34]. Навіть у Книзі четвертій “Про договірні зобов'язання” Зводу законів цивільних (ст. 1529) була передбачена недійсність договору, якщо він був укладений з метою розірвання законного шлюбу [2, 130].

Російське законодавство допускало розірвання шлюбу за життя подружжя “тільки духовним судом на прохання одного з подружжя” на таких підставах:

- 1) у разі доведеного перелюбу одного з подружжя або його неспроможності до подружнього обов'язку;
- 2) коли одному з подружжя винесено вирок суду, за яким він позбавлявся усіх прав і привілеїв із засланням на проживання до Сибіру;
- 3) у разі безвісної відсутності одного з подружжя [5, с. 34].

Спробуємо коротко охарактеризувати кожную з цих підстав.

Перша підстава – доведений перелюб одного з подружжя або його неспроможність до подружнього обов'язку. Оскільки ця підстава містить дві складові, тому вважаємо за доцільне проаналізувати їх кожную зокрема.

Подружжя вірність у тогочасному суспільстві мала важливе місце в особистих відносинах подружжя. Поняття вірності як морально-етичного аспекту, залежить від почуття гідності кожного з подружжя. Шлюбно-сімейне законодавство Російської імперії охороняло моральний обов'язок, а його порушення мало правові наслідки.

Думки серед науковців з приводу перелюбу як підстави розірвання шлюбу суперечливі. М. Страхов, зокрема, зазначав, що єдиною законною причиною для розлучення подружжя є порушення святості шлюбу через перелюб. Якщо сутність шлюбу – це кохання між подружжям, то відсутність або зникнення його за будь-яких умов руйнують шлюб у його основі, відтак причина для розлучення має бути природною і законною [6, 5]. Не погоджуючись із такою думкою, І. Бердніков стверджував, що за такого трактування розлучення означало б природне припинення шлюбу. Розлучення,

на думку вченого, не є необхідністю, а лише можливістю, яка надається волі подружжя. Як би тяжко не була осквернена святість шлюбних уз поведінкою одного з подружжя, розлучення не є обов'язковим для іншого і залежить від його доброї волі. Церковна влада також не схвалювала розлучення, навіть у разі перелюбу. Коли один із подружжя наполягав на розлученні, вона, навпаки, вважала за обов'язок схилити подружжя до примирення [6, 5, 9].

У системі судочинства, як зазначав церковний правознавець О. Загоровський, під перелюбом розуміли образу святості шлюбу фактом статевого зв'язку одного з подружжя зі сторонньою особою (однаково – одруженою чи вільною; однаково – чи буде такий зв'язок мати характер тривалого співжиття, чи становити одиничний факт, якого цілком достатньо) [7, 130].

На відміну від попереднього законодавства, яке регулювало шлюбно-сімейні відносини на українських землях, Звід законів Російської імперії 1832 р. щодо тлумачення перелюбу вирізняв два аспекти: 1) право вимагати розлучення належало однаковою мірою і чоловікові, і дружині; 2) винному в перелюбі (і чоловікові, і жінці) назавжди заборонялося укладати новий шлюб після відбування церковної епітимії. Винному у перелюбі після відбування покарання дозволялося знову відновити шлюб за умови, що невинна сторона подружжя була згодна на це, без обмеження будь-яким терміном давності. Отже, норма про перелюб як привід (причина) для розлучення, набула нового демократичного характеру.

Якщо порівнювати правове регулювання перелюбу у Зводі з тогочасним європейським законодавством, то, зокрема, у Франції жінка, яка зрадила своєму чоловікові могла бути засуджена до тюремного ув'язнення. Чоловік міг бути покараний тільки у тому разі, якщо відкрито жив із коханкою у спільному з дружиною домі. Якщо його вина була доказана, то він повинен був сплатити грошовий штраф у розмірі від 100 до 2000 франків [8, 255]. Відтак, французьке законодавство XIX ст. наділяло чоловіка правом мати коханку за умови, що він не буде приводити її до дому. Отже, норма щодо перелюбу, закріплена у Зводі, мала доволі позитивний характер щодо питання гендерної рівності, оскільки, як прослідковується, у деяких системах законодавства європейських країн цього періоду злочином уважалася лише невірність дружини.

Щодо розлучення через неспроможність одного з подружжя до шлюбного сумісного життя, то йдеться, зокрема, про хворобливий стан подружжя та відсутність дітей у шлюбі (ст. 48) [2, 5]. Ці підстави для розлучення постають, на перший погляд, як беззаперечні. Але В. Ципін зазначає, що фізичну неспроможність до шлюбного сумісного життя не слід ототожнювати з нездатністю до народження дітей, яка, на його думку, не є перешкодою для укладення шлюбу, а, відповідно, й приводом для розлучення [9, 346–347].

Нездатність чоловіка або дружини мати дітей порушувало основну мету шлюбу – народження і виховання нащадків. Тому здоровій особі дозволялося укласти новий шлюб і народжувати в ньому дітей.

З іншого боку, неспроможність одного з подружжя до шлюбного сумісного життя перешкоджала здійсненню фізичних стосунків у шлюбі – злиттю подружжя в одну плоть, а тому становило причину розірвання шлюбу. Відтак мали враховуватися такі умови: 1) нездатність одного з подружжя до сумісного життя мала бути природною або, принаймні, наступити до укладення шлюбу; якщо ж вона настала вже під час існування шлюбу, то не може бути підставою для його розірвання (ст. 49) [2, 5]. Якщо неспроможність одного із подружжя виникала під час шлюбу, то, на думку законодавця, вона мала визнаватися як подружнє нещастя, яке обоє мали терпляче зносити, пам'ятаючи про свої подружні обов'язки та усвідомлюючи всю святість шлюбу. Наслідком розлучення на цій підставі була заборона хворому вступати в новий шлюб. Однак ця перешкода не вважалася безумовною, оскільки була не покаранням, а лише запобіжним заходом. Засвідчене у встановленому порядку одужання сприяло відновленню можливості вступу в шлюб.

Позов до суду про фізичну неспроможність виконувати подружні обов'язки міг бути поданий лише через три роки після укладення шлюбу (ст. 48) [2, 5].

Друга підстава розлучення – якщо один із подружжя позбавлений вироком суду усіх прав стану або засланий до Сибіру з позбавленням усіх особливих прав і переваг. Розлучення через кримінальне покарання одного з подружжя могло відбутися лише за умови, що другий відмовлявся податися за ним добровільно у місця виконання покарань для сумісного життя (ст. 50) [2, 5].

Третьою підставою розірвання шлюбу була безвісна відсутність одного з подружжя. Відсутність інформації про місцезнаходження зниклого подружжя визнавалася законною підставою і за церковними (ст. 233 Уставу духовних консисторій) [10, 90], і за світськими законами (ст. 54 Зводу законів цивільних) [2, 6].

Відсутність понад п'ять років чоловіка чи дружини могло розглядатися не тільки як факт смерті, а й як утеча від своєї “половини”. Більше того, особа, що безпідставно покинула своє подружжя (зникла, бо втекла), каралася як така, що вчинила перелюб, з позбавленням права в майбутньому вступити у другий шлюб (ст. 256 Уставу духовних консисторій) [10, с. 96]. Це рішення ухвалювалося без обов'язкової присутності винуватої особи в суді. Але в 1895 р. було запроваджено положення, відповідно до якого передбачено відкладення розгляду питання про вину зниклої сторони подружжя до визначення її місця знаходження або появи перед судом. Положення також визначало порядок розсилання повістки батькам і родичам подружжя, а також усім особам, які могли мати відомості про відсутнього. Розсилання здійснювала духовна консисторія через поліцію. Водночас консисторія друкувала у “Церковних відомостях” відповідні оголошення. Через рік після виходу оголошення консисторія розглядала справу, і за остаточного переконання щодо безвісної відсутності ухвалювалося рішення про розірвання шлюбу [11, 413].

Підстави, за якими допускалося розлучення, були однаковими для осіб будь-якого віросповідання.

Позов про розірвання шлюбу (розлучення) подавався до суду православної церкви. Справами щодо розлучення відали церковні органи, керуючись при цьому відповідними правилами Уставу духовних консисторій.

Провідну роль у регулюванні інституту розірвання шлюбу мав Святіший Синод, який виконував і законодавчу, і судову функції, а з 1805 р. цей орган розглядав усі шлюбно-розлучні справи [12, 80–81].

Єпархіальна влада мала повноваження відмовляти у позовах про розлучення та не передавати справу до Святішого Синоду, що було зумовлено прагненням церкви зберегти родину у шлюбі. Якщо подружжя, що розлучилося, згодом у каятті просило поновити

їхній колишній шлюбний союз, Святиший Синод їм “не відмовляв у своєму на то зволенні” [13, 10].

Розлучення, як і шлюб, здійснювалося в умовах конкуренції норм шлюбно-сімейного й церковного права. Наприкінці XIX ст. державна влада вже мала доступ до розгляду приватних справ, що доти належали до церковного управління та суду. Тобто монополія церкви на розлучення зазнала значного послаблення. Зокрема, справи про розподіл майна подружжя розглядалися цивільними судами. Отже, наприкінці XIX ст. підпорядкування шлюбно-розлучних справ частково переходило до світських органів.

Норми Зводу про розірвання шлюбу суперечили звичаєвому праву, що побутував в українських селах і відповідно до якого шлюб уважався довічним. Коли у шлюбі не було дітей, розлучення не виправдовувалось. Сам інститут розлучення, як такий, існував і згідно зі звичаєвим правом мав свої ритуали. На знак того, що шлюбні стосунки припинено, розривався навпіл пояс або рушник, відтак і вислів “розірвання шлюбу”. Якщо шлюб розривався через легковажне ставлення до нього, ініціатор розлучення покидав оселю і місцевість “у чому стояв” [14, 37].

Загалом офіційне розірвання шлюбу в українських губерніях XIX ст. у складі Російської імперії не було поширеним явищем. У Херсонській і Катеринославській єпархіях у 1840–1860 рр. було розірвано лише 41 шлюб, а основними підставами розлучень були багатощлюбність та безвісна відсутність одного з подружжя [15, 124]. Характерними і надалі були самовільні розлучення без затвердження в духовному суді, оскільки багато подружніх пар, офіційно не розлучаючись, жили нарізно.

Порядок розірвання шлюбу на українських землях у складі Російської імперії XIX ст. не мав нічого спільного з умовами розірвання шлюбу за чинним Сімейним кодексом України 2002 р., який передбачає відмінний від загальноімперського законодавства спосіб розірвання шлюбу – за спільним бажанням подружжя [3].

Отже, російське законодавство, яке у XIX – на початку XX ст. було чинним на більшості українських земель визначало порядок визнання шлюбу недійсним, припинення шлюбу та розірвання. Шлюбно-сімейні норми не допускали вільного розлучення без

рішення суду. Розлучення, як і укладення шлюбу, здійснювалося за конкуренції норм шлюбно-сімейного та церковного права. Однак наприкінці XIX ст. підпорядкування шлюбно-розлучних справ частково перейшло до світських органів.

Список використаних джерел

1. **Dabrowski W. Rodzina** / Włodzimierz Dabrowski // *Notariat-Hipoteka: czasopismo poświęcone sprawom ustrojowym i zawodowym notariatu i hipoteki*. – Warszawa, 1937. – Nr. 1–2. – 288 s.
2. **Сводъ законовъ Россійской имперіи**. – С.-Петербургъ, 1912. – Том X. Часть Сводъ законовъ гражданскихъ. – Кн. 1. О правах и обязанностях семейственных. – Издание 1900 г. – С. 1–33.
3. **Сімейний кодекс України** від 10 січня 2002 р. № 2947-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
4. **Петренко І. М.** Шлюбно-сімейні відносини українців у другій половині XVIII ст.: монографія / І. М. Петренко. – Полтава: РВВ ПУСКУ, 2009. – 119 с.
5. **Пахман С. В.** История кодификации гражданского права: в 2 т. / С. В. Пахман. – СПб.: Типография II-го Отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1876. – Т. II. – 485 с.
6. **Бердников И.** Брак, рассматриваемый в своей природе со стороны формы его заключения / Илья Бердников. – Казань: Типо-литография Императорского Казанского университета, 1896. – 22 с.
7. **Загоровский А. И.** Курс семейного права / Александр Иванович Загоровский. – Одесса: Экономическая типография, 1902. – 460 с.
8. **Семенов Ю. И.** Происхождение брака и семьи / Ю. И. Семенов. – М.: Мысль, 1974. – 309 с.
9. **Цыпин В. А.** Церковное право: учебное пособие / В. А. Цыпин. – 2-е изд. – М.: Изд-во МФТИ, 1996. – 442 с.
10. **Устав Духовныхъ Консисторій**. – Санкт-Петербургъ: Въ Сінодальной типографіи, 1843. – 192 с.
11. **Руднев М.** Церковное судопроизводство по делам о расторжении брака по причине супружеской неверности / М. Руднев // *Христианское чтение*. – 1901. – № 9. – С. 405–427.
12. **Колинько А. Ю.** Развитие семейного права в России в XIX – начале XX века: дисс... канд. юрид. наук: 12.00.01 “Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве” / А. Ю. Колинько. – Краснодар, 2006. – 217с.
13. **Победоносцев К.** Курс гражданского права. – Вторая часть: Права семейные, наследственные и завещательные. – СПб., 1896. – 682 с.
14. **Пахомова Г. М.** Звичаєве право: навчальний посібник / Г. М. Пахомова. – К., 2003. – 51 с.

15. **Лиман І. І.** Державна церква і державна влада: Південна Україна (1775–1861) / І. І. Лиман. – Запоріжжя: РА “Тандем-У”, 2004. – 400 с.

Анотація

У статті проаналізовано особливості порядку припинення, визнання недійсним та розірвання шлюбу на українських землях у складі Російської імперії XIX–XX ст.ст. Визначено, що російське законодавство допускало розлучення для православних християн тільки через духовний суд на прохання одного з подружжя на основі чітко визначених підстав. Встановлено, що самовільне розірвання шлюбу без рішення суду, лише за взаємною згодою подружжя, не визнавалося.

Annotation

The paper analyzes the peculiarities of the procedure of marriage ending, annulment and divorce on Ukrainian lands in the Russian Empire XIX–XX centuries. Determined that Russian legislation allowed the divorce for Orthodox Christians only via church court on the requirement of one of the married couple on the grounds of clearly defined reasons. Established that the self-decided divorce without the court's decision only by mutual agreement of the couple was not accepted.

Ясінська М. І.

*Львівська комерційна академія,
асистент кафедри теорії держави і права.*

ПОЛІТИКО-ПРАВОВІ ПІДСТАВИ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ У ПРАЦЯХ С. ШЕЛУХІНА

Ключові слова: державність, нація, політико-правові підстави, суспільно-політична думка, русифікація, Переяславська угода.

Keywords: state, nation, political-legal grounds, socio-political thought, Russification, Pereyaslav agreement.

Постановка проблеми. Гнітючим є той факт, що українському народові з давніх-давен намагались нав'язати думку про те, що він є похідним від інших народів, через що, відповідно, має їм підкорятись. Не погоджуючись з таким станом речей, українці виборюють своє право на вільне, незалежне проживання на власній землі. Крім активної фізичної боротьби, українська нація страждала й від ідеологічного нищення, яке продовжується й у наш час.

Стан дослідження. Становищем української нації переймалась велика кількість українських правників, серед яких одним із найактивніших був Сергій Шелухін. Він займався аналізом історичних документів та писав про те, наскільки підступним є нищення української державності.

Мета дослідження. За рахунок політико-правових підстав довести право української нації на державність. Показати наскільки далеким є уявлення деяких націй про те, що український народ повинен бути їм підвладним.

Вступ. Як відомо, шлях українців до власної державності був довгим та нелегким, багатим на історичні події, які й у наш час мають неоднозначний характер. І. Лисяк-Рудницький писав: “Немає підстав припускати, що прагнення утвердитися як нація серед

українців було у своїй основі слабшим, ніж серед інших новонароджуваних націй. Але, можливо, жодному іншому національному рухові не довелося долати таких великих перешкод” [1, 473]. Щоб мати можливість використати право на власну державність, українському народові потрібно було подолати низку стереотипів та міфів, що їх створювали панівні нації протягом століть. Надзвичайно важко було зруйнувати міф про єдину великоросійську націю, в якій українці були лише етнографічною гілкою. Неодноразово український народ змушений був доводити, що він є окремою нацією, а тому має повне право на самостійне державне існування. Під час боротьби за власну державність український народ опинявся на узбіччі історичного прогресу, намагаючись перебороти потужний опір, вкрай упереджене і недоброзичливе ставлення до нього інших суб'єктів політичного життя, оскільки вирішення українського питання докорінно змінювало баланс сил не лише в межах Росії та Австро-Угорщини, а й Європи загалом [2, 54].

Виклад основного матеріалу. Представники української наукової еміграції, безпосередні учасники подій 1917–1920 рр., вагому частину своїх науково-теоретичних праць присвятили обґрунтуванню політико-правових підстав української державності та можливим шляхам її реалізації. Розумовий потенціал українців дав змогу науково підтвердити самодостатність та відокремленість українського етнонаціонального буття. Теоретики української суспільно-політичної думки, захищаючи право на власну державність, зуміли вирватись з обіймів російського та польського світосприйняття [3, 182].

Концепція українського державного будівництва С. Шелухіна бере свій початок із обґрунтування ним політико-правових підстав української державності. Вирішуючи вказану центральну проблему, він запропонував можливі шляхи розвитку Української держави на основі національного і світового досвіду. Будучи фахівцем з міжнародного права, вчений розвивав ідею суверенітету держави у міжнародних відносинах, він також акцентував увагу на зовнішньополітичних орієнтирах України. Аналізуючи тогочасні та минулі події міжнародної практики, С. Шелухін робить спробу обґрунтувати найбільш ймовірний варіант становлення України як повноцінного суб'єкта міжнародних відносин, встановити її місце на геополітичній карті світу.

Здійснюючи наукові дослідження та аналіз подій національно-визвольних змагань 1917–1920 рр., вчений вивів основні завдання державницьких устремлінь українців, а саме: жити на власній землі при повній політичній незалежності; всесторонньо розвивати свою національну культуру; будувати систему добросусідських і мирних відносин з усіма народами; підтримувати стосунки з новоутвореними державами колишньої Російської імперії на основі вільних міжнародних договорів; уникати будь-якої імперської політики, а також можливість добровільного приєднання до міжнародних угод. Тож, з цілковитою упевненістю можна говорити про першочергову мету українського народу, яка полягала у відновленні власної державності та її економічного добробуту. Вчений висловив переконання в тому, що український народ на своїй землі може і хоче реалізувати проголошені цілі відповідно до своєї національної ідеології за наявності можливості вільно обирати та співпрацювати з іншими державами.

Намагаючись підтвердити права українців на самостійне існування, вчений спрямовував свою увагу на два переломних моменти в історії становлення української державності: 1) умови договору 1654 р. Б. Хмельницького з московським царем; 2) державно-правові наслідки абдикації царя в лютому-березні 1917 р. Очевидною є проблема російсько-українських взаємин, яку С. Шелухін вважав досить складною.

Крім С. Шелухіна питання української державності вивчали й інші учені, серед яких був і О. Ейхельман, який так написав про суспільно-політичне становище українців в межах Російської імперії: “...Попередню неправду, пануючу в державах: примушення нації жити в чужій національній державі, – де вона не одержує повного задоволення своїх національних потреб та ідеалів, а, навпаки, часто терпить гніт і навіть приниження, – ця неправда, яка містить в собі таку масу образ для національної свідомості, і яка вимагає до всього цього ще обов’язкової лояльності і патріотизму відносно гнобителів, пануючих в державі за правом сильнішого...” [4]. Вчені засуджували такий формат україно-російських взаємовідносин, адже він не відповідав демократичним і правовим основам міжнародних відносин.

На превеликий жаль доводиться констатувати, що століттями український народ переживав процес русифікації, нищення культури та національної самобутності. Політичні та фізичні насильства

над українцями були тривалими та важкими: “...Продовжувалась політика викорінення всіх національних, культурних і релігійних особливостей українського народу, який складав більшість населення України. Проводилась русифікація української школи, української церкви і переслідування української мови, яка у відношенні до російської мови утворювала окрему гілку, як окремі південно-слов’янські мови, чеська і польська мови” [5, арк. 86]. Варто відзначити, що навіть при таких несприятливих умовах український народ зміг зберегти національні традиції та національну ідентичність, ідеологію, не меншою мірою, ніж поляки, грузини, вірмени та інші народності. Можна говорити про протилежний ефект централізованої антиукраїнської політики царської Росії. Вона призвела до посилення протистояння і ворожнечі між українцями і росіянами, які виступали у ролі гнобителів національної культури України. На думку С. Шелухіна закономірним був опір української сторони з початку укладення Переяславської угоди та спроби реалізувати своє право на самостійність.

С. Шелухін як і О. Ейхельман уникали політичної упередженості та вказували на факт спотворення історико-політичної науки, особливо намагання представників російських наукових шкіл фальсифікувати первинний зміст Переяславської угоди, трактуючи її виключно як акт об’єднання народів, васалітет, залежність. С. Шелухін неодноразово наголошував на тому, що Переяславська угода є виключно союзним договором, укладеним між Україною як суверенною державою і московським царем. Враховуючи це, суспільно-політичне насильство Москви щодо України, наголошує С. Шелухін, було протиправним [6, 404–408]. На противагу йому Р. Лашенко розглянув Переяславську угоду як своєрідний компроміс, до якого вдався Б. Хмельницький, щоб виробити легальну форму відокремлення України від Речі Посполитої [7, 96]. Схожою до цих тверджень була позиція І. Лисяка-Рудницького, зокрема він писав, що угода в Переяславі не означає “воз’єднання” України з Росією та поглинання України російською державою [1, 73].

Висновки. Завдяки працям С. Шелухіна ми можемо по-новому зрозуміти та оцінити відомі факти української революції початку ХХ ст. Не зважаючи на те, що українська революція не досягнула своєї остаточної мети, проте вона внутрішньо трансформувала

суспільство України, перетворивши українців у модерну політичну націю. Щоб з'ясувати сутність проблем, характерних для процесу політичного самовизначення української нації, С. Шелухін здійснив аналіз історичного минулого, розглянув передумови виникнення труднощів державотворчого процесу і, базуючись на ній, запропонував концепцію державницького розвитку України.

Список використаних джерел

1. **Лисяк-Рудницький І.** Історичні есе / І. Лисяк-Рудницький. – К.: Основи, 1994. – Т. 1. – 530 с.
2. **Суспільно-політичні трансформації в Україні:** від задумів до реалій / [В. Ф. Солдатенко (кер.) та ін.]. – К.: Парламентське вид-во, 2009. – 536 с.
3. **Турчин Я. Б.** Державотворчі ідеї О. Ейхельмана: еволюція інституційних вимірів політики. – Л., 2011. – 599 с.
4. **Ейхельман О.** Вступ до проекту конституції УНР / О. Ейхельман // Народна справа. – 1920. – 14 жовтня.
5. **Ейхельман О.** Лист до Прем'єр-міністра / О. Ейхельман // ЦДАВОУ. Ф. 3882. Ейхельман Отто Оттович (1854–1943), оп. 1, спр. 14. Проект статуту Міністерства закордонних справ. Копія конвенції про міжнародне правове союзнє об'єднання заключне між урядом УНР з “Донською демократичною групою”, письма О. Ейхельмана до міністра закордонних справ та ін., арк. 85–91.
6. **Шелухін С.** В справі проектів про майбутній лад на Україні / С. Шелухін // Воля, 1921. – Т. 1. – Ч. 11–12. – С. 404–408.
7. **Потульніцький В. А.** Історія української політології (Концепції державності в українській зарубіжній історико-політичній науці) / В. А. Потульніцький. – К.: Либідь, 1992. – 232 с.

Анотація

Стаття відображає підстави української державності, які досліджував Сергій Шелухін. Відомим є факт заперечення існування української держави та української нації та спроби насадження проросійської ідеології. Виборювання своїх прав на незалежність та на проживання на власній землі є болючим та актуальним питанням як десятки та сотні років тому, так і в наш час.

Summary

The article reflects the grounds Ukrainian statehood, research which, among other scientists, engaged and Sergey Shelukhin. It is well known fact denying the existence of the Ukrainian state and Ukrainian nation and attempts planting pro-Russian ideology. The struggle for their rights and independence to stay on their own land is painful and current issues as tens or hundreds of years ago and today.

РОЗДІЛ 2

**АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО
І ПРОЦЕС**

Гладун З. С.,
к. ю. н., доцент,
Львівська комерційна академія,
доцент кафедри кримінального права та процесу,
Заслужений юрист України.

НОРМИ ПРАВА, ЯКІ РЕГУЛЮЮТЬ АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОВІДНОСИНИ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я, ТА ОСОБЛИВОСТІ ТЛУМАЧЕННЯ

Ключові слова: охорона здоров'я, законодавство, адміністративне право, тлумачення норм права.

Keywords: *health protection, legislation, administrative law, interpretation norms of law.*

Постановка проблеми. В системі актів, які забезпечують регулювання адміністративних правовідносин у сфері охорони здоров'я, окрім актів законодавства (законів, підзаконних актів) містяться акти роз'яснення і тлумачення норм права. Термін “тлумачення” (інтерпретація) означає роз'яснення, розкриття сутності певного явища. Цей термін не є суто правовим, він використовується також й іншими гуманітарними науками, досягнення яких враховуються при розробленні теорії тлумачення права [1, 419]. Тлумачення є одним із суттєвих чинників, за допомогою якого окремі правові акти здобувають точне роз'яснення в процесі їх застосування, а нові правові акти органічно входять до існуючої системи законодавства [2, 11].

Аналіз останніх досліджень. Розробка наукових засад сучасної доктрини українського законодавства і права сприяла появі праць українських дослідників правових відносин у сфері охорони здоров'я людини і населення: С. В. Антонова, Н. Б. Болотіної, В. Б. Бупеци, І. В. Виноградової, Т. В. Волинець, В. О. Галай, Р. Ю. Гревцо-

вої, Л. М. Дешко, Н. В. Ілларіонової, О. О. Прасова, В. О. Савченка, В. М. Самсонова, А. А. Старченко, В. Ю. Стеценко, О. В. Солдатенко, М. В. Співак, І. Я. Сенюти, В. Ю. Стеценко, Д. В. Карамішева, О. Ю. Кашинцевої, А. М. Коваль, Н. І. Копачовець, О. В. Крилова, П. Є. Лівака, Б. О. Логвиненка, К. Б. Наровської, Т. О. Тихомирової, Я. М. Шатковського, І. В. Шатковської та ін. Однак жоден з них не присвятив свою увагу питанням тлумачення правових норм у цій сфері відносин.

Актуальність питань правового регулювання відносин у цій сфері останнім часом помітно зростає, про що свідчить і швидкий розвиток законодавства, і поява значної кількості публікацій у науковій періодиці, колективних та індивідуальних монографій, і захищених дисертацій, видань наукової, публіцистичної та навчальної літератури з означеної тематики, і видання всеукраїнського науково-практичного журналу “Медичне право” і, врешті-решт, проведення численних наукових і практичних заходів – регіональних, всеукраїнських та міжнародних конференцій, симпозіумів, засідань “круглих столів” та ін.

Формулювання цілей статті. Тлумачення норм права – це інтелектуально-вольова діяльність із встановлення справжнього змісту правових актів з метою їх реалізації і вдосконалення [3, 217–218]. У більш широкому аспекті тлумачення норм права можна розуміти як специфічну людську діяльність, яка спрямована на осмислення норм права, на розуміння їх справжнього змісту [4, 419], а також як особливе соціальне і наукове явище, яке є необхідним елементом механізму правового регулювання. То ж слід з’ясувати правову природу цих актів та їх місце в загальній системі правового і, зокрема, адміністративно-правового регулювання та його правовому механізмі.

Виклад основного матеріалу. Акти тлумачення норм права (інтерпретаційні акти) є тим засобом, який забезпечує однакове розуміння і застосування чинних нормативних актів. Прикладів тлумачення норм права, які діють у сфері охорони здоров’я населення, є безліч. Деякі з них зустрічаються у підзаконних нормативно-правових актах. Одним з них можна назвати Інструкцію щодо констатації смерті людини на підставі смерті мозку, затверджену наказом МОЗ України від 25 вересня 2000р. № 226 [5]. Як видно

з її назви, ця інструкція нормативно закріплює методику визначення смерті людини внаслідок смерті її головного мозку, а не зупинки серцевої діяльності, як це вважалося раніше.

Протягом тривалого часу серед медиків не було точно визначено, який момент вважати смертю людини – зупинку діяльності серця, припинення дихання чи смерть мозку. З приводу цього тривалий час в науковому медичному середовищі відбувались дискусії. І лише в 1999 р. у Законі України “Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини” [6] у ст. 15 було нормативно закріплено положення, згідно з яким “людина вважається померлою з моменту, коли встановлена смерть її мозку”. Однак, як було визначено в нормі цієї статті закону, діагностичні критерії смерті мозку та процедура констатації смерті людини встановлюються МОЗ України, що й зроблено в зазначеній інструкції, де уточнено, що “смерть мозку – це повне та незворотне припинення всіх його функцій, які реєструються при серці, що працює, та примусовій вентиляції легень. Смерть мозку прирівнюється до смерті людини”.

Отже, тлумачення – не звичайний розумовий процес, не простий акт пізнання, а інтелектуально-вольова організаційна діяльність, процес, що протікає в часі. Він включає два самостійні компоненти: з’ясування і роз’яснення. З’ясування – процес розуміння, усвідомлення змісту норм “для себе”. Роз’яснення ж – пояснення, доведення засвоєного змісту для інших [4, 217–218].

Акти тлумачення норм права (інтерпретаційно-правові акти) поряд з нормативно-правовими актами (джерелами права) і актами застосування норм права (правозастосовними, індивідуальними актами) складають особливу, окрему групу правових актів. Тлумачення норм права є необхідним для тих актів, які з різних причин мають потребу в додатковому роз’ясненні їх змісту в зв’язку з неточністю формулювання правової норми, ускладненнями, що виникли, або неправильною практикою їх застосування. Повною мірою це стосується правових норм, що діють у сфері регулювання відносин щодо охорони здоров’я населення. Певна частина з них була прийнята ще на початку 90-х рр. XX ст. і до сьогодні містить тогочасні, зараз вже не актуальні уявлення про систему охорони здоров’я, медичну допомогу, зокрема, її безоплатність, фінансування

цієї сфери лише з державного бюджету. Деякі інші – містять неточні юридичні позиції і поняття. Тому протягом тривалого часу й досі триває наукова дискусія щодо розуміння змісту і співвідношення термінів “медична допомога” і “медична послуга”, які використовуються в окремих актах законодавства [8, 382].

Необхідність тлумачення правової норми зумовлена можливими суперечностями між її формою і змістом. Тлумачення в правовому регулюванні суспільних відносин полягає виключно в правильному, глибокому розумінні дійсного змісту норм права та його розгорнутому, обґрунтованому роз’ясненні іншим суб’єктам суспільних відносин [3, с. 149]. Зміст права знаходить свій вираз у нормативно-правових актах, які не завжди точно і достеменно виражають волю законодавця. Низький рівень юридичної техніки і, як наслідок, недоліки технічного характеру приводять до пропусків, суперечностей, спотворення змісту норми права. У подібному випадку тлумачення – це засіб пізнання справжнього змісту юридичних норм.

Необхідність тлумачення правових норм пояснюється неповним охопленням юридичними нормами фактичних умов життя (наприклад, в медичній науці і практиці широко застосовується термін “лікарська (медична) помилка”, що полягає у добросовісній помилці лікаря при встановленні діагнозу захворювання чи призначенні лікування і виключає його юридичну відповідальність, але який не має свого визначення і закріплення в актах законодавства) [9, т. 3, с. 490], невизначеним характером норми права, наявністю спеціальних, насамперед, оціночних понять і визначень, у яких нелегко розібратися юридично не підготовленій людині без спеціального тлумачення (наприклад, у ступені тяжкості тілесних ушкоджень або шкоди, заподіяних здоров’ю людини), нечіткістю, схематизмом, помилковістю нормативних понять – як результату недогляду, недбалості правотворчих органів.

Гостра необхідність у тлумаченні права виникає також через суперечність між формальним характером правових норм і динамікою суспільних відносин. Через формальну визначеність правові розпорядження залишаються незмінними, стабільними аж до часу їх зміни. В той же час суспільне життя змінюється постійно. Тому

нерідко закон застосовується в умовах, що істотно змінилися з моменту його видання.

Необхідність тлумачення норм права іноді випливає із змісту самого нормативного акту, коли в ньому зустрічаються вирази “і т. д.”, “тощо”, “інші”. Встановити їх дійсне значення можна лише за допомогою тлумачення.

До прикладу, Конституційний Суд України, розглядаючи конституційне подання 53 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 49 Конституції України “у державних і комунальних закладах охорони здоров’я медична допомога надається безоплатно” (справа про безоплатну медичну допомогу), змушений був дослідити загальноприйнятий зміст і дати офіційне тлумачення термінів “медична допомога” та “медична послуга”, залучивши для розгляду справи майже всі провідні українські наукові центри, медичні університети й академії, відомих учених і навіть провідних фахівців Європейського регіонального бюро ВООЗ. Суд дійшов висновку, що “дефініції зазначених понять різноманітні і збігаються лише в окремих частинах чи елементах. Так, “медична допомога” і “медична послуга” трактуються і як синоніми, і як антоніми, і як одна складова частина іншої”. Суд встановив, що термін “медична допомога” широко вживається у національному законодавстві України, існують його різні визначення, дані ВООЗ, науковцями медичних університетів й академій та ін. Однак цілісна правова дефініція цього поняття у законах України відсутня, а тому потребує свого нормативного врегулювання, що виходить за межі повноважень Конституційного Суду України [10].

Результатом юридичного тлумачення повинна бути визначеність (“так” або “ні”), а не двозначність (“і так, і ні”) у висновках суб’єкта тлумачення змісту юридичних норм. Результати тлумачення не можуть виходити за межі норми, що тлумачиться. Розглядаючи у 2002 р. справу про безоплатну медичну допомогу, Конституційний Суд України вирішив, що положення ч. 3 ст. 49 Конституції України “у державних і комунальних закладах охорони здоров’я медична допомога надається безоплатно” слід розуміти так, що у державних та комунальних закладах охорони здоров’я медична допомога надається всім громадянам незалежно від її обсягу та без попереднього,

поточного або наступного їх розрахунку за надання такої допомоги”, тобто безкоштовно для одержувача такої допомоги [10].

Саме по собі тлумачення норми права не містить (і не повинно містити) самостійної (окремої) норми права. Воно лише встановлює зміст і сферу дії правового акта, що тлумачиться, права і обов’язки (правовий статус) суб’єктів права, вказує, як зміна умов, поява нових фактів впливають на застосування норми права та ін.

Тлумачення правових норм, як правило, не має самостійного, обов’язкового значення у відриві від акта, що тлумачиться, і разом з його скасуванням (змінюю) втрачає свою юридичну силу. Так, наприклад, Державний комітет України з питань регуляторної політики та підприємництва прийняв рішення від 11 липня 2000 р. № 17-78/7 “Про необхідність усунення порушень вимог Указу Президента України від 3 лютого 1998 р. № 79/98 “Про усунення обмежень, що стримують розвиток підприємницької діяльності Міністерством охорони здоров’я України”, в якому вказав, як це видно з назви вказаного документа, на факти невідповідності рішень міністерства вимогам Указу Президента України. Таким чином, орган виконавчої влади “екстраполював” вимоги, що містяться в Указі Президента, на підзаконні нормативно-правові акти МОЗ України і, виявивши певну невідповідність останніх, дав їм своє тлумачення.

У теорії права виокремлюють два види тлумачення: 1) з’ясування змісту (інтерпретація) юридичних норм “для себе”; 2) роз’яснення – розкриття змісту юридичних норм “для інших” [3, 14].

Види тлумачення розрізняють і за об’єктом тлумачення. Таким може бути або нормативний акт в цілому, або окрема його норма. Об’єктом тлумачення може бути не тільки нормативний, але і правозастосовчий акт.

Однак вирішальним моментом у визначенні видів тлумачення правових норм є суб’єкт – особа або орган, що дає це тлумачення. Залежно від суб’єктів інтерпретації тлумачення має різні юридичні наслідки. За суб’єктами і юридичними наслідками тлумачення правової норми може бути як офіційним, так і неофіційним.

Під **офіційним тлумаченням** розуміється роз’яснення змісту і мети правових норм, яке сформульовано в спеціальному акті

уповноваженим органом у рамках його компетенції і має юридично обов'язкову силу для всіх, хто застосовує норми права, що роз'яснюються, і які регулюють правовідносини у сфері охорони здоров'я. Наприклад, правом офіційного тлумачення Конституції України наділений лише Конституційний Суд України. Його тлумачення є загальнообов'язковим на всій території держави.

Офіційним тлумаченням займається вузьке, чітко визначене на конституційному рівні, специфічне коло учасників. У сфері охорони здоров'я населення право офіційного тлумачення правових норм надано і спеціально уповноваженому центральному органу виконавчої влади – МОЗ України. Прикладом цього є наказ вказаного міністерства від 14 травня 2003 р. № 210 “Про затвердження критеріїв віднесення наркотичних (психотропних) лікарських засобів, що містять малу кількість наркотичних засобів або психотропних речовин і прекурсорів, до категорії лікарських засобів, які відпускаються без рецептів, та переліку цих засобів” [11], який містив роз'яснення щодо критеріїв віднесення до наркотичних і психотропних речовин та був виданий для розвитку відповідних правових норм, що містилися у Законах України “Про лікарські засоби” та “Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин їх аналогів і прекурсорів”.

Офіційне тлумачення норм права є обов'язковим для тих актів, які з погляду органу, особи чи групи осіб (суб'єктів права на звернення щодо тлумачення) мають потребу в додатковому роз'ясненні в зв'язку з ускладненнями, що виникли під час їх реалізації, або неправою практикою щодо їх застосування [13, 437–438].

Тлумачення відбувається шляхом прийняття відповідного акту. На думку О. Ф. Скакун, ознаки акта тлумачення норм права полягають у тому, що він:

- 1) розкриває зміст (смісл, мету) правових норм, виражених у приписах відповідного юридичного акта;
- 2) діє в єдності з тим нормативно-правовим актом, у якому містяться норми права, що тлумачаться, залежить від нього і, як правило, поділяє його долю;
- 3) є формально-обов'язковим для всіх, хто застосовує норми, що роз'яснюються;

- 4) не виходить за межі норми, що роз'яснюється; становить уточнювальне судження про норму права, а не новий нормативний припис;
- 5) в ієрархії юридичних актів слідує за актом, положення якого розтлумачено, його місце серед юридичних актів визначається компетенцією органу чи установи, які його ухвалили;
- 6) приймається лише нормотворчими чи спеціально уповноваженими суб'єктами, установами – національними (наприклад, Конституційним Судом України) і міжнародними, чію юрисдикцію визнала держава (наприклад, акти Європейського суду з прав людини, Комітету ООН з прав людини);
- 7) має спеціальну письмову форму вираження акта – документа (роз'яснення, інформаційний лист та ін.);
- 8) діє у просторі відповідно до простору дії витлумаченої норми права, а у часі може набувати як прямої, так і зворотної сили; межі його зворотної сили визначаються моментом набрання чинності юридичним актом, який тлумачиться [14, 445].

Таким чином, акт офіційного тлумачення правової норми, що регулює відносини у сфері охорони здоров'я, можна визначити як акт-документ, що роз'яснює порядок застосування такої норми права, сформульований компетентним органом у рамках його повноважень, і має обов'язкову силу для всіх суб'єктів правовідносин, що виникають у сфері охорони здоров'я населення, які застосовують норму, що роз'яснюється. Він не є джерелом права, оскільки це не правотворчий акт, яким встановлюються нові правові норми, вносяться зміни у прийнятті раніше або ж скасовуються чинні норми.

Прикладом офіційного тлумачення є рішення Конституційного Суду України, зокрема: від 30 жовтня 1997р. у справі № 18/203-97 щодо офіційного тлумачення ст. ст. 3, 23, 31, 47, 48 Закону України “Про інформацію” від 2 жовтня 1992р. та ст. 12 Закону України “Про прокуратуру” від 5 листопада 1991р. (справа К. Г. Устименка). Ця справа, порушена за конституційним зверненням громадянина України К. Г. Устименка, стосувалась, у тому числі, тлумачення поняття “медична інформація”, яке не було чітко врегульоване в нормах законодавства. В рішенні суду було визначено, що “медичною інформацією є свідчення про стан здоров'я людини, історію її хвороби, про

мету запропонованих досліджень та лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, в тому числі і про ризик для життя та здоров'я, яка за своїм правовим режимом належить до конфіденційної, тобто інформації з обмеженим доступом” [15, 37].

За сферою дії офіційне тлумачення правових норм поділяється на: **нормативне** – офіційне роз'яснення, яке невіддільне від правової норми, поширюється на широке коло суспільних відносин – необмежену кількість випадків, передбачених нормою, що тлумачиться.

казуальне (з лат. “казус” – випадок) – офіційне роз'яснення, обов'язкове лише для конкретного випадку та для осіб, стосовно яких воно провадиться; має місце там, де в процесі правозастосування ставиться за мету роз'яснити правову норму, щоб правильно вирішити справу.

Під **неофіційним тлумаченням** прийнято вважати роз'яснення змісту і мети правових норм, яке виходить від осіб, що не мають на те офіційних повноважень, а відтак їх тлумачення не володіє юридично обов'язковою силою. Наприклад, тлумачення норми права науковцем-юристом, фахівцем у галузі права допомагає юридичній практиці і здатне вплинути на офіційне тлумачення. Однак воно не є загальнообов'язковим. Так, наприклад, автори М. Білінська та О. Виноградов у своїй статті [8, с. 382] запропонували власне розуміння термінів “медична допомога”, “медична послуга”, “пацієнт”, “хворий”, проте, вказані визначення, з огляду на характер наукової статті, є лише власною думкою цих науковців і прикладом неофіційного тлумачення.

Сфера дії норми, що тлумачиться, залежить від компетенції суб'єкта тлумачення. Так, нормативне тлумачення правових норм, своєю чергою, поділяється на:

автентичне – зміст правової норми тлумачиться тим органом, що її встановив, тобто автором норми. Суб'єктами такого тлумачення можуть бути всі правотворчі органи. Наприклад, закони, як правило, роз'яснюються парламентом. Однак ВР України не має права на офіційне тлумачення нею ж прийнятих законів. Відповідно до ст. 147 Основного Закону, офіційне тлумачення Конституції України та законів України дає Кон-

ституційний Суд України. ВР АРК роз'яснює порядок застосування нормативно-правових актів, виданих нею.

Прикладом нормативного автентичного тлумачення є офіційне тлумачення конституційного положення ч. 3 ст. 49 Конституції України: “у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно”, – яке, відповідно до рішення Конституційного Суду України від 29 травня 2002 р. № 10-рп, слід розуміти так, що “у державних та комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається всім громадянам, незалежно від її обсягу та без попереднього, поточного або наступного їх розрахунку за її надання”.

Легальне (делеговане) загальнообов'язкове тлумачення правових норм здійснюється органом, який ці норми не встановлював, але уповноважений законом або за дорученням тлумачити їх постійно чи одноразово. Право на таке тлумачення мають Конституційний Суд України (відповідно до п. 2 ст. 150 Конституції України та до ч. 4 ст. 13 Закону України “Про Конституційний Суд України”). Лише цей орган приймає рішення та дає висновки щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України. Пленум вищого спеціалізованого суду України, відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 44 Закону України “Про судоустрій” (який діяв на той час) [17], давав роз'яснення з питань застосування спеціалізованими судами законодавства при вирішенні справ відповідної судової юрисдикції. Вищий спеціалізований суд, відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 39 вищезазначеного закону, давав судам нижчого рівня рекомендаційні роз'яснення з питань застосування законодавства щодо вирішення справ відповідної судової юрисдикції. Таке тлумачення є обов'язковим для суб'єктів, які підпадають під юрисдикцію органу, що дає тлумачення.

Казуальне (індивідуальне) тлумачення правових норм прийнято поділяти на:

Судове – здійснюється органами суду при розгляді конкретних справ і знаходить своє вираження у вироках або рішеннях суду по цих справах.

Адміністративне – здійснюється центральними і місцевими органами виконавчої влади (міністерствами, іншими центральними органами виконавчої влади, місцевими державними адміністраціями), містить вказівки (роз'яснення) відповідним органам, як останні повинні вирішити ту чи іншу справу. Наприклад, таке тлумачення вміщене у листі Державного фармакологічного центру МОЗ України до Державної митної служби від 16 січня 2006р. № 5. 12-276/А “Щодо питання ввезення субстанцій на територію України”.

Висновки. Тлумачення правових норм має важливе значення у діяльності будь-яких органів публічної влади і суспільства загалом. Саме воно в багатьох випадках зумовлює правильну й однакову реалізацію правових приписів, їх ефективність у суспільстві та, як наслідок, стан законності у державі. Слід зазначити, що акти тлумачення норм права не створюють нових норм права, а є тим засобом, який забезпечує однакове розуміння і застосування чинних нормативних актів. Водночас від точного і правильного тлумачення норм права залежать чіткість і ефективність всього механізму правового регулювання.

Характерною особливістю тлумачення норм права, що регулюють правовідносини у сфері охорони здоров'я, є відносно незначний обсяг випадків тлумачення Конституційним Судом України, судами різних інстанцій загальної юрисдикції, МОЗ, Державною санітарно-епідеміологічною службою України правових норм порівняно з нормами, що містяться у таких правових інститутах як вибори, державна служба, соціальний захист громадян і, навпаки, значний обсяг їх тлумачення науковцями-правознавцями, управлінцями та медичними працівниками й навіть їх пацієнтами.

Список використаних джерел

1. **Загальна теорія держави і права** [Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін., За ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. – Харків: Право, 2011. – 584 с.
2. **Волков В. Д., Дешко Л. М., Мазур Ю. В.** Медичне право України: Практикум. – Донецьк: Сучасний друк, 2010. – 250 с.
3. **Алексеев С. С.** Теория государства и права: учебник / С. С. Алексеев. – М.: Норма, 2009. – 453 с.

4. **Цвік М. В.** Загальна теорія держави і права: підруч. для студ. ВНЗ / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Харків: Право, 2009. – 584 с.
5. **Інструкція щодо констатації смерті людини** на підставі смерті мозку: затверджена наказом МОЗ України від 25 вересня 2000 р. № 226 (із змінами, внесеними згідно з наказом МОЗ України від 03.07.2001 р. № 257) [Електронний ресурс]. – Режим доступу до наказу: [http://www.licasoft.com.ua/component/lica/?p=0&base=1&menu=74901&u=1&type=1&view=text](http://www.lिकासoft.com.ua/component/lica/?p=0&base=1&menu=74901&u=1&type=1&view=text).
6. **Про трансплантацію органів** та інших анатомічних матеріалів людині: Верховна Рада України; Закон від 16 липня 1999р. № 1007-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 41. – Ст. 377.
7. **Білинська М., Виноградов О.** Термінологічні аспекти державного управління в охороні здоров'я: медична допомога та медична послуга / М. Білинська, О. Виноградов // Вісник Національної академії державного управління. – 2006. – № 2. – С. 382–390.
8. **Юридична енциклопедія:** у 6 т. / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К.: Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана, 2001. – Т. 3. – 792 с.
9. **Рішення Конституційного Суду України** у справі за конституційним поданням 53 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 49 Конституції України “у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно” (справа про безоплатну медичну допомогу): Конституційний Суд України; Рішення від 29 травня 2002 р. № 10-рп // Вісник Конституційного Суду України. – 2002. – № 3. – С. 19.
10. **Про затвердження критеріїв** віднесення наркотичних (психотропних) лікарських засобів, що містять малу кількість наркотичних засобів або психотропних речовин і прекурсорів, до категорії лікарських засобів, які відпускаються без рецептів, та переліку цих засобів: Міністерство охорони здоров'я України; Наказ від 14 травня 2003р. № 210 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 46. – Ст. 2404.
11. **Скакун О. Ф.** Теория государства и права: учеб. / О. Ф. Скакун. – Харьков: Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. – 691 с.
12. **Скакун О. Ф.** Теория права и держави: Підручник. – 2-ге видання. / Скакун О. Ф. – К.: Алерта; ЦУЛ. – 2011. – 520 с.
13. **Чулінда Л. І.** Юридико-лінгвістичне тлумачення текстів нормативно-правових актів: монографія / Л. І. Чулінда. – К.: Атіка, 2006. – 152 с.

Анотація

Під тлумаченням норм права юридична наука розуміє інтелектуально-вольову діяльність із встановлення справжнього змісту правових актів з метою їх реалізації і вдосконалення. Від точного і правильного тлумачення норм права залежать чіткість і ефективність всього механізму правового регулювання. Стаття присвя-

чена з'ясуванню правової природи актів роз'яснення правових норм, які займають важливе місце в системі і механізмі правового регулювання суспільних відносин у сфері охорони здоров'я. Автор аналізує приклади адміністративно-правового регулювання відносин із сфери охорони здоров'я нормативного і казуального (індивідуального) тлумачення правових норм, наводить приклади офіційного та неофіційного тлумачення, судового і адміністративного тлумачення правових норм та робить висновок про те, що тлумачення норм права забезпечує однакове розуміння і застосування чинних нормативних актів і впливає на чіткість і ефективність всього механізму правового регулювання.

Annotation

Under the interpretation of the law jurisprudence understands intellectual and volitional activity with a genuine content regulations for their implementation and improvement. From the exact and correct interpretation of the law depends on the clarity and effectiveness of the entire mechanism of legal regulation. The article is devoted to clarifying the legal nature of acts of law explaining that occupy an important place in the system and mechanism of legal regulation of social relations in health care. The author examines examples of administrative and legal regulation of relations with the healthcare regulatory and casual (individual) interpretation of the law, gives examples of formal and informal interpretation, judicial and administrative interpretation of the law and concludes that the interpretation of the law provides the same understanding and enforcement of existing regulations and affects the clarity and effectiveness of the entire mechanism of legal regulation.

Настюк В. Я.

*д. ю. н., професор, Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, завідувач кафедри адміністративного
права та адміністративної діяльності, член-кореспондент
НАПрНУ, Заслужений діяч науки і техніки України.*

**ПРИНЦИПИ ПЕРЕВІРКИ СУДАМИ РІШЕНЬ ПУБЛІЧНОЇ
АДМІНІСТРАЦІЇ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ**

Ключові слова: *принцип, рішення, порушення прав; захист прав, верховенство права.*

Keywords: *principle, decision, violation of rights; protection of rights, supremacy of right*

Кодекс адміністративного судочинства (далі КАСУ) з часу набрання ним чинності у вересні 2005 року неодноразово був об'єктом критики. Під сумнів ставилися як доцільність існування цього нормативного документа в цілому, так і дієвість окремих його положень. До положень, що викликають неоднозначну оцінку належить, зокрема, частина 3 статті 2 КАСУ, якою визначені критерії для перевірки судами рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень. Зокрема ч. 3 ст. 2 встановлює, що “У справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони: 1) на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України; 2) з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано; 3) обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії); 4) безсторонньо (неупереджено); 5) добросовісно; 6) розсудливо; 7) з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи несправедливій дискримінації; 8) пропорційно,

зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія); 9) з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення; 10) своєчасно, тобто протягом розумного строку”.

Вичерпність переліку цих критеріїв та ефективність їх формулювання були поставлені під сумнів. Зокрема В. Авер'янов, Д. Лук'янець та Ю. Педько у своїх публікаціях зазначають, що “серед закріплених підстав перевірки не згадано головної: а чи порушують згадані рішення, дії (бездіяльність) права і свободи людини. Хоча саме без такої перевірки практично реалізувати в адміністративному судочинстві принцип верховенства права неможливо” [1]. Крім того автори стверджують, що означені критерії є оціночними категоріями, які не мають належного тлумачення [1].

Однак при ретельному історично-правовому та доктринальному дослідженні вищезгадані застереження можуть бути спростовані. Перш за все необхідно наголосити, що критерії для перевірки судами рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень закріплені у ч. 3 ст. 2 КАСУ, є принципами прийняття суб'єктами владних повноважень будь-яких рішень чи вчинення будь-яких дій, які можуть впливати на права, свободи чи інтереси особи. Тобто за своєю природою вони є принципами адміністративного права. Очевидно, що ці принципи не були видумані авторами для потреб КАСУ. Ці принципи є надбанням адміністративно-правової традиції європейських країн.

Сучасне тлумачення принципів адміністративного права бере свій початок в епосі Просвітництва, коли розподіл влад та нормотворення почали розглядатися як спосіб захисту прав особи. В працях Лока, Монтеск'є та інших мислителів епохи просвітництва приділяється не так багато уваги правам особи з точки зору її можливості впливати на органи публічної адміністрації або вимагати додержання чи захисту своїх прав. Однак саме в цей час почала осмислюватися роль та завдання публічної адміністрації, природа та межі її повноважень, способи якими вона може здійснювати вплив на суспільство та підстави здійснення такого впливу.

Джон Лок характеризував свободу людей як право “жити за постійними правилами, загальними для всіх у цьому суспільстві й установленими законодавчою владою, в ньому створеною; це – свобода чинити за власною волею в усіх випадках, коли це не заборонено правилом, і не підкорятися непостійній, непевній, невідомій, свавільній волі іншої людини” [15, 284]. Крім того, характеризуючи взаємовідносини між державою та особою. Лок визначає спрямованість держави та принципи, на підставі яких вона повинна функціонувати, зазначаючи, що “всі повноваження якими наділена влада, існують лише заради блага суспільства, і, оскільки вони не повинні бути свавільними і здійснюватися, як заманеться, вони повинні здійснюватися згідно з установленими та проголошеними законами, щоб народ міг знати свої обов’язки й мав безпеку та гарантії в межах закону, а посадовці щоб діяли в межах своїх повноважень і не спокушалися через владу, якою вони наділені, застосовувати її для таких цілей і за допомогою таких засобів, про які вони не посміли б заявити відкрито” [15, 359].

Зі свого боку Шарль Монтеск’є багато уваги приділив осмисленню якості держави та якості нормативних правил, які вона продукує: “Важливо, щоб слова закону пробуджували в думках усіх людей ті самі поняття... Законом має бути притаманна, так би мовити, незаплямованість. Призначені для покарання людської злостивості, самі вони повинні відзначатись максимальною непорочністю” [15, 359].

Цікавим є також міркування Томаса Пейна, який зазначав, що “Урядування – не ремесло, яке будь-хто чи будь-яка група людей має право започаткувати, займаючись ним задля власного заробітку, а доручення діяти від імені тик, хто надає це доручення і ким воно завжди поновлюється. Саме по собі воно не має жодних прав і пов’язане лише з обов’язками” [16, 242].

Ці ідеї мали суттєвий вплив на обмеження монархічної влади у країнах тогочасної Європи, і, зрештою, вони лягли в основу формування сучасних демократичних інститутів, таких як розподіл влад та громадянське суспільство. Така трансформація відбулася поступово через розвиток двох базових доктрин у Європі: доктрини верховенства права та доктрини правової держави.

Сучасне поняття верховенства права було вперше сформульоване британським ученим Лордом Дайсі в кінці дев'ятого століття. Дайсі, зокрема, визначив три основні аспекти верховенства права [13, 202–203]. По-перше, це – абсолютна вищість права як протидія зловживання владою, коли кожен керується лише правом і може бути покараним лише за порушення права. (Заперечує наявність у державних інститутів надзвичайних повноважень, переваг чи занадто широких дискреційних повноважень). По-друге, це – рівність перед законом, тобто рівне підпорядкування усіх класів звичайному закону країни, який застосовується звичайними судами. (Виключає ідею будь-якого звільнення посадовців чи інших осіб від обов'язку підкорятись закону, який поширюється на інших громадян, чи від відповідальності перед звичайними судами). І, по-третє, права особи визначають право і встановлюють обмеження в діяльності державних інститутів. Правові норми є не джерелом, а результатом прав особи.

Формулювання та розвиток ідеї правової держави належить німецькому вченому Роберту фон Молю. Поява поняття правової держави (*Rechtsstaat*), як прогресивної правової доктрини в Німеччині, що визначає взаємовідносини між державою та громадянином, припадає на період між 1815 та 1830 роками. Основною метою доктрини було “раціоналізувати поєднання індивідуалізму в державних цілях та традиціоналізму в державній структурі” [14, 252]. Поява *Rechtsstaat* (правової держави) була реакцією на авторитаризм *Polizaistaat* (поліцейської держави) і була спробою підпорядкувати праву деспотичну діяльність державних органів.

У даному контексті доктрини верховенства права та правової держави спрямовані на досягнення однакових цілей: підпорядкувати державу праву. Саме в рамках цих доктрин принципи взаємовідносин між державою та громадянином отримали найбільший розвиток. Вони не лише зв'язали публічну адміністрацію правом, зобов'язавши її видавати справедливі і обґрунтовані рішення та самим діяти в установлених законами межах, але й наділили особу інструментами впливу на прийняття таких рішень, створивши додаткові зобов'язання для публічної адміністрації виробити механізми такого впливу та їх дотримуватися.

Доктрина правової держави, знайшовши своє відображення в Основному законі (Конституції) Німеччини, розвивається, зокрема, завдяки широкому тлумаченню, відображеному у судовій практиці Федерального Конституційного суду. Серед інших принципів, що сьогодні характеризують правову державу, можна назвати принципи розподілу влади, визначення і гарантування основних прав, “формальність” законів, зв’язаність державної влади законом і правом, обмеження державної влади, принцип правової безпеки, принцип визначеності правових норм, принцип захисту довіри до державних дій, адекватність (пропорційність) державних дій, законність управління [3].

Що стосується верховенства права, то ця доктрина поширила свій вплив не лише на одну, а на більшість країн сучасної Європи. Це сталося завдяки закріпленню верховенства права як одного з фундаментальних принципів демократії у Статуті Ради Європи [5] та у Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. [6], котра стала “інструментом суспільного порядку в Європі щодо захисту прав людини” [7]. На формування такої ролі Конвенції значною мірою вплинув механізм контролю за дотриманням положень Конвенції, що виявився дуже дієвим. Для забезпечення дотримання зобов’язань учасниками Конвенції створено Європейський Суд з прав людини [4]. Через тлумачення Європейського Суду з прав людини принцип верховенства права був поширений на всі правовідносини у країнах-членах Ради Європи, зокрема, і адміністративні. Широке тлумачення принципу верховенства права, яке відображене у практиці Європейського Суду з прав людини, є нічим іншим як результатом захисту прав особи від порушень з боку урядів тих чи інших країн-членів Ради Європи.

Саме через призму принципу верховенства права були виокремлені та витлумачені принципи діяльності публічної адміністрації. Зокрема у публікації Ради Європи, адресованій урядам країн-членів та присвяченій взаємовідносинам публічної адміністрації та особи, зазначається, що принципи публічної адміністрації витлумачені виходячи із припущення, що держава визнає та дотримується на практиці фундаментального принципу верховенства права [8]. Самі ж принципи діяльності публічної адміністрації найкраще

відображені у цілому ряді Рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи [9, 10, 11, 12], котрі за своєю природою є узагальненням кращого досвіду країн-членів Ради Європи та практики Європейського Суду з прав людини. Власне принципи, закріплені у ч. 3 ст. 2 КАСУ, є відображенням тих принципів, якими Комітет Міністрів рекомендує керуватися у своєму праві та адміністративній практиці урядам країн-членів Ради Європи. У тих же рекомендаціях Комітету Міністрів міститься докладне тлумачення кожного із зазначених принципів.

Важливо зазначити, що всі принципи діяльності публічної адміністрації (а у різних країнах їх кількість може відрізнятися та змінюватися) діляться на дві категорії: змістовні та процедурні. Змістовні принципи можуть бути прослідковані аж до епохи просвітництва, вони випливають із добросовісності публічної адміністрації, тобто її добровільного підпорядкування закону, який справедливо створений. До таких принципів можна віднести законність, належність мети, добросовісність, рівність перед законом, пропорційність, тощо. Що стосується процедурних принципів, то вони випливають із права особи на участь у процесі прийняття рішень, яке вочевидь отримало свій розвиток у повоєнній Європі разом із схваленням нових конституцій та ратифікацією Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Саме забезпечення права особи на участь у процесі прийняття рішень трансформувалося в обов'язок для органів публічної адміністрації обґрунтовувати свої рішення, бути безсторонніми та приймати рішення своєчасно.

Таким чином критерії оцінювання рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень, закріплені у ч. 3 ст. 2 КАСУ є принципами публічної адміністрації і, отже, принципами адміністративного судочинства. Їх походження і значення нерозривно пов'язані із захистом прав особи від порушень з боку органів публічної адміністрації та з розвитком доктрини верховенства права під час розгляду адміністративно-правових спорів [2]. Кожен із цих принципів формулює, з одного боку, зобов'язання для органу публічної адміністрації, а з іншого – закріплює право особи очікувати виконання цих зобов'язань. Отже порушення кожного із цих принципів буде порушенням права особи, а також буде несумісним із принци-

пом верховенства права. Зрештою, ці принципи за своєю природою є доктринальними а не оціночними поняттями, оскільки їх тлумачення передбачає не суб'єктивне розуміння того чи іншого терміну, а усвідомлення природи та розвитку кожного із цих понять.

Список використаних джерел

1. **Авер'янов В.** Кодекс адміністративного судочинства України: необхідність і шляхи усунення концептуально-понятійних вад / В. Авер'янов, Д. Лук'янець, Ю. Педько // *Право України*. – 2006. – № 3. – С. 10–11.
2. **Бринцева Л. В.** Сутність адміністративно-правових спорів та особливості адміністративного порядку їх вирішення в Україні: монографія / Л. В. Бринцева. – Юрайт. 2012. – С. 13–23.
3. **Рижков Г.** Принцип правової держави в Основному законі і судова практика Федерального Конституційного суду. Дослідження виконане на замовлення Офісу Координатора проектів ОБСЄ в Україні. 2005. Не опубліковане.
4. **Конвенція про захист прав людини та основних свобод** // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13. – Ст. 270.
5. **Преамбула Статуту Ради Європи** // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13. – Ст. 270.
6. **Преамбула Конвенції про захист прав людини та основних свобод** // Відомості Верховної Ради. – 1995. – № 38. Ст. 287.
7. **Рішення Європейського Суду з прав людини:** “Луїзідоу проти Туреччини” від 18 грудня 1996 року (JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: LOIZIDOU v TURKEY, 18 December 1996, Published in Reports 1996-VI).
8. **The Administration and You.** Principles of Administrative Law Concerning the Relations between Administrative Authorities and Private Persons/ A Handbook/ (Council of Europe. Printed in Germany. 1996). – P. 10.
9. **Резолюція (77)31** Про захист особи стосовно актів адміністративних органів влади, прийнята Комітетом міністрів 28 вересня 1977 року на 275-й нараді заступників міністрів.
10. **Рекомендація № R (80)2** Стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийнята Комітетом міністрів 11 березня 1980 року на 316-й нараді заступників міністрів.
11. **Рекомендація № r (87) 16** Стосовно адміністративних процедур, які зачіпають права великої кількості осіб, прийнята Комітетом міністрів 17 вересня 1987 року на 410-й нараді заступників міністрів.
12. **Рекомендація № Rec (2004)20** Щодо судового перегляду адміністративних актів, прийнята Комітетом міністрів 15 грудня 2004 року на 909-й нараді заступників міністрів.
13. **A. V. Dicey,** Introduction to the study of the law of the Constitution, 10th ed. (London: Macmillan & Co LTD 1965).

14. **Leonard Krieger**, The German Idea of Freedom. History of a Political Tradition (Chicago & London: The University of Chicago Press).
15. **John Locke**. Two Treatises of Government. The Second Treatise. Chapter IV. (Cambridge University Press. 2004).
16. **Thomas Paine**. Rights of Man. Chapter IV. (New York: Oxford University Press. 1998).

Анотація

У статті досліджуються найважливіші принципи перевірки судами рішень органів державної влади та місцевого самоврядування. Порушення органами державної влади та їх посадовими особами вимог цих принципів є одночасно порушенням прав і свобод особи, несумісним із принципом верховенства права.

Annotation

Major principles of verification of decisions of public and local self-government authorities courts are investigated in the article. Violation of state power organs and them the public servants of requirements of these principles are simultaneously to violations of rights and freedoms of person, incompatible with principle of supremacy of right.

РОЗДІЛ 3

**ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО
ТА ПРОЦЕС**

Волинець Т. В.

*к. ю. н., доцент, Львівська комерційна академія,
доцент кафедри господарського права та процесу.*

ОСНОВНІ ЗАВДАННЯ І НАПРЯМИ РОБОТИ ЮРИДИЧНОЇ СЛУЖБИ В ГОСПОДАРСЬКИХ ОРГАНІЗАЦІЯХ

Ключові слова: *поняття юридичної служби, юрисконсульт, правова робота.*

Keywords: *concept of legal service, legal adviser, legal work.*

Актуальність нашого дослідження полягає у тому, що удосконалення напрямів роботи юридичної служби – це один з найважливіших напрямів роботи господарської організації.

Актуальність та практичне значення даної статті полягає в тому, що в нових ринкових умовах особливого змісту набуває роль юридичних служб, оскільки в процесі розбудови правової держави та становлення громадянського суспільства актуальною стає законність та правосвідомість громадян.

Метою дослідження є аналіз та характеристика поняття правової роботи юридичної служби, завдання юридичної служби.

Стан дослідження. Дослідженню слугували праці таких вчених як: Айзіна С. М., Беяневича О. А., Домбровського С. Ф., Олійника О. Б., Сухоноса В. В., Харитонова О. В. тощо.

Основою для написання даної статті стало практичне вивчення діяльності та організаційна структура юридичної служби в господарських організаціях.

Виклад основних положень. За сучасних умов Україна перебуває на стадії становлення правової держави. Ця суспільно-правова категорія охоплює собою сполучення, єдність і розмежування трьох влад: законодавчої, виконавчої, судової. Їх зміст полягає в суспільній необхідності належного правозастосування в усіх ланках законо-

давства та в його окремих видах (формах), якими слід вважати юридичне обслуговування суб'єктів виробничо-господарської, сервісної, торговельної діяльності в народному господарстві в цілому і в сільському господарстві зокрема [1, 3].

Юридична служба має порівняно недовгу історію. Така служба існувала не завжди, а із появою юрисконсультів (у сучасному розумінні цієї професії) в організаціях, на підприємствах, в установах довгий час її статус не був регламентований будь-яким державним нормативно-правовим актом [2, 7].

У дореволюційний період у Росії найбільш близьким до юрисконсульта, за видом діяльності, був прикажчик. Він вступав у правовідносини із третіми особами як повноважний представник свого довірителя. Прикажчик мав обов'язок діяти суто у межах даного йому доручення, на підставі законодавства та у відповідності зі звичаями ділового обігу. За неякісне виконання доручення, зокрема, за шкоду, завдану своєму довірителю, прикажчик у певних випадках підлягав цивільно-правовій та кримінально-правовій відповідальності [2, 18].

Події жовтня 1917 року призвели до зламу системи імперського права та створення нового, радянського, законодавства. Однак в цій системі до 1972 року не було нормативних актів, які б належним чином регулювали діяльність юридичної служби [3, 105]. При цьому об'єм правової роботи в установах та організаціях радянської держави фактично був досить великим. Протягом кількох десятиліть правова робота на підприємствах велася юрисконсультами, які на розсуд керівництва включалися у різні відділи управлінських структур (постачання, збуту, кадрів і т. п.), а у багатьох організаціях юристів взагалі не було. Відсутність нормативної регламентації на державному рівні прав, обов'язків, відповідальності, вимог до кваліфікації юрисконсультів негативно позначалася на ефективності правової роботи у народному господарстві.

22 червня 1972 року Радою Міністрів СРСР було прийнято постанову № 467 "Про затвердження Загального положення про юридичний відділ (бюро), головного (старшого) юрисконсульта міністерства, відомства, виконавчого комітету Ради депутатів трудящих, підприємства, організації, установи", яке вперше регулювало правовий статус юридичної служби [4].

На сьогоднішній день в Україні діє “Загальне положення про юридичну службу міністерства, іншого центрального органу державної виконавчої влади, державного підприємства, установи, організації” від 26.11.2008 р. (далі – Загальне положення), у якому зазначено про необхідність удосконалення правової роботи у сфері громадського виробництва, створення правових та організаційних основ для ефективної діяльності юридичної служби щодо забезпечення законності у роботі підприємств. У цьому положенні зазначено, що основними завданнями юридичної служби є: організація правової роботи, спрямованої на правильне застосування, додержання та запобігання невиконанню вимог законодавчих та інших нормативних актів міністерствами, підприємствами, а також їх керівниками та працівниками під час виконання покладених на них завдань і функціональних обов’язків. Відповідно до цього на всіх підприємствах, установах, організаціях можуть бути створені юридичні служби [5, 6].

Юридична служба є самостійним структурним підрозділом; залежно від обсягу, характеру та складності роботи визначається структура юридичної служби; установлюється порядок створення та взаємовідносин юридичної служби та інших структурних підрозділів.

Юридична служба – безпосередній організатор правової роботи в народному господарстві, який є складовою частиною управління виробництвом [6, 98].

Юридична служба разом з іншими структурними підрозділами бере участь у реалізації практично всіх функцій управління господарської організації, посідаючи при цьому особливе місце: через юридичну службу держава не тільки забезпечує, а й контролює дотримання законності та державної дисципліни в діяльності підприємств, установ і організацій.

Бікеєв А. А., Сафін З. Ф. зазначають, що правова робота – особливий, багатоплановий вид діяльності всього колективу суб’єктів господарювання, спрямований на забезпечення виконання плану соціального і економічного розвитку на основі законності шляхом максимального використання правових засобів для укріплення господарського розрахунку, збільшення прибутку, зниження собівартості, підвищення продуктивності праці і якості роботи при дотриманні державної, договірної і трудової дисципліни [7, 7].

Замойський І. Є. з питань організації правової роботи говорить про те, що універсалізм правової роботи заключається у тому, що це – діяльність не тільки з правового регулювання існуючих суспільних відносин, за допомогою наявних правових приписів органів державної влади і управління, але також і нормотворча діяльність, спрямована на оптимальний вплив на суспільні відносини всередині конкретного підприємства, організації. Іншими словами, складовою частиною правової роботи є розробка і прийняття актів локального характеру в вигляді положень, інструкцій, стандартів і правил [8, 41].

Олексієв С. С. зазначає, що видання акту локального регулювання суб'єктами господарювання, будучи важливою ланкою у правовій роботі в той же час не є самоціллю їх статутної діяльності. Ці акти на підприємствах, в організаціях разом з нормативно – правовими актами централізованого характеру є юридичною базою для правового регулювання відносин у різних галузях їх діяльності [9, 289].

У п. 1 ст. 64 Господарського кодексу України (далі – ГКУ) зазначається, що підприємство може складатися з виробничих структурних підрозділів (виробництв, цехів тощо), а також функціональних структурних підрозділів апарату управління [10, с. 54]. Пунктом 2 зазначеної статті встановлено, що функції, права та обов'язки структурних підрозділів підприємства визначаються положенням про них, які затверджуються в порядку, визначеному статутом підприємства або іншими установчими документами. Саме положення регламентують діяльність структурних підрозділів, визначають їх місце в організаційній структурі суб'єкта господарювання.

І в п. 2 Загального положення зазначено, що юридична служба утворюється як самостійний структурний підрозділ, а в п. 4 передбачається, що до основних завдань юридичної служби є організація правової роботи, спрямованої на неухильне дотримання та запобігання невиконанню вимог законодавства, інших нормативних актів органом виконавчої влади, підприємством, їх керівниками та працівниками під час виконання покладених на них завдань і функціональних обов'язків [5, 10].

У процесі організації правової роботи відбуваються не матеріально-правові, а організаційні відносини, як і інша організаційна діяльність, правова робота має плануватися, забезпечуватися відповід-

ними кваліфікованими кадрами юрисконсультів і необхідним правовим “інструментом”, тобто нормативно-правовими актами [11, 10].

У п. 6 Загального положення зазначається, що юридична служба спрямовує, координує правову роботу, здійснює методичне керівництво та перевіряє її проведення [5, 6].

Словосполучення “правова робота” дає підстави говорити про діяльність, пов’язану із застосуванням права і спрямоване на правову забезпечення діяльності конкретного підприємства або установи.

Зазначені обставини дозволяють окреслити межі правової роботи як виду юридичної діяльності, яка охоплює різні сфери діяльності суб’єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, а саме: виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність; дають можливість визначити основні завдання правової роботи.

Отже, правова робота – це нормотворча та право застосовна діяльність та керування нею, пов’язана з питаннями відповідальності, взаємозв’язку ланок господарського механізму, посадових осіб та працівників, що забезпечують зміцнення законності, державної, планової та договірної дисципліни, господарського розрахунку в діяльності підприємств, організацій та установ.

Коли ми говоримо про універсальний характер правової роботи, то перш за все маємо на увазі всебічний вплив права на розвиток господарської та соціальної діяльності колективів, адже у цій роботі беруть участь не лише органи управління, а й профспілки, трудові колективи.

Правова робота повинна забезпечувати виконання законів, планів та угод не тільки підприємством, а й іншим господарським органом цього підприємства. Таким чином, до основних аспектів правової роботи відноситься, багатопланова діяльність, що охоплює всі напрямки діяльності, безпосередньо пов’язані зі створенням матеріальних цінностей, застосуванням праці робітників та службовців, вирішення питань соціально-економічного, науково-технічного, культурного забезпечення колективів підприємств та установ, а не тільки діяльність юридичної служби, що спрямована на організацію контролю за виконанням законів, пропаганду права, складання юридичних документів, участь у розгляді господарських та інших справ юрисдикційними органами [12, 18].

До системи правової роботи належать суб'єкти господарювання, об'єкти, юридичні (правові) дії, засоби і способи їх здійснення, результати юридичних (правових) дій.

Суб'єктами правової роботи є господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до ЦК України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до ГК України, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку. Суб'єктами правової роботи є також громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність і зареєстровані відповідно до закону як підприємці, а також філії, представництва, інші відокремлені підрозділи господарських організацій (структурні одиниці), структурні підрозділи підприємств (юридична служба, бухгалтерія, відділ кадрів та ін.).

Об'єктами правової роботи є дії суб'єктів правової роботи, правові процеси (розгляд господарських спорів у господарських судах, трудових спорів – у місцевих), правові документи (договори, акти, претензії, позовні заяви, положення, інструкції та ін.).

Правова робота, будучи сукупністю нормотворчої та правореалізуючої діяльності, пронизує всі сфери правової дійсності і спрямована на досягнення подвійної мети: забезпечує законність у діяльності суб'єктів господарювання і посилення впливу на суспільне виробництво. Попри таку обмежену єдність нормотворчої та правореалізуючої діяльності відводиться значне місце усій правовій діяльності. Це не випадково, оскільки, здійснюючи свою статутну діяльність, підприємства різних форм власності та організаційно-правових форм реалізують правові норми як централізованого, так і локального характеру [13, 108].

Успішній організації правової роботи на підприємстві сприяє аналіз і узагальнення практики застосування та реалізації правових норм, які містяться в різних галузях права: цивільному, господарському, трудовому, фінансовому, аграрному та ін. Власне, цю роботу доцільно проводити за окремими напрямками: виконання договірних зобов'язань, зберігання майна, дотримання законодавства про працю, про охорону навколишнього природного середовища тощо.

Така діяльність у межах правової роботи здійснюється в організаціях з метою встановлення причин правопорушень у тій чи іншій

галузі господарської діяльності та виявлення винних осіб. За допомогою аналізу результатів, узагальнень створюється можливість активізувати правову роботу на підприємстві не лише з наслідками правопорушень, а й з причинами їх виникнення, які можуть бути різними: недостатнє знання чинного законодавства, недостатній рівень правового регулювання, винні дії посадових осіб, організаційно-технічні недоліки та ін. Одним із напрямів дотримання законності є вдосконалення правової пропаганди на підприємстві. На жаль, в останні роки, особливо в приватних підприємствах, така робота майже не проводиться, у той же час вона є важливим засобом попередження правопорушень і має здійснюватись у вигляді лекцій, інформацій у місцевих газетах, радіо та ін.

Таким чином, правова робота за своїм змістом має універсальний характер, тому що вона, охоплюючи всі сторони діяльності підприємств, одночасно пронизує всі сфери правової дійсності: нормотворчість і право реалізацію; аналіз практики застосування законодавства і правове виховання.

Правова робота є невід'ємною частиною діяльності всіх структурних підрозділів підприємства, серед яких важливе місце належить юридичній службі як спеціалізованому правовому підрозділу підприємства. Але слід також мати на увазі, що проведення та організація правової роботи покладається на керівництво підприємств.

Заборонено покладати на юридичну службу обов'язки, які не стосуються правової роботи і не передбачені Загальним положенням. Це є своєрідною гарантією того, що юристи будуть займатися виключно правовою роботою та виконувати функції, покладені на них законодавством.

Юридична служба безпосередньо підпорядковується керівникові господарської організації, яка в свою чергу, зобов'язана створювати умови для нормальної роботи і підвищення кваліфікації працівників юридичної служби, забезпечувати їх окремим приміщенням, телефонним зв'язком, сучасними засобами оргтехніки, транспортом для виконання службових обов'язків, законодавчими та іншими матеріалами, літературними джерелами з правових питань.

Ефективність правової роботи в організації залежить від визначення оптимальної організаційної структури юридичної служби

і необхідної кількості штатних одиниць з урахуванням обсягу роботи і особливостей діяльності підприємств, для доцільного юридичного обслуговування [14, 35]

Існують такі форми юридичного обслуговування малих та середніх підприємств: на підставі договору, укладеного з юридичною консультацією, адвокатським бюро, фірмою контролю чи окремим адвокатом, або на підставі договору укладеного з юридичною або фізичною особою – суб'єктом підприємницької діяльності, який має спеціальний дозвіл (ліцензію) на проведення юридичної практики.

Відомі і такі форми правового обслуговування як організація міжгосподарських юридичних груп для обслуговування кількох територіально близьких підприємств однієї або кількох галузей, а також організацій, обслуговування невеликих господарських органів однієї системи юридичною службою головного (найбільшого) підприємства.

На одному з базових підприємств для обслуговування кількох невеликих підприємств, а також виробничих одиниць, де немає сенсу тримати штатного юрисконсульта, можуть створити міжгосподарські юридичні відділи як самостійні структурні підрозділи. Ці відділи формуються за рахунок загальної штатної чисельності працівників кількох невеликих підприємств і організацій у такій кількості, аби на кожного юриста припадало обслуговування від двох до чотирьох підприємств або організацій. Кожне підприємство, що обслуговується міжгосподарським юридичним відділом, перераховує базовому підприємству грошові суми для утримання юристів.

Юридичне обслуговування підприємств, установ і організацій адвокатами, адвокатським бюро, фірмою, конторою чи іншими адвокатськими об'єднаннями передбачаються Законом України "Про адвокатуру". Загальним положенням про юридичну службу міністерства, іншого центрального органу державної виконавчої влади, державного підприємства, установи, організації та іншими нормативними актами.

Надання адвокатської правової допомоги підприємствам, установам і організаціям є одним з найважливіших напрямів діяльності адвокатури. Адвокати здійснюють правову роботу за тими ж напрямками, що й юридичні служби [14, 41].

Призначення юридичної служби полягає у покращенні всіх показників діяльності організації правовими засобами.

Суть юридичної служби визначається її завданнями.

Основними завданнями юридичної служби є:

- зміцнення законності в діяльності міністерства, відомства, підприємства, організації, установи;
- активне використання правових засобів для покращення економічних показників роботи підприємств, установ організацій;
- забезпечення правовими засобами збереження власності підприємств, установ, організацій;
- захист прав і законних інтересів підприємств, організацій, установ і громадян;
- пропаганда законодавства [12, 75].

Висновки. Ряд вчених та практиків вважають, що правову роботу не слід ототожнювати з діяльністю юридичної служби, оскільки це більш широке поняття. При такому тлумаченні правової роботи її суб'єктами є не лише юридична служба, але й інші підрозділи підприємства, адже виконувати приписи закону повинні всі ланки діючого підприємства [15, 58].

Роль юридичної служби бути організатором правильного та ефективного застосування законодавства в кожній ділянці.

На відміну від інших служб та підрозділів юридична служба в цілому на підприємстві, організації чи в установі, виконуючи специфічні функції, використовує тільки її властиві форми та методи діяльності: проведення правової експертизи нормативних актів підприємства та його підрозділів, контроль за виконанням норм права, зміцнення законності та правопорядку у сфері господарської діяльності та взаємовідносин, пропагує правові знання. Крім того, юридична служба здійснює загальне керівництво та організацію правової роботи на підприємстві.

Список використаних джерел

1. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254-К/96вр // Відомості Верх. Ради України. – 1996 – № 30. – Ст. 141.
2. Бісік С. Г. Організація юридичної служби на підприємстві / С. Г. Бісік. – 2006. – С. 7–12, 18–24.

3. **Титаренко В.** Юрисконсульт на підприємстві / В. Титаренко // Право України. – 2004. – № 12. С. 105–108.
4. **Постанова, Рада Міністрів СРСР** Об утверждении Общего положения о юридическом отделе (бюро), главном (старшем) юрисконсульте, юрисконсульте министерства, ведомства, исполнительного комитета Совета депутатов трудящихся, предприятия, организации, учреждения N 467, 22.06.1972.
5. **Загальне положення про юридичну службу міністерства**, іншого центрального органу державної виконавчої влади, державного підприємства, установи, організації № 1040, від 26. 11. 2008р.
6. **Чернадчук В. Д.** Основы господарського процесуального права України: навчальний посібник – 2-ге вид. / В. Д. Чернадчук, В. В. Сухонос. – Суми: ВТД “Університетська книга”, 2003. – 255 с.
7. **Рябов А. А.** Организация правовой работы в народном хозяйстве. Учебное пособие / А. А. Рябов. Издательство Казанского университета, 1988. – 118 с.
8. **Замойский И. Е.** Правовая работа на предприятии – хозяйство и право / И. Е. Замойский. 1981, № 10, с. 41.
9. **Алексеев С. С.** Общая теория права / С. С. Алексеев. – М.: Юридическая литература, 1981. – Т. 1. – С. 289.
10. **Науково-практичний коментар** Господарського кодексу України: 2-ге вид., перероб. і допов. / За заг. ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини; Кол. авт.: О. А. Белянович, О. М. Вінник, В. С. Щербина та ін. – К., 2008. – 713 с.
11. **Домбровский С. Ф.** Організація правової роботи та юридичного обслуговування підприємств: навчальний посібник / С. Ф. Домбровский – Х.: Консум, 2005, – 396 с.
12. **Долгополов А. М.** Організація юридичної служби на підприємстві: конспект лекцій / А. М. Долгополов. – 2000р. – С. 7–24.
13. Організація юридичної служби на підприємстві // Підприємство, господарство і право. – 2001. – № 2. С. 107–109.
14. **Малиновський В. Я.** Державне управління: навчальний посібник – вид. 2-ге, доп. та перероб. / В. Я. Малиновський. – К.: Атіка, 2003. – 576 с.
15. **Гайдук Ю. Н.** Правовая работа в организации (на предприятии) / Ю. Н. Гайдук. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.:Амалфея, 2008. – 288 с.

Анотація

Стаття досліджує поняття та завдання юридичної служби в господарських організаціях і основні напрями її роботи.

Summary

The article is devoted research of concept and task of legal service a question in economic organizations, basic its work assignments.

Голуб Г. М.

*к. е. н., доцент, Львівська комерційна академія,
доцент кафедри господарського права та процесу.*

ПРАВОВІ ВІДНОСИНИ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ У БЮДЖЕТНІЙ СФЕРІ

Ключові слова: *бюджет, бюджетне призначення, розпорядник бюджетних коштів, бюджетна програма, дотація, субвенція.*

Keywords: *budget, budget appropriation, manager of budget funds, budget program, subsidy, subvention.*

Центральною ланкою фінансової системи держави виступає бюджетна система, що складається з державного та місцевих бюджетів. Саме коштами бюджетних надходжень формуються відповідні грошові фонди, за рахунок яких фінансово забезпечується виконання державних завдань і функцій.

Нині науковці і практики все частіше приділяють увагу дослідженню питань удосконалення фінансових інститутів, зокрема бюджетним відносинам, їх взаємодії з різними сферами діяльності держави. Використання основних інструментів бюджетної політики (видів державного та місцевих бюджетів, бюджетних кредитів, субвенцій інвестиційного призначення, регулювання податкових пільг та інших) надають можливість забезпечити досягнення пріоритетних завдань економічного розвитку.

Над даною проблематикою працюють ряд науковців, зокрема: Л. К. Воронова, М. П. Кучерявенко, а також В. М. Федосов, С. І. Юрій, С. О. Булгакова, І. О. Луніна ті інші. Проблемам удосконалення господарських відносин суб'єктів присвячені праці В. С. Щербини, О. М. Вінника, А. В. Попової. Разом із тим мають бути системно досліджені можливості бюджетної політики, розроблені конкретні

науково-практичні рекомендації щодо запровадження у практику так званого бюджету розвитку.

Метою статті є дослідження особливостей реалізації бюджетної політики щодо розпорядження, використання державних коштів суб'єктами бюджетних правовідносин.

В умовах проведення в Україні економічних і адміністративних реформ, під час яких боротьба з бюджетним дефіцитом та скорочення державного фінансування, видатки з бюджету вимагають посиленої уваги за всією бюджетною системою, бюджетним процесом з боку законодавчої і виконавчої влади.

Відносини в галузі бюджету ускладнюються, потребують все детальнішої регламентації у фінансово-правових актах. Бюджетними актами регулюються бюджетна система, розподіл доходів і видатків між окремими видами бюджетів, бюджетний процес. Бюджетні показники одержують правову оболонку, а їх встановлення здійснюється тільки після пізнання економічних можливостей держави, які пов'язані з об'єктивними законами суспільного розвитку. Економічні (бюджетні) відносини набувають форми відносин (прав і обов'язків), тобто форми правовідносин. В межах цих правовідносин відбувається діяльність державних органів, скерована на формування бюджету та його виконання у вигляді мобілізації коштів у бюджет та їх використання.

Конкретний акт бюджетної діяльності (розподіл коштів щодо різних операцій з державними коштами, використання бюджетних асигнувань) здійснюється виключно на правовій підставі. Бюджетні норми встановлюють правила поведінки для особливого кола суб'єктів. Під суб'єктами бюджетних правовідносин розуміють їх учасників, які виступають як сторони (органи, установи, посадові особи) (ст. 19 Бюджетного кодексу України) [3, 33]. Кожен суб'єкт цих відносин бере участь у розподілі доходів, видатків, одержанні асигнувань, складанні, розгляді чи затвердженні бюджетів.

Конституція України надає право на власний бюджет як матеріально-фінансову базу функціонування держави і органів місцевого самоврядування всіх рівнів. Загальне право на бюджет містить низку повноважень для конкретного суб'єкта. У бюджетних право-

відносинах беруть участь держава (в особі Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, Президента), органи місцевого самоврядування та їх виконавчі органи, які мають широкі повноваження в галузі бюджету. Обсяг прав і обов'язків органів виконавчої влади залежать від їх місця і ролі в системі державного апарату. У бюджетних правовідносинах беруть участь і галузеві органи виконавчої влади, де особливе місце посідають фінансові органи, які діють від імені держави. Не вважаються суб'єктами бюджетних правовідносин підприємства і організації недержавної і немуніципальної форм власності чи окремі комерційні підприємства, суспільні організації, окремі громадяни, оскільки не беруть участі в утворенні бюджетної системи, розподілі державних коштів чи бюджетному процесі, а їх взаємовідносини з бюджетом здійснюються через податкові, кредитні та інші суспільні відносини.

Бюджетні правовідносини охоплюють суб'єктів, які є юридичними особами, що задіяні у бюджетний процес, або одержують з Державного чи місцевого бюджету грошові кошти в різних формах (фінансування, дотація, субвенція та ін.).

Господарський кодекс України передбачає участь держави та її органів, органів місцевого самоврядування в господарській діяльності, зазначаючи, що вони "не є суб'єктами господарювання" (ст. 8) [4, 15]. Якщо орган держави є суб'єктом, що наділений господарською компетенцією, така компетенція реалізується від імені відповідної державної чи комунальної установи в межах повноважень.

Усі суб'єкти бюджетних відносин, органи державної влади, місцевого самоврядування, юридичні особи, що фінансуються з державного бюджету, особи, які виконують делеговані їм повноваження суб'єктів владних повноважень (згідно закону чи договору), в тому числі надання різних видів державних послуг (соціальних, освітніх, оздоровчих та ін.), зобов'язані надавати інформацію щодо використання бюджетних коштів.

Учасниками бюджетних правовідносин є органи держави та місцевого самоврядування, установи, посадові особи, розпорядники та отримувачі бюджетних коштів.

Органи держави, Автономної Республіки Крим, місцевого самоврядування можуть виступати як суб'єкти, що здійснюють загальну

організацію, управління, виконання бюджету, координацію діяльності бюджетної сфери.

Установами є організації (в контексті Бюджетного кодексу України), що не мають статусу органу, відносяться до розпорядників бюджетних коштів, тобто бюджетні установи. Ними є некомерційні організації, що існують у формі державного чи муніципального утворення, повністю або частково фінансуються за рахунок відповідного бюджету. Правові акти встановлюють порядок отримання коштів не тільки з бюджету, але й доходів, що отримані такою установою від дозволеної господарської та виробничої діяльності (Постанова Кабінету Міністрів України від 17.05.2002, № 659). До них належать: надання різних видів послуг, діяльність допоміжних підприємств, господарств, майстерень. У разі створення для провадження господарської діяльності госпрозрахункових підрозділів, які мають статус юридичної особи, їх доходи та видатки не є власними надходженнями бюджетної установи. Крім цього, до надходжень бюджетних установ відносяться кошти від реалізації необоротних активів (крім будівель, споруд), благодійні внески, гранти, дарунки. Гранти надаються на безповоротній основі та спрямовуються на реалізацію цілей, визначених програмою їх надання, проектом міжнародної технічної допомоги. Зараховуються також інвестиції, які, згідно із законодавством, надходять до бюджетних установ, у тому числі на спорудження житлових будинків. Кошти від позабюджетних джерел використовуються бюджетними установами самостійно на господарські видатки (утримання, ремонт майна, модернізацію, придбання нових необоротних активів, преміювання осіб та інші господарські потреби), а інші – виключно через спеціальні рахунки Державного казначейства України.

Правовий статус посадових осіб як суб'єктів бюджетних відносин має особливості. Вони є визначеними особами, які займають певну посаду. Повноваження закріплюються саме за органом, посадовою особою якого вони є. Якщо, згідно з Бюджетним кодексом України, повноваження закріплені за визначеною посадовою особою, покладені безпосередньо на керівника органу, вони не можуть бути закріплені за іншою посадовою особою з числа керівників (ст. 17, 36, 44, 54, 57, 122).

Розпорядники бюджетних коштів здійснюють поряд з іншими учасниками безпосереднє виконання за видатками та кредитуванням бюджету. Для здійснення певних програм їм надаються різні асигнування (тобто бюджетне зобов'язання та здійснення платежів, яке має кількісні, часові та цільові обмеження). Розпорядником є бюджетна установа в особі її керівника, уповноважена на отримання бюджетних коштів, здійснення витрат. Керівних діє від імені організації, є законним представником як орган цієї юридичної особи. За обсягом наданих прав розпорядники є головні та розпорядники нижчого рівня. Їх права та обов'язки визначені Бюджетним кодексом України, а також Постановою Кабінету Міністрів України від 28.02.2002, № 228, Наказом Державного Казначейства України від 25.05.2004, № 89 та від 05.02.2008, № 40, Наказом Міністерства Фінансів України від 14.05.2010, № 263. У системі розпорядників бюджетних коштів головні розпорядники наділяються спеціальних керівним статусом (ст. 22 БКУ) та затверджуються Законом про Державний бюджет України шляхом встановлення їм бюджетних призначень з обов'язковим виділенням видатків споживання (оплата праці, комунальні послуги, енергоносії) та видатків розвитку. У межах своїх функцій розпорядники затверджують документи (кошториси, плани асигнувань, штатні розписи) для розпорядників нижчого рівня, можуть ініціювати перерозподіл коштів, здійснюють управління бюджетними коштами, забезпечують їх цільове використання та контроль (Постанова Кабінету Міністрів України від 22.05.2002, № 685).

Законодавством передбачена можливість залучення до бюджетного процесу організацій, що не мають статусу бюджетної установи. Так, розпорядник бюджетних коштів може уповноважити одержувача бюджетних коштів на виконання заходів, передбачених бюджетною програмою, та передати йому кошти на безповоротній чи поворотній основі. Одержувачем є суб'єкт господарювання, громадська чи інша організація (яка не має статусу бюджетної установи), уповноважена розпорядником та отримує на виконання певних заходів (програм) кошти бюджету на добровільних умовах. Так, здійснюються різні проекти держави, як інвестиційні, надання фінансової підтримки громадським організаціям інвалідів і ветера-

нів, закупівля окремих груп товарів, підтримка заходів у сфері культури і мистецтва та інших (Постанови Кабінету Міністрів України від 26.11.2003, № 1839, від 25.10.1999, № 2145, від 13.07.2005, № 577, від 10.10.2001, № 1312).

Будь-які бюджетні зобов'язання та платежі здійснюються лише за наявності відповідного бюджетного призначення (тобто повноваження розпорядника коштів), які є доволі жорсткими. Це стосується процедур отримання асигнувань, безспірного списання коштів, виплати субсидій, допомог, пільг з оплати споживчих послуг, компенсації громадянам. Призначення мають бути встановлені на конкретні цілі (наприклад, під певні державні програми). Перерозподіл видатків за бюджетними програмами здійснюється за рішенням Кабінету Міністрів України. Розміри, мета, обмеження в часі таких призначень є сталими і зміни до них вносяться лише законом. Однак без змін дозволяється збільшувати кошти на оплату праці працівників бюджетних установ (за рахунок зменшення їхніх видатків), деякі інші бюджетні програми. При цьому заборонено придбання для посадових осіб державних органів, членів їх сімей пільгових путівок до санаторіїв, будинків відпочинку, туристичних путівок; придбання автомобілів, меблів, іншого обладнання та устаткування для адміністративних потреб; скорочено витрати на закордонні відрядження (Постанови Кабінету Міністрів України від 04.04.2001, № 332 та від 16.11.2000, № 1242).

Держава для реалізації економічної політики, виконання цільових програм економічного і соціального розвитку застосовує різноманітні засоби регулювання господарської діяльності. Такими засобами впливу на діяльність суб'єктів господарювання є державне замовлення, надання інвестиційних пільг, компенсацій, цільових інновацій дотацій. Так, дотації можуть надаватися суб'єктам господарювання на підтримку виробництва життєво важливих продуктів харчування, лікарських препаратів, засобів реабілітації інвалідів, на імпорتنі закупівлі окремих товарів, послуги транспорту, що забезпечують соціально важливі перевезення, а також суб'єктам господарювання, що опинились у критичній соціально-економічній, або екологічній ситуації з метою фінансування капітальних вкладень, на цілі технічного розвитку, що дають значний економічний

ефект. Крім того, держава здійснює компенсації та допомоги сільськогосподарським товаровиробникам за сільськогосподарську продукцію, що реалізується ними державі [4, 17–18].

Кредитна підтримка державним та комунальним підприємствам надається на загальних умовах їхньої кредитоспроможності під затверджені проекти, бізнес-плани, проекти санації підприємств. Надання кредитів здійснюється під заставу майна підприємства, або векселів, одержаних цими підприємствами від споживачів їхньої продукції.

Пряме державне фінансування та кредитування малого підприємництва передбачає надання кредитів з бюджетів різних рівнів бюджетної системи і державних цільових фондів. Основним недоліком в Україні є зростання витрат бюджету, незначні розміри допомоги у зв'язку з дефіцитом бюджетних ресурсів.

У 2000 році Рада Європи прийняла так звану Лісабонську стратегію розвитку Євросоюзу з подальшим її доповненням у 2002 році. Це рішення отримало назву “Барселонська мрія”, де зазначено, що до 2010 року країни мають спрямовувати не менше, ніж 3% валового внутрішнього продукту на дослідження та інновації. В Україні фінансування науково-технічної діяльності складає 1,7% (капітальні вкладення виробничого і не виробничого призначення, структурної перебудови народного господарства, субвенції та інше), а в провідних розвинутих країнах світу від 5 до 20% валових капітальних вкладень [9, 487]. Такі видатки національне законодавство відносить до витрат на розвиток, тобто бюджетне фінансування інвестиційної та інноваційної діяльності. Це дає можливість для розвитку в галузі економічної інфраструктури, зовнішньоекономічної діяльності, надання субсидій приватному бізнесу, новим галузям промисловості, екології та інше.

При виборі об'єктів бюджетного інвестування враховується здатність виробників випускати експортоспроможну та імпортозамінну продукцію, виробити особливого соціального значення (лікувальні препарати, продукти харчування, інші товари першої необхідності), а також знаходити і розширювати внутрішні та зовнішні ринки збуту своєї продукції і відповідно нарощувати обсяги її реалізації.

В умовах обмеженості фінансових ресурсів держава не має можливості виділяти бюджетні кошти на підтримку неефективних підприємств. Нині діючі законодавчі акти (Закон України “Про держані цільові програми” та ін.) лише декларують впровадження державних цільових програм. За даними Міністерства фінансів України з 2006 до 2010 року діяло 136 таких програм, серед яких найбільша частка у видатках серед усіх галузей становить підтримка суб'єктів господарювання паливно-енергетичного комплексу – 13; на дослідження в галузях економіки припадає – 30; іншу економічну діяльність – 15 [9, 546]. У зв'язку з цим виділяються певні проблеми, серед яких: недостатня зацікавленість самих розробників; програми не узгоджуються з бюджетними ресурсами та інше.

Державні видатки в Україні розподілені по ланках фінансової системи нерівномірно. Менша їх частина зосереджена на місцевому рівні. Органи місцевого самоврядування покликані задовольняти потреби міст та селищ. До витрат відносять: адміністративні, на соціальні потреби, житлові, міське господарство та транспорт, водовідвід, частка на шкільну і професійну освіту, санітарний нагляд, частка на соціальне страхування. Так за рахунок місцевих бюджетів сплачується допомога інвалідам, літнім людям, утримуються будинки для них [6, 47]. Такі видатки пов'язані насамперед із фінансуванням купівлі товарів виробничого призначення, будівництва, створення нових виробництв, тобто вкладеннями державних фінансових ресурсів. Тому частка витрат місцевих бюджетів має бути вищою (20–30%), ніж у державному секторі (10–15%). У деяких країнах (Велика Британія, Нідерланди) витрати на міське будівництво складає 40–50% [12, 69].

Склад видатків зумовлюється різними функціями, одна з яких захист приватної власності суб'єктів господарювання, а саме підприємницької діяльності. У Японії у 1997 році був прийнятий закон про реформу фінансової системи, де передбачено, що витрати поточного року не повинні перевищити витрат попереднього періоду. Це стосується підтримки малого і середнього бізнесу. У Великобританії за рахунок позабюджетного фонду наукових досліджень здійснюються капітальні вкладення капітальних підприємств,

що займаються дослідженнями у виробництві. При цьому держава надає фонду безстрокові позички та щорічні субсидії [11, 91, 145].

На думку вітчизняних науковців застосування трансфертів (фінансової підтримки з бюджету) у системі бюджетних відносин позбавляє місцеві органи влади реальної можливості самостійно розв'язувати власні проблеми через залежність від дотацій [6, 52].

Таким чином, однією з форм реалізації бюджетної політики є надання органами влади, органами місцевого самоврядування суспільних послуг:

- 1) послуги суб'єктам господарювання мають надаватися тим рівнем влади, де передбачені мінімальні витрати цих послуг;
- 2) послуги мають відповідати інтересам і потребам суспільства чи територіальної громади та джерелам їх фінансування;
- 3) повинна бути передбачена міра юридичної відповідальності для суб'єктів відповідного рівня влади.

Завдання і зобов'язання держави визначаються, з одного боку, Конституцією, законодавством України, а з іншого, її фінансовими можливостями, які обмежуються обсягами доходів суб'єктів бюджетних відносин. Отже, видатки повинні бути інструментом досягнення критерію справедливості у розподілі суспільних благ та добробуту для усіх суб'єктів господарювання та інших членів суспільства.

Список використаних джерел

1. **Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України:** Закон України від 23 березня 2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 25. – Ст. 195.
2. **Про державні цільові програми:** Закон України від 18 березня 2014 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 25. – Ст. 352.
3. **Бюджетний кодекс України:** прийнятий Верховною Радою України від 8 липня 2010 р. (із змінами, внесеними згідно Закону від 31.07.2014 р.). – К.: Паливода А. В. – 2014. – 176 с.
4. **Господарський кодекс України:** прийнятий Верховною Радою України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18–22. – Ст. 144.
5. **Актуальні проблеми господарського права** / за ред. Щербини В. С. – К.: Юрінком Інтер. – 2012. – 528 с.
6. **Бадида М. П.** Міжбюджетні відносини та соціально-економічний розвиток місцевих громад / М. П. Бадида // Формування ринкових відносин в Україні. – 2008. – № 7. – С. 46–52.

7. **Бюджетне законодавство України:** збірник нормативних актів. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 416 с.
8. **Бюджетний кодекс України:** науково-практичний коментар станом на 01.03.2011 р. / [за ред. Л. К. Воронової, М. П. Кучерявенко]. – Х.: Право, 2011. – 608 с.
9. **Бюджетна система:** підр. / [за ред. М. В. Федосова, С. І. Юрія]. – К.: Центр учбової літератури, Тернопіль: Економічна думка, 2012. – 871 с.
10. **Бубнова О. Ю.** Объекты финансового контроля / О. Ю. Бубнова // Ежегодник МАФП. – М. – 2006. – С. 131–142.
11. **Карлін М. І.** Фінанси зарубіжних країн / М. І. Карлін. – К.: Кондор, 2009. – 384 с.
12. **Рожко О. Д.** Інноваційно-інвестиційна спрямованість бюджетної політики в Україні / О. Д. Рожко // Фінанси України. – 2011. – № 11. – С. 64–72.

Анотація

Розглянуто коло суб'єктів, що беруть пряму і опосередковану участь у бюджетній системі в цілому та бюджетному процесі зокрема. Проаналізовано їх роль у механізмі бюджетних видатків та вплив на економічні процеси у державі. Обґрунтовано необхідність реального впровадження державних програм для подальшого розвитку суспільства.

Annotation

In this article it is considered number of the subjects that are directly and indirectly involved in the budget system in general and in the budget process in particular. It is analyzed their role in the mechanism of the budget expenditures and the impact on the economic processes in the country. It is substantiated the necessity of the real implementation of the state programs for the further development.

Малига В. А.

к. ю. н., доцент,

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
доцент кафедри міжнародних відносин і дипломатичної служби;*

Репецький В. М.

*к. ю. н., професор, Львівська комерційна академія,
завідувач кафедри господарського права та процесу.*

ІНОЗЕМНЕ ПІДПРИЄМСТВО ЯК СУБ'ЄКТ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Ключові слова: підприємство з іноземними інвестиціями, спільне підприємство, іноземний капітал, іноземна інвестиція, правовий статус, статутний фонд.

Keywords: *enterprise with foreign investment, joint venture, foreign capital, foreign investment, legal status, statutory fund.*

Постановка проблеми у загальному вигляді. Процес розвитку сучасного суспільства характеризується глобалізацією у всіх галузях життєдіяльності, включаючи економіку. На факт об'єктивності інтернаціоналізації світових господарств радянські науковці вказували ще в сімдесяті роки ХХ ст. [1]. Створення підприємств за участю національного та іноземного капіталів вважалося тоді порівняно новою формою міжнародного співробітництва. Цей процес розширився та поглибився, і сьогодні для будь-якої держави світу, зокрема, України, необхідно створити якомога більш сприятливі засади для співпраці з іноземними суб'єктами господарювання.

У першому півріччі 2013 року обсяг іноземних інвестицій в економіку України становив 2,6 млрд. дол. При цьому обсяг фінансових ресурсів, внесених інвесторами з початку інвестування на 1 липня

2013 року досяг 55,3 млрд. дол. На підприємствах промисловості було зосереджено 31,7% загального обсягу інвестицій в Україну, у компаніях фінансової і страхової сфери – 26,9%. Слід зазначити, що структура в розрізі форм залучення іноземного капіталу за період з 2002 року – перше півріччя 2013 р. значно змінилася. Так, у 2001–2004 роках внески у вигляді рухомого і нерухомого майна складали 28–36% загального обсягу інвестицій. На сьогодні у структурі капіталу нерезидентів основна питома вага припадає на вкладення у формі грошових внесків [2].

Успішне співробітництво на міжнародному рівні багато в чому залежить від належного правового забезпечення відносин у цій сфері. Особливості правового статусу суб'єктів господарювання зі стовідсотковим іноземним капіталом визначають державну політику у сфері інвестицій з-за кордону. Сучасна держава повинна враховувати значення цього напрямку розвитку економіки.

Особливої актуальності визначення правового статусу іноземних підприємств набуває завдяки розгалуженим процесам світової інтеграції. Слід враховувати, що Україна є членом Світової організації торгівлі і прагне стати членом Європейського Союзу.

Зв'язок проблеми із важливими науковими чи практичними завданнями. Належне правове забезпечення функціонування іноземних підприємств пов'язане з таким глобальним науковим завданням як створення найсприятливішого клімату для залучення іноземних інвестицій. Прикладний характер такого завдання визначається впливом іноземного інвестування на всю економічну систему в цілому.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Слід зазначити, що правовий статус іноземних підприємств не був предметом глибоких наукових досліджень науковців. Деякі дослідники приділяли увагу окремим аспектам залучення іноземних інвестицій. Зокрема, Кампі О. Ю. вивчав проблеми спільного інвестування [3], Резникова В. В. розглядала правове регулювання спільної господарської діяльності [4]. Правове становище інвестора як суб'єкта господарських відносин стало предметом дослідження Поєдинок В. В. [5].

Особливу увагу слід приділити дисертації Федорчука Д. Е. щодо порівняльно-правового аналізу режиму прямого іноземного інвестування [6].

Виділення невіршених раніше частин загальної проблеми. Вирішення обраної проблеми має сприяти формуванню принципів громадянського суспільства і ринкових відносин в нашій країні, виходу українських суб'єктів господарювання на міжнародні ринки (і пов'язаному з цим ефективним веденням господарства).

Постановка завдання. Метою наукового дослідження є конкретизація основних характеристик іноземних підприємств як суб'єктів господарського права.

Для досягнення цієї мети необхідно вирішити такі завдання:

1. Встановити співвідношення понять “іноземне підприємство”, “підприємство з іноземними інвестиціями” та “спільне підприємство”.
2. Визначити поняття “іноземне підприємство”.
3. Конкретизувати обмеження щодо правового статусу іноземного підприємства.

Викладення основного матеріалу дослідження. Відповідно до статті 42 Господарського кодексу України “підприємництво – це самостійна ініціативна, систематична, на власний розсуд підприємницька діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання з метою отримання економічних і соціальних результатів та одержання прибутку”. В Україні проголошена свобода підприємницької діяльності. Перелік видів діяльності, які підлягають ліцензуванню, а також перелік видів діяльності, здійснення підприємництва в яких заборонено, встановлюється виключно законом.

Статтею 44 Господарського кодексу України закріплені принципи підприємницької діяльності, в число яких входять принципи вільного вибору видів підприємницької діяльності, самостійне формування програм діяльності, залучення матеріально-технічних, фінансових та інших видів ресурсів, використання яких не обмежено законом.

Однією з основних форм господарювання є підприємство. У відповідності до ст. 62 Господарського кодексу України підприємство – це самостійний суб'єкт господарювання, який створений компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування або іншими суб'єктами для задоволення суспільних чи особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої,

науково-дослідної, торговельної та іншої господарської діяльності в порядку, передбаченому законодавством.

Ст. 63 ГКУ встановлює, що у разі, якщо в статутному капіталі підприємства іноземна інвестиція становить не менш як десять відсотків, воно визнається підприємством з іноземними інвестиціями. Підприємство, в статутному капіталі якого іноземна інвестиція становить сто відсотків, вважається іноземним підприємством. Ці нормативні положення дають підстави для встановлення співвідношення між двома поняттями – “підприємство з іноземними інвестиціями” (ПІІ) та “іноземне підприємство” (ІП).

Закон у якості основної ознаки ПІІ називає наявність у статутному капіталі іноземної інвестиції, при чому закріплена чітка вказівка на її мінімум. Оскільки норма не фіксує максимальний показник, можна припустити, що він може дорівнювати і 100%, а відповідно, в такому випадку поняття ПІІ та ІП фактично співпадають. Це дозволяє зробити висновок, що ПІІ – поняття набагато ширше, оскільки включає не тільки ІП, статутний фонд яких повністю складається з іноземної інвестиції, але і інші ПІІ, в фонді яких відсоток складає від 10 до 100%. Фактично ІП є одним із видів ПІІ, в яких виключена участь українських суб'єктів господарювання. Ті ПІІ, в яких можлива наявність як вітчизняних, так і іноземних суб'єктів господарювання, можуть бути віднесені до категорії спільних (в широкому розумінні). При цьому слід зважати на ту обставину, що саме поняття “спільне підприємство” міститься в Законі України “Про зовнішньоекономічну діяльність” і означає підприємства, які базуються на спільному капіталі суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, на спільному управлінні та на спільному розподілі результатів та ризиків.

Законодавець відносив до СП далеко не всі підприємства, в яких брали участь і українські, і іноземні суб'єкти господарювання, а лише ті, які відповідали певним критеріям. З прийняттям ЗУ “Про режим іноземного інвестування” створення нових СП припинилося, оскільки згідно з законом створювалися ПІІ. Статистичні дані свідчать, що найпривабливішою щодо розвитку спільного підприємництва сферою до 1997 р. була внутрішня торгівля. Тут було утворено 1348 спільних підприємств, що становило 37% загальної

кількості спільних підприємств в Україні. Чимало спільних підприємств утворено у харчовій промисловості – 339, у галузі машинобудування й металообробки – 295, у легкій промисловості – 168.

Враховуючи все вищезазначене, одним з можливих варіантів усунення термінологічної плутанини могло б стати сприйняття ПП як найширшого поняття, яке включає в себе дві категорії підприємств – спільні (в статутному фонді яких доля іноземних інвесторів (далі – ДІ) складає від 10 до 100%, тобто 10% ДІ 100%, з обов’язковою участю українських суб’єктів) та іноземні (статутний фонд яких повністю складається з іноземної інвестиції).

Не менше суперечок виникає при спробі визначити поняття “іноземний капітал”. Українське законодавство не застосовує цю конструкцію, замість цього вживає інше словосполучення – “іноземні інвестиції”. Спробуємо встановити співвідношення цих понять.

У відповідності до ст. 1 Закону України “Про інвестиційну діяльність” інвестиціями є всі види майнових та інтелектуальних цінностей, які вкладаються в об’єкти підприємницької та інших видів діяльності, в результаті якої створюється прибуток (доход) або досягається соціальний ефект.

Одним з різновидів інвестування Закон “Про інвестиційну діяльність” називає іноземне інвестування, тобто капіталовкладення, здійснювані іноземними суб’єктами господарювання на території України. Як зазначено у спеціальній літературі, ознакою, що надає інвестиції статусу іноземної, є її походження, тобто національність власника майна (цінностей).

Закон “Про зовнішньоекономічну діяльність” у ст. 1 дає таке визначення іноземним інвестиціям: іноземні інвестиції – всі види майнових та інтелектуальних цінностей, які вкладаються іноземними суб’єктами господарської діяльності в Україні, в результаті чого утворюється прибуток (доход) або досягається соціальний ефект.

Схоже визначення містить Закон “Про режим іноземного інвестування”: іноземні інвестиції – цінності, що вкладаються іноземними інвесторами в об’єкти інвестиційної діяльності відповідно до законодавства України з метою отримання прибутку або досягнення соціального ефекту.

Таким чином, спираючись на легальні визначення іноземних інвестицій, можемо встановити ознаки, властиві для них:

- інвестиції – це завжди певні цінності, незалежно від того, якими вони є – майновими або інтелектуальними;
- ці цінності вкладаються в об'єкти інвестиційної діяльності відповідно до законодавства України;
- вкладаються певними суб'єктами з особливим статусом – іноземними інвесторами;
- метою виступає отримання прибутку або досягнення соціального ефекту.

Саме щодо останньої ознаки іноземних інвестицій (мети) у науковій літературі існує ряд суперечливих поглядів.

Як зазначено вище, законодавство України розуміє під метою здійснення іноземних інвестицій отримання прибутку або досягнення соціального ефекту. Таке формулювання неодноразово піддавалося критиці з боку дослідників. Зазначалося, що є недоцільним вказувати якийсь абстрактний соціальний ефект у якості мети, оскільки в переважній більшості випадків йдеться зовсім не про альтруїзм іноземного суб'єкта, що в принципі суперечить західній концепції інвестицій, а лише про отримання якомога більшого прибутку за рахунок діяльності в економіці приймаючої країни [7, 72]

На нашу думку, слід відзначити дослідження поняття “іноземні інвестиції”, здійснене Д. Федорчуком [6, 68]. У ньому автор обґрунтовано доводить доцільність заміни поняття “соціальний ефект” у визначенні іноземних інвестицій на “інший економічний ефект”.

Слід підкреслити, що така особливість обов'язкового отримання прибутку стосується як іноземних інвестицій, так і “іноземного капіталу”.

Як ми бачимо, метою іноземних інвестицій та іноземного капіталу є отримання прибутку. Саме тому, розглядаючи поняття “іноземний капітал” та “іноземна інвестиція” в контексті іноземних підприємств, їх можна ототожнювати.

Правовий статус ІП характеризується певними обмеженнями. Зокрема, ІП не може бути засноване в галузях, які мають стратегічне значення для безпеки держави (зокрема, в Україні заборонено створення телерадіоорганізацій іноземними юридичними і фізичними особами та особами без громадянства).

Іноземне підприємство є одним з видів підприємств, розташованих на території України (хоча сама назва “іноземне” наводить на дум-

ку про постійне місцезнаходження за межами України), майно якого є власністю іноземних громадян або іноземних юридичних осіб. На іноземні підприємства поширюється національний правовий режим господарської діяльності. Однак створюється таке підприємство відповідно до законодавства тієї держави, до якої воно належить.

Підприємство є суб'єктом господарювання, отже, до іноземного підприємства застосовують загальні положення про суб'єкта господарювання, передбачені ст. 55 Господарського кодексу України. Відповідно до ч. 1 ст. 56 іноземне підприємство може бути утворено за рішенням власника (власників) майна.

Відповідно до положень Закону України “Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства” встановлено, що іноземні громадяни мають право на заняття в Україні інвестиційною, а також зовнішньоекономічною та іншими видами підприємницької діяльності, що передбачені законодавством України. При цьому вони мають такі ж права і обов'язки, що й громадяни України, якщо інше не передбачено Конституцією або законами України.

Іноземні інвестиції для створення іноземного підприємства здійснюються у певних формах, передбачених Законом України “Про режим іноземного інвестування”:

- 1) часткова участь у підприємствах, які створюються спільно з юридичними та фізичними особами або придбання частини діючих підприємств;
- 2) заснування підприємств, які повністю належать іноземним інвесторам, філій або інших відокремлених підрозділів або придбання у власність діючих підприємств повністю;
- 3) придбання не забороненого законом рухомого і нерухомого майна, інших об'єктів власності шляхом прямого одержання майна чи майнових комплексів у вигляді акцій, облігацій і цінних паперів;
- 4) придбання самостійно або за участю українських юридичних або фізичних осіб прав на користування землею та використання природних ресурсів на території України;
- 5) придбання інших майнових прав;
- 6) господарської діяльності на підставі угоди про розподіл продукції;

- 7) в інших формах, які не заборонені законами України, в тому числі без створення юридичної особи на підставі договорів з суб'єктами господарської діяльності України.

Виходячи з вимог ст. 5 Закону, іноземні інвестиції, включаючи внески до статутного фонду підприємств, оцінюються в іноземній конвертованій валюті та у валюті України за домовленістю сторін на основі цін міжнародних ринків або ринку України. Перерахування інвестиційних сум в іноземній валюті у валюту України здійснюється за офіційним курсом валюти України, визначеним Національним банком України.

Виникнення і діяльність іноземного підприємства як суб'єкта господарської діяльності будь-якої організаційно-правової форми неможливо без установчих документів.

Для створення суб'єкта господарювання, в нашому випадку, іноземного підприємства – юридичної особи її учасники (засновники) розробляють установчі документи, які викладаються письмово і підписуються всіма учасниками, якщо законом не встановлено інший порядок їх затвердження.

Для одних суб'єктів господарювання єдиним установчим документом є статут (наприклад, для приватного підприємства, акціонерного товариства, товариства з обмеженою і додатковою відповідальністю). Іншим досить одного установчого договору (наприклад, повним і командитним товариствам).

У відповідності до ст. 117 Господарського кодексу України унітарне або корпоративне підприємство, яке діє виключно на основі власності іноземців або іноземних юридичних осіб, вважається іноземним підприємством, відповідно можливість створення державного, казенного та комунального підприємства зі 100% іноземним капіталом виключена.

Залежно від форм власності, передбачених законом, в Україні можуть діяти іноземні підприємства таких видів:

- 1) приватне підприємство, яке діє на основі приватної власності громадян чи суб'єкта господарювання (юридичної особи);
- 2) підприємство, яке діє на основі колективної власності (підприємство колективної власності).

В Україні можуть діяти також інші види іноземних підприємств, передбачені законом.

Відзначимо, що законодавство України про режим іноземного інвестування передбачає ті чи інші правила (захист інвестицій і т. п.) незалежно від форми підприємства, в яке була внесена інвестиція, у тому числі ці правила застосовні для товариства з обмеженою відповідальністю. Крім того, відзначимо, що на сьогоднішній день законодавство України більше не передбачає такі форми підприємств як “спільне підприємство”, “дочірнє підприємство”, “підприємство з іноземним капіталом” тощо, однак дозволяє створити ТОВ з 100% іноземним капіталом, який належить одній іноземній юридичній особі (єдиному засновникові).

Ст. 117 Господарського кодексу передбачила існування особливого виду суб’єктів господарювання із залученням іноземних інвестицій – іноземного підприємства.

По-перше, іноземець або іноземна юридична особа володіє таким підприємством повністю, тобто має 100% в його статутному фонді. Але це визначення можна застосувати і до підприємства з іноземними інвестиціями, тому що для нього максимальна межа частки іноземної інвестиції в законодавстві не встановлена. Іноземний інвестор може вкласти 100% до статутного фонду підприємства і це, відповідно до ст. 116, буде підприємство з іноземними інвестиціями, але відповідно до ст. 117 це утворення є іноземним підприємством. На сьогоднішній день ми маємо неузгодженість, яка може привести до неправильного застосування норм ГК, виникнення непорозумінь щодо іноземних інвесторів, що хтось чи зробить економіку України більш привабливою для іноземних інвестицій.

По-друге, обґрунтовано необхідність розмежування підприємств, іноземні інвестиції в статутному фонді яких становлять певну частку і тих, якими іноземний суб’єкт володіє повністю. Це обумовлено принципами економічної, національної безпеки України. Такі сфери, як оборонна, фундаментальних розробок, підтримки громадського порядку та управління, фінансів і монетарної політики, правотворчості традиційно складають недоступні для іноземних підприємств галузі практично у всіх без винятку краї-

нах світу. Тому виправдані і особливості в правовому статусі ПП, встановлені ГКУ.

Таким чином, ми проаналізували сутність поняття “іноземне підприємство”. Отже, іноземні підприємства – це учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізують господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно, яке включає цінності майнового і (або) інтелектуального характеру, які вкладаються виключно іноземними суб'єктами господарської діяльності відповідно до законодавства України і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством.

Виходячи з вищезазначеного, вважаємо невірним визначати ПП як окремий вид підприємств, тому що його дефініція і ознаки збігаються з ППІ. У той же час, не можна ототожнювати поняття “підприємство з іноземними інвестиціями” і “іноземне підприємство” або зовсім відмовитися від застосування останнього в законодавстві. На нашу думку, іноземне підприємство є лише одним із видів ППІ, що повністю належить іноземному інвестору і має особливості правового статусу в порівнянні з ППІ.

Список використаних джерел

1. Сдобников Ю. А. Экономическая интеграция в условиях двух систем. / Ю. А. Сдобников – М.: Наука, 1976. – 143 с.
2. **Іноземні компанії** готові розміщувати своє виробництво в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pohlyad.com/news/n/27023>.
3. **Кампі О. Ю.** Правове регулювання господарської діяльності зі спільного інвестування за участю інститутів спільного інвестування: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / О. Ю. Кампі. – Київ, 2013. – 20 с.
4. **Резникова В. В.** Правове регулювання спільної господарської діяльності: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / В. В. Резникова. – Київ, 2006. – 24 с.
5. **Поєдинок В. В.** Правове становище інвестора як суб'єкта господарських відносин: дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / В. В. Поєдинок. – Київ, 2004. – 243 с.
6. **Федорчук Д. Е.** Режим прямого іноземного інвестування (порівняльно-правове дослідження): дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Д. Е. Федорчук. – Донецьк, 2003. – 229 с.
7. **Федорчук Д. Е.** Про співвідношення понять “інвестиції”, “іноземні інвестиції” та “прямі іноземні інвестиції” / Д. Е. Федорчук // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 4. – С. 72.

Анотація

В статті розглянуто основні ознаки іноземного підприємства, конкретизовано особливості його правового статусу. Особливу увагу приділено співвідношенню термінів “підприємство з іноземними інвестиціями”, “спільне підприємство” та “іноземне підприємство”. Узагальнено конструкцію “іноземний капітал”. Обґрунтовано деякі пропозиції щодо зміни діючого законодавства відносно іноземних підприємств.

Annotation

The paper considers the main features of foreign company and concretizes the features of its legal status. Particular attention is paid to the correlation of the terms “enterprise with foreign investments”, “joint venture” and “foreign company”. The author generalizes the design of “foreign capital”. Some proposals to amend the existing legislation against foreign companies are grounded.

Попадюк С. С.

*Львівська комерційна академія,
старший викладач кафедри господарського права та процесу*

СКЛАД МАЙНА ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ, ВИЗНАНОЇ БАНКРУТОМ

Ключові слова: банкрутство, ліквідація, майно, майнові права, кредитор.

Keywords: *bankruptcy, liquidation, property, property rights, creditor.*

Постановка проблеми. Ліквідаційна процедура у справі про банкрутство застосовується у випадку, коли вичерпані будь-які варіанти відновити платоспроможність боржника за допомогою інших судових процедур. При цьому надзвичайно важливим етапом ліквідаційної процедури у справі про банкрутство є формування ліквідаційної маси боржника. Законодавство про банкрутство, на перший погляд, досить детально визначає склад майна боржника, визнаного банкрутом. Проте, включення до ліквідаційної маси окремих видів майна боржника, як і не включення певного майна, на нашу думку, не є таким уже очевидним і безспірним та потребує більш детального дослідження.

Аналіз останніх досліджень. Питання особливостей формування ліквідаційної маси під час ліквідаційної процедури розглядалися в роботах Р. Г. Афанасьєва, В. В. Джуня, Б. М. Полякова, П. Д. Пригузи, російських вчених В. Ф. Попондопула, М. В. Телюкіної тощо.

Мета. У своєму дослідженні ми ставимо за мету з'ясувати, які саме види майна можуть бути включені до ліквідаційної маси боржника, визнаного банкрутом.

Виклад основного матеріалу. Основна частина цивільних праводносин має майновий характер, об'єктом яких є те чи інше майно.

Правильне розуміння терміна “майно” в різних значеннях має практичне значення для визначення конкретних прав та обов’язків сторін у правовідносинах, де майно є об’єктом права. Тому необхідно кожного разу визначати значення цього терміна шляхом тлумачення тексту правової норми [5, 223].

Як впливає із змісту ч. 1 ст. 177 Цивільного Кодексу України [2] (надалі – ЦК України), речі, у тому числі гроші та цінні папери є майном, яке, в свою чергу, є одним із об’єктів цивільних прав. Відповідно до ст. 190 ЦК України крім окремих речей, чи їх сукупності, до складу майна як особливого об’єкта входять також майнові права та обов’язки. Варто звернути увагу на те, що в сучасному цивільному законодавстві закріплено також таке поняття як “єдиний майновий комплекс”, яке на сьогодні вживається для визначення підприємства як об’єкта цивільних прав. Так, відповідно до ст. 191 ЦК України, підприємство є єдиним майновим комплексом, що використовується для здійснення підприємницької діяльності. До складу підприємства як єдиного майнового комплексу входять усі види майна, призначені для його діяльності, включаючи земельні ділянки, будівлі, споруди, устаткування, інвентар, сировину, продукцію, права вимоги, борги, а також право на торговельну марку або інше позначення та інші права, якщо інше не встановлено договором або законом.

Майно юридичної особи становить матеріальну базу її діяльності. В той же час майнова відокремленість є однією із основних ознак юридичної особи, хоч ступінь майнової відокремленості у різних юридичних осіб є різним. Так, господарські товариства є власниками свого майна. Відповідно до ст. 73 Господарського Кодексу України [1] майно державного унітарного підприємства перебуває у державній власності, але закріплене за такими підприємствами на праві господарського відання чи оперативного управління (таких речових прав ЦК не передбачає –прим. авт).

При ліквідації платоспроможної юридичної особи у загальному порядку, передбаченому ЦК України, в разі недостатності грошових коштів ліквідаційна комісія відповідно до абз. 2 ч. 2 ст. 111 ЦК України здійснює продаж майна юридичної особи. При цьому ЦК України не конкретизує, які самі види майна повинні відчужувати-

ся. Очевидно тут мається на увазі майно у широкому розумінні – як сукупність речей а також майнових прав та обов’язків. Відсутність деталізації майна, юридичної особи, яка ліквідується у загальному порядку є у певній мірі виправданою, оскільки відчуження майна у даному випадку є тільки одним із багатьох послідовних етапів припинення платоспроможної юридичної особи, не обтяженим наслідками задоволення чи не задоволення вимог кредиторів, адже кінцева мета є прогнозованою – повне припинення юридичної особи.

Інша ситуація має місце при ліквідації юридичної особи, визнаної банкрутом, де основним завданням, що виходить на перший план, є задоволення вимог кредиторів. Тому у Законі України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом” [3] (надалі – Закон) вже конкретизуються види майна, що включаються ліквідатором до ліквідаційної маси, за рахунок якої в подальшому будуть задовольнятися претензії кредиторів. Точним є визначення російським юристом М. В. Телюкіної основної мети формування конкурсної (ліквідаційної) маси – відособлення майна з тим, щоб спростити його поділ між кредиторами [10, 38]. Ліквідаційна маса – поняття, в яке Закон вкладає цілком визначений зміст: відповідно до ч. 1 ст. 42 Закону усі види майнових активів (майно та майнові права) банкрута, які належать йому на праві власності або господарського відання на дату відкриття ліквідаційної процедури та виявлені в ході ліквідаційної процедури, включаються до складу ліквідаційної маси. Як вірно зауважує В. Ф. Попондопуло, конкурсна (ліквідаційна) маса – це не сукупність речей, а певний майново-правовий комплекс, який включає в себе не тільки речі і речові права боржника, але й інші майнові права боржника (зобов’язальні, творчі), а у певних випадках і обов’язки боржника (наприклад, при продажу підприємства як єдиного майнового комплексу) [8, 215]. “Конкурсна маса – це сукупність прав речових, зобов’язальних, виключних”, – писав Г. Ф. Шершеневич [14, 353]. З юридичної точки зору ліквідаційна маса виступає об’єктом задоволення вимог кредиторів боржника, визнаного банкрутом, однак не безпосередньо у вигляді майна (майнових прав), а шляхом задоволення цих вимог із вартості реалізованого майна (майнових прав), яке складає ліквідаційну масу, у черговості, передбаченій ст. 45 Закону.

Між кредиторами розподіляється не майно, а грошові кошти, одержані від реалізації цього майна.

Як бачимо, під майновими активами Закон розуміє “майно” та “майнові права”, розмежовуючи, таким чином ці два поняття. На нашу думку, таке формулювання не є вдалим, оскільки, як уже було згадано, поняттям “майно” відповідно до Цивільного кодексу охоплюються також і майнові права. Тому ми пропонуємо початок ч. 1 ст. 42 Закону викласти у такій редакції: “Усе майно боржника, яке належить йому на праві власності або праві господарського відання на дату відкриття ліквідаційної процедури, включаються до складу ліквідаційної маси...”. Термін “боржник” вжитий нами не випадково, оскільки банкрутом боржник стає тільки після прийняття господарським судом відповідної постанови. Тому не зовсім виправданим є використання формулювання “майно банкрута на момент відкриття ліквідаційної процедури”.

Закон не диференціює статус майна боржника зразу ж після відкриття ліквідаційної процедури і до моменту початку розподілу коштів між кредиторами. Але склад майна боржника у цей період може зазнати значних змін. Тому заслуговує на увагу пропозиція М. В. Телюкіної щодо доцільності використання іншого терміну “майнова маса” – для позначення майна, яке є у боржника на момент відкриття ліквідаційної процедури [11, 328]. Далі склад майнової маси може змінюватися: якесь майно з неї вилучається, інше включається у її склад з метою формування ліквідаційної маси, тобто український законодавець закріпив (як і у ряді інших країн) ліквідаційну масу не у статичному, а у динамічному стані, у стані руху юридичних відносин, наростання нових. Фактично ліквідаційна маса здатна збільшитися внаслідок повернення, добровільного чи за судовим рішенням, речей, які належать боржнику, але знаходилися у володінні інших осіб. Таке ж збільшення має місце при стягненні заборгованості з третіх осіб, тобто з боржників неспроможного боржника. Зменшитися ліквідаційна маса може внаслідок повернення, добровільного чи за рішенням суду, майна, яке не належало неспроможному боржнику, але знаходилося у його володінні.

Згідно із ч. ч. 2, 3 ст. 42 Закону, до складу ліквідаційної маси включаються також речі, визначені родовими ознаками, що належать банкруту на праві володіння або користування (дане положення є спір-

ним, оскільки юридична особа не є власником цих речей, і володіння або користування ними, в даному випадку, не пов'язане з правом власності юридичної особи), індивідуально визначене майно, що належить банкруту на праві власності чи господарського відання.

Майно банкрута, що є предметом забезпечення, не включається до складу ліквідаційної маси і використовується виключно для задоволення вимог кредитора за зобов'язаннями, які воно забезпечує (ч. 4 ст. 42 Закону).

Закон також захищає інтереси осіб, майно яких без достатніх правових підстав може бути включено у ліквідаційну масу. Так, відповідно до ст. 42 Закону в ліквідаційну масу не включаються: індивідуально визначені речі, що належать банкруту на підставі речових прав, крім права власності і господарського відання; об'єкти житлового фонду, у тому числі гуртожитки, дитячі дошкільні заклади та об'єкти комунальної інфраструктури, які в разі банкрутства підприємства передаються в порядку, встановленому законодавством, до комунальної власності відповідних територіальних громад без додаткових умов і фінансуються в установленому порядку; активи, включені до складу іпотечного покриття, не включаються до ліквідаційної маси емітента таких облігацій та управителя іпотечним покриттям (ч. 7 ст. 42 Закону); цінні папери, грошові кошти та інше майно, яке належить клієнтам професійного учасника фондового ринку та інститутам спільного інвестування (ч. 6 ст. 88 Закону).

Можливі випадки, коли серед іншого майна юридичної особи, визнаної банкрутом, будуть виявлені об'єкти, вилучені з цивільного обороту. Слід зауважити, що більшість об'єктів цивільних прав належать до таких, що обертаються вільно. Такі об'єкти можуть вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування, або іншим чином. В Україні діє загальна презумпція щодо вільного обороту об'єктів, якщо нема спеціальної вказівки закону про їх вилучення з обігу або обмеження обігу, або вони не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи [13, 109].

Відповідно до ч. 2 ст. 178 ЦК України, види об'єктів цивільних прав, перебування яких у цивільному обороті не допускається, мають бути прямо встановлені у законі. Вилучення об'єктів

з цивільного обороту означає, що деякі об'єкти не можуть бути предметом правочинів та іншим чином переходити від одного суб'єкта до іншого в межах цивільного обороту, вони можуть належати на праві власності тільки певним суб'єктам цивільного права. Проте, в сучасних умовах питома вага вказаних об'єктів серед об'єктів, що обертаються вільно, зменшується, що цілком відповідає загальним засадам цивільного законодавства.

Виявивши у складі майна банкрута об'єкти, вилучені з обороту, ліквідатор зобов'язаний передати їх іншим особам у встановленому порядку, обов'язково враховуючи правила щодо оборотоздатності цих об'єктів, передбачені Цивільним кодексом.

Вилучення майна з ліквідаційної маси у певних випадках, на наш погляд, є виправданим. Таке вилучення було відоме дореволюційному і сучасному зарубіжному законодавству [8, 216]. Наприклад, майно, вилучене з обороту, індивідуально визначені речі, що належать банкруту на підставі речових прав, крім права власності і господарського відання.

В інших випадках таке вилучення навряд чи можна назвати виправданим. У першу чергу це стосується, невиключення у ліквідаційну масу об'єктів комунальної інфраструктури (ч. 1 ст. 42 Закону). У Законі відповідна норма з'явилася, очевидно, тому, що ще з радянських часів такі об'єкти будувалися і закріплювалися на балансах багатьох державних підприємств, а потім в результаті приватизації, наділення правом повного господарського відання та ін. увійшли в склад майна відповідних юридичних осіб.

У такій ситуації, як вірно зазначає В. Ф. Попондопуло, законодавець допускає порушення балансу приватних і публічних інтересів, оскільки не забезпечує попереднього і рівноцінного відшкодування вилученого з ліквідаційної маси майна, за рахунок якого підлягають задоволенню вимоги кредиторів [8, 217].

Безумовно, важко оспорювати необхідність для регіону окремих об'єктів комунальної інфраструктури, проте, на наш погляд, щоб при передачі відповідних об'єктів не були порушені інтереси кредиторів, необхідно законодавчо закріпити положення щодо виплати відповідної компенсації за такі об'єкти банкрутам – власникам, щодо яких здійснюється ліквідаційна процедура.

Стосовно майнових прав на практиці існує наступна проблема: іноді контрагенти включають у договір умову, відповідно до якої неможлива передача прав за таким договором третім особам. Із аналізу ст. 197 ЦК України випливає, що уступка вимоги (цесія) по таких договорах не допускається. Тим не менше, при здійсненні ліквідаційної процедури вказана норма договору не береться до уваги. Це означає, що права за договором з умовою про непередаваність прав третім особам реалізуються в загальному порядку. На думку В. Ткачова, з якою слід повністю погодитися, таке положення є неприпустимим. Включення у договір вказаної умови свідчить про зацікавленість сторін в особі один одного. Такий договір, на думку В. Ткачова, слід вважати особистою угодою [12, 105]. З цього можна зробити висновок щодо неможливості реалізації прав за таким договором, оскільки особисті права і обов'язки не включаються в ліквідаційну масу.

Важливим є також питання, чи включаються до складу ліквідаційної маси об'єкти права інтелектуальної власності та майнові права інтелектуальної власності банкрута, зокрема права на винаходи і корисні моделі, промислові зразки, знаки для товарів та послуг? Серед науковців відсутня однастайність у вирішенні даної проблеми.

Так, В. Джунь висловлював думку, що відчуження даних об'єктів без згоди власника неможливе [6, 15–18]. Аналогічної точки зору дотримувався і Р. Афанасьєв. На його думку, без згоди власника його права на інтелектуальну власність не можуть бути відчужені третім особам. Якщо юридична особа припиняє своє існування внаслідок банкрутства, інтелектуальна власність, що належала їй повинна стати суспільним надбанням у тому випадку, коли немає співвласників [4, 97].

Вважаємо вказану позицію не зовсім правильною, оскільки права на ці нематеріальні об'єкти мають вартісну оцінку, а отже можуть бути відчужені ліквідатором з метою більш повного задоволення вимог кредиторів. Таку ж позицію займала і Президія Вищого арбітражного (сьогодні – господарського) суду України [9].

Ч. 6 ст. 42 Закону закріплено право ліквідатора у випадку виявлення частки, що належить банкруту в спільному майні (вважаємо термін “майно” у даному контексті узагальнюючим як щодо

матеріальних так і нематеріальних об'єктів), з метою задоволення вимог кредиторів в установленому порядку порушувати питання про виділення цієї частки. Порядок виділення частки із майна, що є у спільній власності (сумісній чи частковій) врегульовано ст. 364 ЦК України. Вказана стаття передбачає право кожного із співвласників на виділ у натурі частки із майна що є у спільній власності. За наявності згоди всіх співвласників виділ частки в спільному майні в натурі здійснюється шляхом укладення договору. Такий договір буде укладатися ліквідатором від імені юридичної особи, визнаної банкрутом (якщо в цьому виникне необхідність) відповідно до загальних правил. Якщо договір укладатиметься в зв'язку з виділом в натурі частки в нерухомому майні, він, відповідно до ч. 3 ст. 364 ЦК України, підлягатиме обов'язковому нотаріальному посвідченню. У той же час, в окремих випадках, виділ в натурі частки в спільному майні є неможливим, якщо спільне майно є неподільною річчю (на практиці досить часто організації придбають для своїх працівників на умовах спільної часткової власності автомобілі, однокімнатні квартири тощо), або є заборона встановлена законом. В цьому разі співвласник, який вимагає виділу, має право на одержання грошової або іншої компенсації вартості частки. Даному правилу кореспондує норма, закріплена у абз. 2 ч. 2 ст. 364 ЦК, України, якою передбачено, що компенсація співвласникові може бути надана лише за його згодою. Проте положення щодо компенсації співвласникові вартості його частки, як і інші положення, зазначені ст. 364 ЦК України навряд чи будуть актуальними під час ліквідації співвласника – юридичної особи, визнаної банкрутом. Виділення частки в спільному майні в натурі, особливо за відсутності згоди інших співвласників, коли укладення договору є неможливим, є доволі тривалим процесом, який вимагатиме від ліквідатора як фінансових затрат, так і затрат часу. Все одно надалі майно буде реалізовуватися ліквідатором для одержання грошових коштів. Аналогічна ситуація може виникнути і при поділі майна, що є у спільній частковій власності (ст. 367 ЦК України). Тому, більш доцільно, на наш погляд, було б закріпити у Законі право ліквідатора здійснити відчуження частки у спільному майні у порядку передбаченому законодавством. Як виняток із загального правила,

ч. 1 ст. 358 ЦК України про здійснення права спільної часткової власності за згодою співвласників, ст. 361 ЦК України надає кожному із учасників право самостійно розпорядитися своєю часткою у спільній частковій власності. При цьому мають дотримуватися правила ст. 362 ЦК України про переважне право купівлі частки у праві спільної часткової власності іншим співвласником (співвласниками) [7, 793]. Норма щодо переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності не застосовується у разі її продажу з публічних торгів (що є особливо актуальним під час ліквідації юридичної особи-банкрута).

Інша ситуація має місце при відчуження майна, що є у спільній сумісній власності юридичної особи, що ліквідується, та інших осіб. Оскільки у спільній сумісній власності частки заздалегідь не визначені, співвласники володіють, користуються і розпоряджаються належним їм майном за взаємною згодою як одним цілим. Частки учасників визначаються при поділі або виділі з спільної сумісної власності. Тому ліквідатор, на нашу думку може відчужити або частку, виділену із майна, що є у спільній сумісній власності у порядку, встановленому ст. 364 ЦК України, або майно, яке буде належати юридичній особі, визнаній банкрутом, у випадку поділу майна, що є у спільній сумісній власності, оскільки, відповідно до ч. 3 ст. 372 ЦК України, в разі поділу майна між співвласниками право спільної сумісної власності на нього припиняється.

Висновки. Таким чином, необхідність внесення запропонованих змін у законодавство про банкрутство, спрямованих на ефективне формування ліквідаційної маси боржника, визнаного банкрутом, є очевидною. Адже дієві заходи з боку ліквідатора по акумулюванні, у встановленому порядку, майна боржника, в подальшому забезпечать можливість максимального задоволення вимог його кредиторів.

Список використаних джерел

1. **Господарський кодекс України** від 16 січня 2003 року № 436-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462. – (зі змін. та допов.)
2. **Цивільний кодекс України** від 16 січня 2003 року № 435-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461. – (зі змін. та допов.)
3. **Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом:** закон України від 14 травня 1992 року: в редакції Закону № 4212-VI від 22 груд-

- ня 2011 // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 32 – 33. – Ст. 413. – (зі змін. та допов.).
4. **Афанасьєв Р. Г.** Проблеми правового регулювання банкрутства за законодавством України: дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Р. Г. Афанасьєв // НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2001. – 189 с.
 5. **Гражданское право России.** Курс лекций. Часть первая / под ред. О. И. Садикова. М.: Юрид. лит., 1996. 304 с.
 6. **Джунь В.** Ликвидационная процедура в производстве по делам о банкротстве / В. Джунь // Бизнес. – 1997. – № 24. – С. 15–18.
 7. **Науково-практичний коментар** до цивільного законодавства України / [А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань]. – К.: А. С. К.; Севастополь: Інститут юридичних досліджень., 2004. – Т. 1. – 928 с.
 8. **Попондопуло В. Ф.** Конкурсное право. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства): учеб. пособие / В. Ф. Попондопуло. – М.: Юрист, 2001. – 331 с.
 9. **Про деякі питання практики застосування Закону України “Про банкрутство”:** роз’яснення Президії Вищого арбітражного суду України № 02-5/444 від 18. 11. 1997 // Інформаційний вісник. – 1997. – № 4. – С. 8–52.
 10. **Телюкіна М. В.** Очередность удовлетворения требований кредиторов несостоятельного должника / М. В. Телюкіна // Дело и право. – 1996. – № 7. – С. 38–45.
 11. **Телюкіна М. В.** Конкурсное право: Теория и практика несостоятельности (банкротства) / Телюкіна М. В. – М.: Дело, 2002. – 536 с.
 12. **Ткачев В. Н.** Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) в Российской Федерации / В. Н. Ткачев. – М.: 2002. – С. 105.
 13. **Цивільне право України:** Академічний курс: підручн.: у двох томах / [за заг. ред. Я. М. Шевченко]. – Т. 1.: Загальна частина. – К.: “Ін Юре”, 2003. – 520 с.
 14. **Шершеневич Г. Ф.** Конкурсный процесс / Г. Ф. Шершеневич. – М.: Статут, 2000. – 477 с.

Анотація

В статті висвітлюються окремі аспекти формування ліквідаційної маси боржника, визнаного банкрутом. Зокрема, приділена увага видам майна, які можуть бути включені до ліквідаційної маси та аналізуються об’єктивні передумови для її розширення.

Annotation

This article is dedicated to some aspects of the formation of liquidation objects of the debtor declared as bankrupt. In particular, attention is paid to the types of property that may be included in the liquidation objects and analyzes as the objective conditions for its expansion.

Рабінович А. В.

*к. ю. н., доцент, Львівська комерційна академія,
доцент кафедри господарського права та процесу.*

ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО КОДЕКСІВ ЩОДО СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Ключові слова: *господарський кодекс, цивільний кодекс, юридичні особи, суб'єкти господарювання, фізичні особи-підприємці.*

Keywords: *Commercial Code, Civil Code, legal persons, business person, physical person who has the status of a private entrepreneur.*

Проголосивши себе суверенною, незалежною та демократичною державою, Україна взяла курс на кардинальне реформування суспільного устрою, побудову громадянського суспільства і ринкової економіки, в якій функціонування та розвиток ефективної системи господарського законодавства є одним з пріоритетних напрямів розвитку. Так як одним із основних завдань господарського законодавства є координація діяльності суб'єктів господарювання, та визначення понять юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, їх ознаки є важливим для правової організації господарського життя суспільства в цілому і має мати місце в системі господарського права.

З прийняттям Господарського кодексу України, що набув чинності з 1 січня 2004 року було вирішено низку важливих проблем господарсько-правового забезпечення в окремих галузях народного господарства. Проте, все ж не було повністю усунено всіх прогалин, колізій, застарілих норм, що зумовлено складністю правового регулювання сфери господарювання, іншими об'єктивними чинниками, зокрема, динамізмом та різноманітністю господарських відносин.

З прийняттям Цивільного та Господарського кодексу України виникають проблеми з приводу регулювання однорідних відносин,

оскільки ці нормативно – правові акти мають ряд колізійних норм, в результаті цього виникають проблеми щодо застосування певного законодавства до однорідних правовідносин.

Метою статті є дослідження норм Цивільного та Господарського кодексів України відносно визначення тотожності таких понять як “суб’єкт господарського права”, “учасники господарських відносин”, “суб’єкти господарювання”, “суб’єкти підприємницької діяльності”, оскільки із-за відсутності чіткого визначення вищезазначених понять виникають проблеми щодо застосування певного законодавства до однорідних правовідносин у сфері господарювання.

Одним з важливих питань, є питання регулювання юридичних осіб. Норми цивільного права – універсальні і поширюються на фізичних і юридичних осіб незалежно від діяльності, якою вони займаються. Норми господарського права – спеціальні, в тому розумінні, що діють лише стосовно юридичних осіб, їх структурних підрозділів, громадян-підприємців, які здійснюють господарську діяльність [4, 13]. Цивільний та Господарський Кодекси співвідносяться як загальне та окреме. Це означає, що у разі невідповідності та відсутності норм господарського права, мають застосовуватися норми, що вказані в Цивільному кодексі України.

Учасниками відносин у сфері господарювання є суб’єкти господарювання, споживачі, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, а також громадяни, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб’єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності [2].

Поняття суб’єкта господарського права відсутнє в Господарському кодексі України Натомість ГК та інші нормативно-правові акти оперують такими юридичними категоріями як “учасники господарських відносин”, “суб’єкти господарювання”, “суб’єкти підприємницької діяльності” тощо.

Виходячи з того, що господарське право є системою норм, що регулюють господарські відносини [6, 65], тобто відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб’єктами господарювання та іншими учасниками відносин у сфері господарювання, є всі підстави розглядати терміни “суб’єкти госпо-

дарського права” і “учасники господарських відносин” як тотожні. Разом з тим, оскільки залежно від мети і способу організації та здійснення господарської діяльності законодавство (ч. 2 ст. 3 ГК) виділяє два її види – господарську комерційну діяльність (підприємництво) і некомерційну господарську діяльність (некомерційне господарювання), у складі учасників господарських відносин, що здійснюють зазначені види господарювання, виділяється такий їх вид, як суб’єкти підприємницької діяльності (підприємці). Саме вони є тими суб’єктами господарювання, що здійснюють самостійну, ініціативну, систематичну на власний ризик господарську діяльність з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку, яка іменується підприємницькою діяльністю, або підприємництвом.

Суб’єктами господарювання (в тому числі підприємцями) визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську (підприємницьку) діяльність.

Загальні положення щодо осіб, які можуть займатися підприємницькою діяльністю, містяться у ГК та ЦК України.

Співвідношення поняття “суб’єкт підприємницької діяльності” із поняттям “суб’єкт господарської діяльності”. Для характеристики цих осіб означені нормативні акти допускають паралельне існування декількох термінів: “суб’єкт підприємницької діяльності” (ст. 74, 130, 209 ГК України), “суб’єкт підприємництва” (ст. 3, 45, гл. 23 ГК України), а також “підприємець” (ст. 21, 46 ГК України) [2]. Натомість ЦК України відмовляється від єдиного узагальнюючого поняття і запроваджує термін “підприємець” стосовно фізичних осіб (ст. 35, гл. 5 ЦК України), а також “підприємницькі” стосовно юридичних осіб – товариств (ст. 83 ЦК України) [1]. Отже, розуміючи очевидну їх тотожність, враховуючи ст. 9 ЦК України про те, що окремим законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання, можна вважати за необхідне використовувати термінологію, яку вживає ГК України, звертаючись, звичайно, і до ЦК України як до акту загального у частині, що не суперечить акту спеціальному, тобто ГК України.

Поняття “суб’єкт підприємницької діяльності” співвідноситься із поняттям “суб’єкт господарської діяльності” так само, як співвідносяться поняття “підприємницька діяльність” і “господарсь-

ка діяльність”, тобто як частка і ціле. Тому під час характеристики суб’єктів підприємницької діяльності доцільно звертатися і до загальних ознак, притаманних суб’єктам господарської діяльності.

ГК України не містить чіткого визначення поняття “суб’єкт підприємницької діяльності”, формулюючи його опосередковано через поняття “господарська діяльність” і “суб’єкт господарювання”. Так, за змістом ч. 2 ст. 3 ГК України суб’єктами підприємництва вважаються особи, які займаються підприємницькою діяльністю для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку. Стаття 42 ГК України, визначаючи підприємництво як вид господарської діяльності, прирівнює суб’єктів господарювання, що здійснюють господарську діяльність з ознаками підприємницької, до підприємців.

Тому, виходячи з цього, поняття суб’єкта підприємницької діяльності слід розглядати крізь призму визначення поняття “суб’єкт господарської діяльності” з урахуванням специфіки, обумовленої зайняттям саме підприємницькою діяльністю. За змістом ч. 1 ст. 55 ГК України суб’єктами господарювання (підприємцями) визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську (підприємницьку) діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов’язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов’язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством.

Відповідно до статті 2 Цивільного кодексу України учасниками цивільних відносин визнаються фізичні та юридичні особи. Як бачимо, зазначена стаття Закону не враховує таку численну групу учасників цивільних відносин як фізичні особи – підприємці, які в сукупності теж охоплюються поняттям “фізичні особи”, але в силу свого статусу мають певні відмінності в правовому регулюванні відносин. При цьому, правовий статус фізичної особи є набагато ширший, ніж правовий статус фізичної особи – підприємця [1, 21]. У зв’язку з цим постає питання: яке місце в сфері правовідносин займає фізична особа-підприємець і які норми законодавства до них слід застосовувати: норми, що регулюють відносини фізичних осіб, або норми, що регулюють відносини юридичних осіб.

Громадянин має право на підприємницьку діяльність, не заборонено законом (стаття 42 Конституції України). Це право закріплено

і в статті 50 Цивільного кодексу України. При цьому наголошується, що фізична особа здійснює своє право на підприємницьку діяльність за умови її державної реєстрації в порядку, встановленому законом.

Тобто громадянин, який хоче реалізувати своє конституційне право на підприємницьку діяльність, після проходження відповідних реєстраційних та інших передбачених законодавством процедур, не втрачає і не змінює свого статусу фізичної особи, яке він придбав з моменту народження, а лише набуває до нього нової ознаки – “підприємець”.

Статус фізичної особи – підприємця – це юридичний статус, який засвідчує право особи на заняття підприємницькою діяльністю, а саме: самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, яка здійснюється суб’єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та прибутку.

При цьому, юридичний статус “фізична особа – підприємець” сам по собі не впливає і жодним чином не обмежує будь-які повноваження особи, що випливають з його цивільної право- та дієздатності.

Відповідно до частини першої статті 128 Господарського кодексу України громадянин визнається суб’єктом господарювання у разі здійснення ним підприємницької діяльності за умови державної реєстрації його як підприємця без статусу юридичної особи відповідно до статті 58 цього Кодексу. Саме в господарських відносинах фізичні особи – підприємці беруть участь передусім як підприємці, а не як фізичні особи, і лише на підставі їх реєстрації та внесення відомостей про них до Єдиного державного реєстру юридичних та фізичних осіб – підприємців.

Статтею 51 Цивільного кодексу України передбачено, що до підприємницької діяльності фізичних осіб застосовуються нормативно-правові акти, що регулюють підприємницьку діяльність юридичних осіб, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин. [1, 51].

Неоднозначне тлумачення зазначеної норми в науково-юридичній літературі і на практиці обумовлює поява суперечливих висновків, безумовно впливає на її правозастосування, оскільки певним чином відбувається злиття правового статусу фізичної особи з правовим статусом юридичної особи, які за своєю правовою природою є різними.

Господарський кодекс, перелічуючи учасників господарських відносин, не вказує юридичних осіб. Хоча у ч. 4 ст. 62 Господарського кодексу України встановлюється, що підприємство є юридичною особою. Також у Господарському кодексі не має визначення юридичної особи. Тобто для того щоб зрозуміти поняття юридичної особи, треба звертатися до Цивільного кодексу України. Цивільний кодекс у ч. 1 ст. 2 вказує, що учасниками цивільних відносин є фізичні і юридичні особи. [2].

Господарський кодекс України у ст. 62 дає визначення підприємства, яке відносить до суб'єктів господарювання.

Підприємство – самостійний суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади або 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 цим Кодексом та іншими законами [3, 126].

Щодо Цивільного кодексу України то він відносить підприємство до об'єктів цивільних прав, вказуючи, що підприємство є єдиним майновим комплексом, що використовується для здійснення підприємницької діяльності. Професор Шевченко Я. М. відстоює думку, що підприємство є особливим об'єктом цивільних прав, як єдиний майновий комплекс, що використовується для здійснення підприємницької діяльності, але одночасно підприємство є і суб'єктом цивільних прав та обов'язків, який є самостійним учасником цивільного обігу [4, 133]. Хоча в Цивільному кодексі України не має статті, яка б визначала підприємство суб'єктом цивільних правовідносин.

Відповідно до ч. 1 ст. 80 ЦК України, юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. Юридична особа може бути створена шляхом об'єднання осіб та (або) майна [1, 43].

Цивільний кодекс України поділяє юридичних осіб, залежно від порядку їх створення, на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. Юридична особа приватного права створюється на підставі установчих документів відповідно до ст. 87 ЦК. Юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування.

Відповідно до ч. 3 ст. 81 Цивільного кодексу України встановлюється порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб приватного права. В ньому не міститься поділу за іншими формами власності, крім приватної. Натомість Господарський кодекс України залежно від форм власності поділяє підприємства на приватне підприємство, підприємство, що діє на основі колективної власності, комунальне підприємство, державне підприємство, підприємство засноване на змішаній формі власності [1, 2].

Приватним підприємством визначається підприємство, що діє на основі приватної власності одного або кількох громадян, іноземців, осіб без громадянства та його (їх) праці чи з використанням найманої праці. Приватним є також підприємство, що діє на основі приватної власності суб'єкта господарювання – юридичної особи.

Підприємство колективної власності визначається термінами корпоративне або унітарне підприємство, що діє на основі колективної власності засновника (засновників). Підприємствами колективної власності є виробничі кооперативи, підприємства споживчої кооперації, підприємства громадських та релігійних організацій, інші підприємства, передбачені законом.

Державне підприємство утворюється компетентним органом державної влади в розпорядчому порядку на базі відокремленої частки, і входить до сфери його управління. Комунальне підприємство утворюється компетентним органом місцевого самоврядування в розпорядчому порядку на базі відокремленої частини комунальної власності і входить до сфери його управління.

Залежно від організаційно-правових форм юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом. Господарський кодекс поняття установ не визначає, а регулює лише діяльність господарських товариств.

Товариство – це організація, створена шляхом об'єднання осіб, які мають право участі у цьому товаристві.

Товариство може бути створене однією особою, якщо інше не встановлене законом [1]. Товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі.

Підприємницькими є товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його

розподілу між учасниками і можуть бути створені тільки як господарські товариства (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) або виробничі кооперативи.

Непідприємницькими товариствами є товариства, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками (наприклад, споживчі кооперативи, об'єднання громадян, біржі, торгово-промислові палати тощо).

Товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою отримання прибутку та наступного його розподілу між учасниками, можуть бути створені лише як господарські товариства або виробничі кооперативи.

Дане питання регулюється як Цивільним кодексом України так і Господарським кодексом України. У ст. 113 Цивільного кодексу України дається визначення господарському товариству. Під яким розуміється юридична особа, статутний капітал якої поділений на частки між учасниками [1].

Господарськими товариствами визнаються підприємства або інші суб'єкти господарювання, створені юридичними особами та/або громадянами шляхом об'єднання їх майна і участі в підприємницькій діяльності товариства з метою одержання прибутку. І Цивільний і Господарський кодекси України поділяють господарські товариства на акціонерне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю, товариство з додатковою відповідальністю, повне товариство та командитне товариство. Хоча в Господарському кодексі даним товариствам присвячена всього одна стаття, а в Цивільному – параграф 1 глави 8.

У Господарському кодексі більше уваги приділено класифікації підприємств за формами власності. Так, наприклад, до підприємств колективної власності кодекс відносить виробничий кооператив та споживчу кооперацію, підприємства громадських та колективних організацій та інші підприємства, передбачені законом [2].

А Цивільне законодавство, в свою чергу, поділяє підприємницькі товариства на господарські товариства та виробничі кооперативи.

Загальний порядок створення, організаційно-правові форми та правовий статус юридичних осіб приватного права встановлюєть-

ся ЦК, а правовий статус унітарних і корпоративних підприємств регламентується ГК. Водночас, ураховуючи положення ч. 2 ст. 9 ЦК (“законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання”), юридичними особами приватного права можуть визнаватись певні підприємства, створені відповідно до положень ГК.

Крім того, за певних обставин до юридичних осіб приватного права, не передбачених ЦК, можна віднести як унітарні, так і корпоративні підприємства, передбачені ГК. Наприклад, створене фізичною особою унітарне (приватне) підприємство, унітарні підприємства, створені споживчими товариствами, об’єднаннями громадян, релігійними організаціями, або корпоративне підприємство (господарське товариство), створене на основі приватної власності юридичної особи, потрібно, на нашу думку, визнавати юридичними особами приватного права.

Важливе місце у Господарському кодексі займають об’єднання підприємств, до яких відносять асоціації, корпорації, консорціуми, концерни, та інші об’єднання підприємств, передбачені законом [2, 53].

Цивільний кодекс встановлює, що юридична особа здатна мати такі ж цивільні права і обов’язки, як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині. Господарський Кодекс наділяє юридичну особу лише спеціальною правоздатністю, тобто лише тими правами та обов’язками, які встановлені в установчих документах такої юридичної особи [1].

Господарський кодекс не регулює поняття юридичної особи і не визначає класифікації, він приділяє увагу лише підприємствам та громадянам, які займаються підприємницькою діяльністю. Цивільний кодекс регулює це питання дещо ширше, встановлюючи поділ юридичних осіб, поділяючи юридичні особи за організаційно-правовою формою на товариства та установи. Хоча належної характеристики установам і не дає.

Тобто в Господарському кодексі більше уваги присвячено одному з видів юридичних осіб, суб’єктам господарювання, а не самим юридичним особам.

Отже, з вищенаведеного можна зробити висновок про те, що Цивільний і Господарський кодекси України регулюють одні й ті ж самі

питання щодо визначення суб'єкта господарювання по-різному. Тому така розбіжність у визначенні понять або відсутність їх тлумачення у Цивільному та Господарському кодексах на практиці обумовлює появу суперечливих висновків, які, безумовно, впливають на правозастосування. Пропонуємо внести у Цивільний і Господарський кодекси України норми права щодо визначення поняття суб'єкта господарського права з метою узгодження цих двох нормативно-правових актів, щоб визначити поняття суб'єкта господарювання.

Список використаних джерел

1. **Цивільний кодекс України** від 16 січня 2003 року // www.rada.gov.ua
2. **Господарський кодекс України** від 16 січня 2003 року // www.rada.gov.ua
3. **Господарське право**: підручник / В. С. Щербина. – 4-те вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 640 с.
4. **Цивільне право України**: Академічний курс: Підруч.: У 2 т. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Вид. 2-ге, доп. і перероб. – К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2006. – Т. 1. Загальна частина. – 696 с.
5. **Цивільне право України**: Підручник: У 2 т. / Борисова В. І., Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін. За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 2 – 552 с.
6. **Щербина В. С.** Господарське право: підручник / В. С. Щербина. – 4-те вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – С. 14.

Анотація

Стаття присвячена порівняльній характеристиці Цивільного та Господарського кодексів у частині суб'єктів господарювання України. З'ясовані та проаналізовані питання щодо різниці у визначенні поняття “юридичні особи” та “фізичні особи-підприємці” у Господарському та Цивільному кодексах України, що створює проблеми у застосуванні чинного законодавства до однорідних правовідносин у сфері господарювання за участю суб'єктів – юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців.

Annotation

The article is devoted to the comparative characterization of the Civil and Commercial Code of Ukraine on business enterprises. Issues concerning different definitions of “legal persons” and “private entrepreneurs” have been investigated and analyzed in the Commercial and Civil Code of Ukraine, what creates problems for the application of the current legislation for similar relationships in economic activity involving legal persons and individual entrepreneurs.

РОЗДІЛ 4

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Фігель Ю. О.,

*к. ю. н., доцент, Львівська комерційна академія,
доцент кафедри теорії держави і права.*

ПРОБЛЕМИ ОБМЕЖЕННЯ ПРАВА НА ДОСТУП ДО ІНФОРМАЦІЇ

Ключові слова: *право на інформацію, доступ до інформації, обмеження права на інформацію, інформаційна безпека.*

Keywords: *right on information, access to information, limit of right on information, informative safety.*

Постановка проблеми. Функціонування суспільства неминує породжувати ситуації, які потребують від держави обмежувати громадянські права та свободи, оскільки певні обмеження конституційних прав одних людей одночасно є гарантією реалізації інших. Відповідно, не є абсолютним і право на доступ до інформації. Так, для забезпечення права на приватність необхідно обмежити право на доступ до інформації, яке набуває особливої актуальності в умовах сучасного демократичного суспільства.

Аналіз досліджень даної проблеми. Питанню обмеження права на доступ до інформації присвячено праці: І. В. Арістової, О. С. Денісової, Б. А. Кормича, Т. А. Костецької, А. І. Марущака, Ю. М. Тодики, І. С. Чижа, та інших.

Метою статті є визначення теоретичних та практичних проблем обмеження права на доступ до інформації.

Виклад основного матеріалу. Під час дослідження обмеження права на доступ до інформації виникає питання щодо підстав, меж, цілей та умов, за яких можливі такі обмеження. Адже вони можуть перетворитися на порушення прав і свобод особи. Обмеження права – це звуження його обсягу на передбачених законом підставах

і у певному порядку. У літературі зазначається, що теоретичне розуміння меж прав людини є важливим, насамперед, у контексті відокремлення обмежування прав, тобто діяльність компетентних органів зі встановлення меж (обмежень) щодо здійснення прав людини від їх порушення. Оскільки правові наслідки в обох випадках мають бути різними, то й обґрунтоване обмежування прав людини не слід безпідставно критикувати, бо воно значною мірою саме і спрямовується на належне визнання й утвердження інших прав [1, 10].

Те, що право на доступ до інформації не є абсолютним і що в світі не існує країни, яка б не встановлювала певні обмеження щодо доступу до інформації, підтверджує закордонне законодавство. Так Конституцією Литви встановлено, що право одержувати інформацію може бути обмежене лише законом, якщо це необхідно для захисту здоров'я, честі, гідності, приватного життя, моральності людини або конституційного ладу [2]. Відповідно до ч. 1 ст. 7 закону Молдови “Про доступ до інформації”: “Реалізація права на доступ до інформації може бути обмежена лише органічним законом та якщо це відповідає потребі забезпечити права та недопущення посягання на репутацію іншої особи, охорони національної безпеки, громадського порядку, здоров'я або моралі суспільства”. У частині 2 цієї статті подано детальний перелік категорій інформації, доступ до якої може бути обмежено [3]. У Швеції, країні, яка першою в світі на законодавчому рівні закріпила право на доступ до інформації, це право може бути обмежено лише з міркувань: безпеки держави або її відносин з іншою державою або міжнародною організацією; централізованої фінансової, грошової або валютної політики держави; діяльності влади з інспектування, контролю та інших перевірок; заінтересованості в розкритті кримінального злочину; загальних економічних інтересів; приватного життя та фінансового стану громадян; з метою збереження тварин та рослин (глава 2 закону “Про свободу преси”) [4].

Огляд законодавства країн світу дозволяє зробити висновок, що, не враховуючи окремі відмінності можливих винятків стосовно надання інформації, і в країнах усталеної демократії, і в державах посткомуністичного табору метою таких обмежень є втілення міжнародно-правових стандартів у цій сфері. Зокрема, Міжнародний

пакт про громадянські і політичні права 1966 р. передбачає можливість встановлення законом обмежень щодо пошуку та одержання інформації з метою забезпечити поважання прав і репутації інших осіб, для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення [5].

Що ж стосується європейських стандартів можливих винятків з приводу надання інформації, то перш за все необхідно звернутися до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Хоча до недавня й вважалось, що ст. 10 Конвенції не гарантує право на доступ до інформації, однак при розгляді питання співвідношення права на доступ до інформації та свободи інформації, а також при висвітленні розвитку права на доступ до інформації, рішення Європейського суду з прав людини від 10 липня 2006 р. у справі *Sdružení Jihočeské Matky v. Czech Republic* змінило цю практику. Судом було визнано, що на державу покладається обов'язок надавати запитувану інформацію та оприлюднювати її. Тобто згідно з ч. 2 ст. 10 Конвенції право на доступ може бути обмежено законом: в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для охорони порядку або запобігання злочинам, для охорони здоров'я або моралі, для захисту репутації або прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду. Крім того, таке обмеження має бути необхідним у демократичному суспільстві. Зокрема, у справі *Sdružení Jihočeské Matky v. Czech Republic* суд не визнав порушення ст. 10 Конвенції, бо доступ до інформації було обмежено з метою захисту національної безпеки та здоров'я населення. Суд також наголосив, що запит щодо надання технічної інформації з приводу роботи атомної електростанції не відображає суспільного інтересу [6, 134].

Аналогічні підстави обмеження доступу до офіційних документів передбачені також Рекомендацією Рес (2002) 2 Комітету міністрів Ради Європи від 21.02.2002 “Про доступ до офіційних документів”. Відповідно до рекомендації IV “Доступ до офіційних документів”: “Обмеження мають бути чітко визначені в законодавстві, бути необхідними в демократичному суспільстві й пропорційними до мети захисту: національної безпеки, оборони та міжнарод-

них зв'язків; охорони громадського порядку; запобігання, розшуку та розслідування кримінальної діяльності; приватного життя та інших законних приватних інтересів; комерційних та інших економічних інтересів, як приватних, так і державних; рівності сторін у судовому провадженні; природи; інспекції, контролю й нагляду з боку органів державної влади; державної економічної, монетарної та обмінної політики; конфіденційності обговорень усередині органу державної влади або ж між кількома органами державної влади під час внутрішнього процесу підготовки документа” [7, с. 86].

В Україні обмеження доступу до інформації можливе лише на підставі закону та з відповідною метою. Вичерпний перелік цілей поданий в ч. 2 ст. 32 та ч. 3 ст. 34 Конституції України [8]. Він цілком відповідає європейським стандартам у цій сфері. Відповідно до ч. 3 ст. 34 Конституції України право на доступ до інформації може бути обмежено законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя. Згідно зі ст. 32 Конституції, не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Відповідно до ст. 64 Основного Закону, конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України (на практиці дана норма постійно порушується органами державної влади та управління). Право на доступ до інформації (ч. 3 ст. 32, ч. 2 ст. 34, ч. 2 ст. 50) на підставі ст. 64 Конституції України може бути обмежене, однак не може бути обмеженим право знати свої права та обов'язки, тобто закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки особи (ст. 57), навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану не можуть бути обмежені.

Деталізація конституційних обмежень та порядок їх застосування закріплені у Законах України “Про інформацію” [9] та “Про державну таємницю” [10].

Таким чином, аналіз законодавства різних країн світу, а також міжнародних стандартів у цій сфері дозволяє зробити висновок, що в світі спостерігається однакова тенденція відносно обмежень права на доступ до інформації. Аналіз наукової літератури дає право зробити висновок, що науковці теж дотримуються спільної думки в питанні необхідності обмеження права на доступ до інформації. Проте залишається питання: якщо є певні загальновизнані стандарти щодо можливих обмежень права на доступ до інформації, то чому постійно виникають проблеми з приводу їх правомірності.

Насамперед це пов'язано з тим, що перелік таких цілей може досить широко тлумачитись. Всі вони є оціночними категоріями, їх тлумачення, інтерпретація нерідко бувають неоднозначними. А це може призвести до проблем, які можуть постати при їх застосуванні. Зокрема, право на доступ до інформації може бути обмежено в інтересах національної безпеки. Але важко уявити собі більш загальну категорію, ніж національна безпека. Важливим елементом національної безпеки є інформаційна безпека (інформаційна безпека складається з трьох сегментів: інформаційна безпека людини, інформаційна безпека суспільства, інформаційна безпека держави). Але чи необхідно обмежувати доступ до інформації про діяльність органів державної влади з метою забезпечення інформаційної безпеки. Врешті-решт досить складно знайти баланс між забезпеченням інформаційної безпеки людини та інформаційної безпеки держави.

Підстави для обмеження інформації перелічені в ст. 34 Конституції [8]. А от вимога визначення, чи буде завдавати розголошення інформації суттєвої шкоди, відповідно до мети обмеження доступу законодавством, не передбачена. На практиці така перевірка відсутня: інформація засекречується, як тільки вона підпадає під одну з підстав для засекречування.

Отже, однією з причин безпідставного обмеження права на доступ до інформації є недосконале законодавство в цій сфері. Прикро, що в Україні законодавець не лише не усуває вже існуючі недоліки законодавства в сфері регулювання обмежень права на доступ до інформації, а й продовжує приймати закони, що слугують індульгенцією для незаконного обмеження доступу до інформації про діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування. Наприклад,

Законом України “Про Державну службу спеціального зв’язку та захисту інформації України” від 23.02.2006 р. [11] передбачено, що одним із основних завдань Державної служби спеціального зв’язку та захисту інформації України є: участь у формуванні та реалізації державної політики у сфері захисту державних інформаційних ресурсів та інформації. А відповідно до ст. 1 вищезазначеного Закону, під державними інформаційними ресурсами треба розуміти систематизовану інформацію, що є доступною за допомогою інформаційних технологій, право на володіння, використання або розпорядження якою належить державним органам, військовим формуванням, утвореним відповідно до законів України, державним підприємствам, установам та організаціям, а також інформація, створення якої передбачено законодавством та яка обробляється фізичними або юридичними особами відповідно до наданих їм повноважень суб’єктами владних повноважень. Проте обмеження доступу до інформації, відповідно до ч. 3 ст. 34 Конституції України, можуть встановлюватися законом, а не законодавством. А власниками конфіденційної інформації можуть бути тільки фізичні або недержавні юридичні особи, оскільки, згідно із ст. 19 Конституції України, “органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов’язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України”. Тобто вони не можуть поширювати інформацію “за їх бажанням відповідно до передбачених ними умов”. Можна припустити, що, прикриваючись необхідністю захистити державні інформаційні ресурси, Державна служба спеціального зв’язку та захисту інформації України фактично має можливість обмежувати доступ до суспільно важливої інформації.

Однак право на доступ до інформації може бути обмежене лише на підставі закону, й ці обмеження повинні бути ясними, описуватися вузько і відповідати контролю. Тобто інформація повинна стосуватися легітимної мети, визначеної законом; розголошення цієї інформації мало б завдати суттєвої шкоди цій меті; шкода від її розголошення має бути вагомішою, ніж суспільний інтерес в отриманні цієї інформації.

Але не лише розширення законодавчих рамок обмеження права на доступ до інформації може порушувати право. Як відомо,

наші права обмежуються не лише законами, а й нашими фізичними можливостями реалізувати їх. Тому відсутність певних законодавчих гарантій щодо реалізації права на доступ до інформації та свободи інформації для людей з обмеженими здібностями фактично обертаються для останніх порушенням їх права на свободу інформації й, зокрема, права на доступ до інформації. З метою забезпечення доступу до офіційної інформації особам, що мають проблеми зору, в Швеції офіційні сайти Інтернету оснащені програмою, що трансформує інформацію, яка міститься на сайті в акустичні сигнали, тобто “читає вголос” текстові документи. Це значно спрощує доступ до офіційної інформації людей з проблемами зору. На жаль, українські офіційні сайти органів влади не оснащені подібною програмою.

Висновки. Таким чином право на доступ до інформації не є абсолютним, але обмеження доступу до інформації можливе лише на підставі закону й вони повинні бути ясними, описуватися вузько і відповідати контролю згідно з трискладовим тестом, тобто інформація має стосуватися легітимної мети, визначеної законом; розголошення цієї інформації мало б завдати суттєвої шкоди цій меті; шкода від розголошення цієї інформації має бути вагомішою, ніж суспільний інтерес в отриманні цієї інформації.

Безпідставному обмеженню права на доступ до інформації в Україні сприяє недосконале законодавство, його колізії, суперечності; посадові та службові особи державного апарату, як правило, не зацікавлені надавати інформацію. На відміну від права на доступ до інформації та інших прав, право на свободу слова, друку та інформації не повинно бути обмеженим взагалі, оскільки ці права є гарантією всіх інших прав та свобод і основою демократії й громадянського суспільства.

Список використаних джерел

1. Рабінович П. М. Обмежування прав людини: загальнотеоретична характеристика / Рабінович П. М, Панкевич І. М. // Юрид. Україна. – 2003. – № 8. – С. 9–14.
2. **Современные Конституции:** Сб. действующих конституц. актов / Пер. под. ред. и с вступ. очерками В. М. Гессена и Б. Э. Нольде. – СПб.: Изд. Юрид. книж. склада “Право”, 2009. – С. 528 – 585.

3. **О доступе к информации:** Закон Республики Молдова № 982-XIY от 11.05.2000 р. // Monitorul Oficial. – 2000. – № 088. – articolul: 6.
4. **О свободе печати.** Закон Швеции // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л. А. Окунькова. – М.: НОРМА, 2009. – Т. 3. – С. 626– 652.
5. **Міжнародний пакт про громадянські і політичні права:** ООН; Пакт, Міжнародний документ від 16. 12. 1966 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_043
6. **Марущак А. І.** Правові основи захисту інформації з обмеженим доступом: Курс лекцій / Марущак А. І. – К.: КНТ, 2010. – 208 с.
7. **Про доступ до офіційних документів:** Рек. Рес (2002) 2 Ком. міністрів Ради Європи від 21.02.2002 р. // Бюл. Бюро інформації Ради Європи в Україні 10 / Редкол.: А. Дмитрук, Т. Іваненко, О. Павличко. – К.: Бюро інформації Ради Європи в Україні, 2002 – 91 с.
8. **Конституція України:** від 28.06.1996 р. зі змінами та доповненнями // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
9. **Про інформацію:** Закон України від 02. 10. 1992 р. зі змінами та доповненнями // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650.
10. **Про державну таємницю:** Закон України від 21.01.1994 р. зі змінами та доповненнями // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 16. – Ст. 93.
11. **Про Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації України:** Закон України від 23.02.2006 р. зі змінами та доповненнями // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – Ст. 258.

Анотація

У статті досліджено теоретичні та практичні проблеми обмеження права на доступ до інформації. Проаналізовано чинне законодавство України та інших держав щодо обмеження права на доступ до інформації. Визначено, що право на доступ до інформації не є абсолютним, але обмеження доступу до інформації можливе лише на підставі закону. З'ясовано, що безпідставному обмеженню права на доступ до інформації в Україні сприяє недосконале законодавство та колізії в ньому.

Annotation

In the article investigational theoretical and practical problems of limitation of right on access to information. The current legislation of Ukraine and other states is analysed in relation to the limit of right on access to information. Certainly that a right on access to information is not absolute, but an access restriction to information is possible only on the basis of law. It is found out that to the groundless limit of right on access to information in Ukraine an imperfect legislation and collisions promote in him.

РОЗДІЛ 5

**КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО
ТА КРИМІНОЛОГІЯ**

Сосніна О. В.

Львівська комерційна академія, старший викладач кафедри кримінального права та процесу.

**ПОТЕРПІЛИЙ У СКЛАДІ ЗЛОЧИНУ,
ПЕРЕДБАЧЕНОГО ст. 182 КК УКРАЇНИ
“ПОРУШЕННЯ НЕДОТОРКАНОСТІ ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ”**

Ключові слова: *потерпілий, недоторканність, приватне життя, громадянство, недієдатна особа, склад злочину.*

Keywords: *victim, inviolability, private life, nationality, incapable person, components of crime.*

Постановка проблеми. Сьогодні в юридичній літературі не вироблений єдиний підхід до визначення потерпілого. Ним вважають виключно фізичну особу [1, 6; 2, 11; 3, 40], а також як фізичних, так і юридичних осіб [4, 198; 5, 8]. Кримінальний Кодекс України (далі – КК України) на відміну від Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) взагалі навіть не містить визначення потерпілого від злочину.

Проблема встановлення змісту безпосереднього об’єкта у складі злочину, передбаченого диспозицією ст. 182 КК України тісно пов’язана із визначенням потерпілого, адже саме потерпілий є носієм права на недоторканність приватного життя. Саме тому важливо визначитися, кому це право може належати і хто та в яких правових рамках може його реалізовувати.

Проблеми потерпілого від злочину в кримінальному праві розглядались багатьма науковцями, такими як: П. Андрушко, М. Бажанов, В. Борисов, П. Дагель, М. Кудрявцев, Н. Кузнецова, Є. Лашук, Ф. Ліст, В. Мінська, Б. Никифоров, М. Панов, А. Піонтковський, М. Сенаторов, В. Сташис, М. Таганцев, В. Тацій, Л. Франк, Є. Фролов,

Г. Чечель, Н. Ярмиш та іншими, однак питання щодо поняття, ознак і ролі потерпілого у складі злочину, передбаченого ст. 182 КК України є предметом дослідження небагатьох наукових праць. Те, що в окремих дослідженнях, які стосуються кримінально-правової характеристики цього складу злочину, не висвітлюються питання щодо потерпілого, не означає, що вони мають залишатися поза увагою [6, 120; 7, 166–202; 8, 290–324].

Метою статті є дослідження поняття, ознак та місця потерпілого в складі злочину, передбаченого ст. 182 КК України “Порушення недоторканності приватного життя” та вирішення двох основних проблемних питань: 1) чи слід вважати потерпілого обов’язковою ознакою у цьому складі злочину; 2) чи є потерпілий особою, яка має особливі ознаки.

Викладення основного матеріалу. У кримінальному праві існують різні точки зору щодо місця потерпілого у складі злочину. Відповідно до першої з них, потерпілий не виділяється в якості самостійної ознаки складу злочину, вказується, що ознаки потерпілого можуть характеризувати різні елементи складу злочину, не має потреби в конструюванні окремих для кожної науки кримінального циклу визначень поняття потерпілого, визнається вірним визначення, що дане в ст. 55 КПК України, яке слід вважати єдиним для кримінального та кримінально-процесуального права (П. С. Дагель, І. А. Ребане, В. Є. Батюкова) [4].

Друга точка зору полягає у розумінні потерпілого як складової частини предмету злочину, а саме – фізичної особи, на яку безпосередньо впливає злочинець, що охоплюється родовим поняттям предмету злочину, і є видовим стосовно нього, поряд з іншими предметами матеріального світу. Такої позиції дотримуються В. М. Кудрявцев, М. І. Коржанський, А. В. Пашковська, Н. І. Загородников і деякі інші автори навчальної літератури, які розглядають питання про потерпілого у параграфі про предмет злочину.

Інша точка зору полягає у визнанні потерпілого самостійною ознакою складу злочину, яка належить до об’єкту злочину і повинна виділятися поряд з предметом злочину [9, 63–88].

Право на недоторканність приватного життя займає важливе місце серед соціальних прав і свобод. До інших проявів права на приватність слід віднести право на недоторканність житла, право

на таємницю листування, телефонних розмов і різних видів кореспонденції. Кримінально-правова охорона цих конституційних прав забезпечується системою норм, які передбачені у ст. 182 (загальна норма) та ст. ст. 162, 163 (спеціальні норми) КК України.

Питання про суб'єкт права на недоторканність приватного життя – це в першу чергу, питання про потерпілого від злочину, передбаченого ст. 182 КК України, розгляд якого дозволить глибше розкрити зміст безпосереднього об'єкта зазначеного діяння. Ми підтримуємо думку Є. В. Лащука щодо подвійної ролі потерпілого, який є і учасником правових відносин як безпосереднього об'єкта у складі злочину, і одним із компонентів у складі злочину, який додатково характеризує його об'єкт [9, 81].

О. П. Горпинюк обстоює позицію щодо факультативного статусу потерпілого у цьому складі злочину [10, 69], з якою ми не можемо погодитися.

По-перше, вказівка на те, що потерпілий є обов'язковим компонентом у цьому складі злочину міститься у диспозиції ст. 182 КК України, в якій вжито слово “особа”, а саме: “незаконне збирання, зберігання, використання, знищення, поширення конфіденційної інформації про особу”.

По-друге, суб'єктом права на приватне життя є фізична особа (людина). Саме на охорону прав будь-якої людини спрямована норма, що міститься у ст. 182 КК України.

Потерпілий від порушення недоторканності приватного життя, як обов'язкова ознака об'єкту складу розглядуваного злочину, на нашу думку, характеризується такими ознаками.

1. Потерпілим може бути лише фізична особа. Це, в свою чергу, відповідає і позиції законодавця.

Право на недоторканність особистого і сімейного життя закріплено у Конституції як невід'ємне право саме людини і громадянина [11, 174–175]. Відповідно до ст. 270 ЦК України право на особисте життя та його таємницю є різновидом особистих немайнових прав фізичної особи. Ст. 301 ЦК гарантує фізичним особам право на особисте життя та збереження у таємниці його обставин, зазначає, що фізична особа сама визначає своє особисте життя і можливість ознайомлення з ним інших осіб [12].

Приватне життя – це життя конкретної людини, яке протікає у різних сферах її життєдіяльності. Ми повністю погоджуємось із позицією Г. Б. Романовського, що це право пов'язано з індивідуальними особливостями *Homo sapiens*.

Природа створення і існування юридичних осіб зовсім інша [13, 26]. Як справедливо вказує І. В. Балашкіна: “Визнання юридичної особи суб'єктом досліджуваного права означало б визнання за нею індивідуального розсуду, волі, притаманних лише людині: адже сторони приватного життя, його зміст визначаються самим суб'єктом на свій розсуд” [14, 18].

2. Право на охорону приватного життя належить людині від народження. Тому з моменту народження особа, при наявності інших необхідних обставин, може вважатися потерпілим у цьому складі злочину. Така позиція була висловлена рядом вчених [15, 20–21; 16, 20; 17, 85–97] і ми її поділяємо.

Звичайно, не всі сторони приватного життя проявляються з моменту народження, але поступово дитина набуває ті чи інші соціальні якості, відомості про які не повинні розголошуватися без її згоди або згоди її представників [19, 104]. Справедливо уточнено Г. П. Галигіною, що таємниця особистого життя може бути пов'язана з самим народженням дитини або її усиновленням, розголошення якої може завдати шкоду навіть маленькій людині [20, 54–56].

Характерно, що вказана позиція закріплена як міжнародний стандарт охорони прав людини. Право на недоторканність приватного життя, особисту і сімейну таємницю, належить до категорії основних природних прав людини, відповідно, воно належить кожному з моменту народження.

Крім доктринальних положень такий висновок базується на твердженнях ст. 16 Конвенції про права дитини, схваленої Генеральною Асамблеєю ООН 20 листопада 1989р. і ратифікованої Верховною Радою УРСР 27 лютого 1991р.: “1. Жодна дитина не може бути об'єктом свавільного або незаконного втручання в здійснення її права на особисте і сімейне життя, недоторканність житла, таємницю кореспонденції або незаконного посягання на її честь і гідність. 2. Дитина має право на захист закону від такого втручання або посягання” [18].

3. Потерпілим від злочину, склад якого передбачений у диспозиції ст. 182 КК України, може бути будь-яка людина (особа) незалежно від громадянства. Право на особисту і сімейну таємницю, яке закріплено ст. 32 Конституції України, не пов'язано і не повинно бути пов'язано з приналежністю особи до якоїсь держави. Поряд з цим, іноземці та особи без громадянства користуються тими самими правами і свободами, зокрема, правом на недоторканність приватного життя, що і громадяни України.

4. Потерпілими від порушення недоторканності приватного життя можуть визнаватися і декілька осіб, якщо шкода нанесена спільним інтересам (наприклад, в результаті порушення сімейної таємниці потерпілими можуть бути визнані кілька членів сім'ї, чиїм правам та інтересам у результаті даного діяння було завдано шкоду). Це питання фрагментарно висвітлювалося в юридичній літературі [21, 69; 22, 84].

5. Цивільно-правовий статус потерпілого – потерпілими можуть бути визнані і недієздатні, і обмежено дієздатні особи.

Ціла низка науковців притримується такої думки. І. Л. Петрухін вважає, що суб'єктом права на недоторканність приватного життя може бути будь-яка особа, незалежно від стану психічного здоров'я, усвідомлення і розуміння нею своїх прав, в тому числі повністю або обмежено дієздатна оскільки кримінальний закон охороняє від посягань права та інтереси кожного [23, 20–21].

Так само І. В. Смолькова зазначає, що кожна людина, незважаючи на її вік і стан психіки, має право на особисте життя: дитина стає особистістю, а психічнохворий – особистість, яка більш-менш збереглася [16, 20].

П. М. Макеев пише, що приватне життя всіх громадян вимагає однакового захисту з боку держави. Якщо людина не може захистити свої інтереси, то про це має дбати держава, хоча у немічної людини повинні бути опікуни та законні представники [19, 105].

Інші науковці зауважують, що психічно хворі особи, визнані обмежено дієздатними або недієздатними, наділені правом на недоторканність приватного життя, в тій мірі, в якій це дозволяє зробити хвороба [20, 55].

На думку Л. О. Красавчикової, право на недоторканність приватного життя залежить від категорії дієздатності фізичної особи [24, 39].

Ця авторка вважає, що суб'єктами розглядуваного права можуть бути всі фізичні особи (з повною, частковою, неповною, обмеженою цивільною дієздатністю), крім недієздатних.

Ми погоджуємося із авторами, які зауважують, що певна категорія осіб – душевно хворі особи, визнані недієздатними, не можуть повною мірою реалізовувати свої цивільні права.

Так, В. М. Баранов зазначає, що суб'єктом права на недоторканість приватного життя може бути лише “психічно здорова людина, яка нормально мислить і повною мірою усвідомлює наявність і цінність права, що порушується і може встановлювати і контролювати форми і відкритість приватного життя [25, 35].

І. П. Галигіна підкреслює, що це може бути тільки така людина, яка здатна виразити свою згоду на поширення тих або інших відомостей, що стосуються конфіденційної інформації про неї [20, 52–53].

На думку І. О. Каніної, душевнохворі мають право на недоторканність приватного життя, але реалізувати його повною мірою, а у випадку порушення захистити його, вони не можуть тому, що не мають можливості особисто брати участь у певних правовідносинах. Таким чином, суб'єктами правовідносин стають держава, опікуни та піклувальники, які повинні захищати інтереси душевнохворої людини. В цьому зв'язку І. О. Каніна пропонує душевнохворих осіб виключити з категорії суб'єктів-носіїв права на недоторканність приватного життя [26, 50].

Г. Б. Романовський відзначає, що “право на недоторканність приватного життя закріплюється не тільки як право, що дає соціально-активний ефект від свідомих дій громадян, але і як гарантія автономії внутрішнього простору людини від держави і суспільства” [13, 44] та наголошує, що особливість цього права полягає в тому, що “особа “переживає” його, усвідомлюючи, що ті чи інші сторони її світу не повинні піддаватися розголосу... Особа ретельно приховує їх, чекає від інших саме такої поведінки, яка не порушує її власні кордони приватного життя” [13, 43].

На те, що право на недоторканність приватного життя може бути захищене третіми особами – батьками, усиновителями, опікунами, піклувальниками на підставі чинного законодавства, яке і виражає

відношення суспільства до цього правопорушення, вказує І. О. Шевченко, думку якого ми поділяємо. І. О. Шевченко звертає увагу на те, що, при вирішення питання про віднесення тих чи інших сфер життєдіяльності людини до її приватного життя, не можна повністю спиратися на відчуття, відношення до цього потерпілого, так як він може бути занадто чутливою людиною, або нечутливою до такого виду порушень взагалі, тому визначальним для вирішення цього питання має бути визнане ставлення суспільства до того, яка сфера життєдіяльності людини знаходиться в рамках приватного життя, а яка ні [27, 70].

Така позиція визнання можливості реалізації права на недоторканність приватного життя іншими особами, якщо самі особи не можуть в силу своїх психічних можливостей (малолітній вік, психічні захворювання) усвідомлювати характер таких відомостей як особиста або сімейна таємниця і ступінь їх порушення, обґрунтовується і іншими дослідниками [27, 70].

Привертають увагу міркування І. П. Галигіної про те, що при визнанні особи потерпілою від злочину, передбаченого ст. 182 КК України, слід брати до уваги два критерії: об'єктивний критерій (тобто дійсне порушення недоторканності приватного життя) і суб'єктивний – думка самої особи, чиє право було порушено [20, 52–53]. На думку цієї авторки, такий підхід продиктований самим характером права, оскільки недоторканність приватного життя належить до категорії суб'єктивних прав, то особа не можна визнати потерпілим від розглядуваного злочину, якщо вона не вважає себе такою і не звертається до компетентних державних органів за захистом [20, 53].

Треба зазначити, що КПК України також визнає встановлення суб'єктивного критерію обов'язковим і відносить кримінальні справи за злочинам, передбаченим ст. 182 КК, до категорії справ приватно-публічного обвинувачення, які можуть бути розпочаті слідчим, прокурором лише на підставі заяви потерпілого” [31].

Однак, виходячи із суті цього права, яке не потребує процесу реалізації, ми притримуємося думки щодо його абсолютного характеру і належності будь-якій особі. Навіть якщо особа не може усвідомити, що їй завдана шкода в результаті порушення недоторканності її приватного життя, злочин не перестає бути злочинам.

Якщо у недієздатної особи викрали майно, то ні у кого не виникає сумніву, що вчинений той чи інший вид майнового злочину. Тому суспільна небезпека і протиправність злочину не залежить від правової оцінки її потерпілим.

Шляхом визнання суб'єктом права на недоторканність приватного життя будь-якої особи йде і європейська судова практика, яка не визнає обов'язковим встановлення суб'єктивного критерію.

Відповідно до п. 1 Декларації про права розумово відсталих осіб від 20 грудня 1971 р., особи, які визнані судом недієздатними внаслідок психічного розладу, мають в максимальному ступені здійсненності ті ж права, що й інші люди [28].

В цьому зв'язку доречно буде згадати і рішення Європейського Суду по справі Х і У проти Нідерландів, коли Суд визнав за розумово-відсталою людиною її право на повагу приватного життя [29].

Така позиція закріплюється в кримінальних кодексах деяких зарубіжних країн. Так, у ч. 1 ст. 201 КК Іспанії зазначено, що для порушення кримінальної справи за злочинами, передбаченими главою "Розкриття і поширення таємних відомостей", необхідна заява потерпілого або його законного представника. Якщо потерпілий є неповнолітнім або недієздатним, в тому ж порядку можуть подати заяву його батьки або законний представник, а також Прокуратура [30].

Таким чином, викладене дозволяє дійти висновку, що потерпілий у складі злочину, передбаченого ст. 182 КК України, є окремою ознакою, що характеризує об'єкт злочину, підкреслює особливе значення людини як об'єкта кримінально-правової охорони. На нашу думку, безпосереднім об'єктом цього злочину є правовідносини, які складаються в процесі реалізації людиною свого права на недоторканність приватного життя і які спрямовані на охорону і забезпечення конституційного права на особисту і сімейну таємницю.

Визначення ознак потерпілого слугує орієнтиром для встановлення безпосереднього об'єкта злочинного посягання.

Різні характеристики, якими наділена людина (фізичні, психічні, соціальні тощо), підкреслюють її індивідуальність, але не впливають на наявність у неї права на недоторканність її приватного життя та можливість визнаватися потерпілим від злочину, передбаченого ст. 182 КК України.

Отже, потерпілим від порушення недоторканності приватного життя слід вважати будь-яку фізичну особу або декілька осіб, якщо шкода завдана спільним інтересам незаконними діями з інформацією, що містить особисту або сімейну таємницю.

Список використаних джерел

1. **Попов К. Л.** Жертва шахрайства: віктимологічне дослідження: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / К. Л. Попов / НАН України. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2007. – 20 с.
2. **Булгаков Д. Б.** Потерпевший в уголовном праве и его криминологическая характеристика: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08. / Д. Б. Булгаков / Ставропольский гос. ун-т. – Ставрополь, 2000. – 24 с.
3. **Красиков А. Н.** Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве / А. Н. Красиков – Саратов: Издательство Саратовского университета, 1976. – 120 с.
4. **Батюкова В. Е.** Потерпевший в уголовном праве: дис... канд. юрид. наук: 12.00.08. / В. Е. Батюкова / Юрид. ин-т МВД РФ. – М., 1995. – 212 с.
5. **Ященко А. М.** Примирення з потерпілим у механізмі кримінально-правового регулювання [Текст]: дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / А. М. Ященко / Харківський націон. пед. ун-т ім. Г. С. Сковороди. – К., 2006. – 221 с.
6. **Пинаев А. А.** Уголовное право Украины. Общая часть. / А. А. Пинаев – Харьков: Харьков юридический, 2005. – 664 с.
7. **Лихова С. Я.** Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): дис... д-ра юрид. наук: 12.00.08 / Лихова С. Я. / Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2006. – 529 с.
8. **Нуркаева Т. Н.** Уголовно-правовая охрана личных (гражданских) прав и свобод человека: вопросы теории и практики: дис... док. юрид. наук: 12.00.08 / Т. Н. Нуркаева / НОУ Ин-т экономики, упр. и права (г. Казань), 2006. – 396 с.
9. **Музыка А. А., Лашук Є. В.** Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: монографія / А. А. Музыка, Є. В. Лашук. – К.: ПАЛИВОДА А. В., 2011. – 192 с.
10. **Горпинюк О. П.** Кримінально-правова охорона інформаційного аспекту приватності в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / О. П. Горпинюк // Львівський ун-т внутрішніх справ. – Львів, 2011. – 242 с.
11. **Конституція України:** Науково-практичний коментар / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін. – Харків: Видавництво "Право"; К.: Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2003. – 808 с.
12. **Цивільний кодекс України** // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, №№ 40–44, ст. 356 – Ст. 30
13. **Романовский Г. Б.** Право на неприкосновенность частной жизни / Г. Б. Романовский. – М.: МЗ-Пресс, 2001. – 312 с.

14. **Балашкина И. В.** Право на неприкосновенность частной жизни в Российской Федерации: конституционно-правовое исследование: автореф. дис... канд. юрид. наук.: 12.00.02. / И. В. Балашкина. – М., 2007. – 187 с.
15. **Петрухин И. Л.** Частная жизнь (правовые аспекты) / И. Л. Петрухин // Государство и право. – 1999. – № 1. – С. 67.
16. **Смолькова И. В.** Частная жизнь граждан: основания и пределы уголовно-процессуального вмешательства / И. В. Смолькова. – М.: Луч, 1997. – 85 с.
17. **Лопатин В. Н.** Защита права на неприкосновенность частной жизни / В. Н. Лопатин // Журнал Российского права. – 1999 г. – № 1. – С. 85–97.
18. **Конвенція про права дитини**, схвалена Генеральною Асамблеєю ООН 20 листопада 1989р. і ратифікована Верховною Радою УРСР 27 лютого 1991 р. Постанова про ратифікацію // Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР), 1991, № 13, ст. 145.
19. **Макеев П. Н.** Уголовная ответственность за нарушение неприкосновенности частной жизни: дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / П. Н. Макеев – М.: Московский ун-т, 2006. – 187 с.
20. **Галыгина И. П.** Уголовно-правовая характеристика нарушения неприкосновенности частной жизни: дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / И. П. Галыгина – Томск: Томский государственный университет, 2006. – 204с.
21. **Калашникова Е. Е.** Уголовно-правовое обеспечение неприкосновенности информации о частной жизни: дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Е. Е. Калашникова. – М.: Московская гос. юрид. акад., 2001. – 221 с.
22. **Пальчиковская О. А.** Уголовно-правовая охрана личной и семейной тайны: дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / О. А. Пальчиковская – Рос. акад. правосудия, Москва, 2011. – 206 с.
23. **Петрухин И. Л.** Личные тайны (человек и власть) / И. Л. Петрухин – М.: Изд-во РАН, Ин-т гос-ва и права, 1998. – 232 с.
24. **Красавчикова Л. О.** Личная жизнь граждан под охраной закона / Л. О. Красавчикова – М.: “Юридическая литература”, 1983. – 160 с.
25. **Баранов В. М.** О законодательном определении категории “частная жизнь” (логогносеологические и юридико-психологические проблемы) / В. М. Баранов // Право граждан на информацию и защита неприкосновенности частной жизни: Сборник научных трудов. Часть I / Под ред. В. М. Баранова – Н. Новгород: Нижегород. Юрид. ин-т МВД РФ. 1999.
26. **Канина И. А.** Частная жизнь в сфере права: дис... канд. юрид. наук: 12.00.01. / И. А. Канина / Тамбов, Тамбовский гос. ун-т им. Г. Р. Державина. – Тамбов, 2006. – 251 с.
27. **Шевченко И. А.** Уголовно-правовая охрана неприкосновенности частной жизни: дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / И. А. Шевченко – Красноярск: Красноярский гос. ун-т, 2005. – 196 с.
28. **Декларація про права розумово відсталих осіб.** Прийнята 20 грудня 1971 р. Резолюцією 2856 (XXVI) на 207 пленарному засіданні Генеральної Асамблеї ООН // Міжнародні акти о правах человека. Сборник документов. – М.: НОРМА – ИНФРА, 1998.

29. **Х и У против Нидерландов.** “Европейский Суд по правам человека. Избранные решения”. Т. 1 / М.: Издательство Норма. – 2001. – 856 с.
30. **УК Испании** / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой и Ф. М. Решетникова. – М. Зерцало – М, 1998. – 219 с.
31. **Кримінальний процесуальний кодекс України** від 13 квітня 2012р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9–10, № 11–12, № 13, ст. 88.

Анотація

У статті досліджено дискусійні положення щодо потерпілого від порушення недоторканності приватного життя.

Встановлено, що потерпілий є обов’язковою ознакою безпосереднього об’єкта цього злочину, доведено, що потерпілим може бути будь-яка фізична особа.

Annotation

This article explores the controversial provisions on victim of a violation of privacy.

It was established that the victim is a mandatory feature of the direct object of the crime is proved that the victim can be any individual.

Федоров М. П.

*к. ю. н., доцент, Львівська комерційна академія,
доцент кафедри кримінального права та процесу*

ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ В СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ

Ключові слова: *політика у сфері боротьби зі злочинністю, кримінально-правова політика, принципи та методи кримінально-правової політики, криміналізація, декриміналізація, пеналізація, депеналізація.*

Keywords: *policy in the field of fight against criminality, criminal-legal policy, principles and methods of criminal and legal policy criminalization, decriminalization, penalty.*

Постановка проблеми. У Конституції України в статті 1 проголошено, що Україна є суверенною і незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою [1]. Україна стала суверенною і незалежною з моменту здобуття незалежності в 1991 році. А от щодо демократичної, соціальної та правової держави, то тут Україна перебуває на початку тривалого й складного шляху до цієї мети. Побудова правової держави складає зміст і мету політики Української держави в сучасних умовах. Правова держава – це ідеальний тип держави, вся діяльність якої підпорядкована праву, а її громадяни не порушують законів, відсутня злочинність як соціальне явище. У світі немає й не буде правової держави в такому розумінні. Злочинність як негативне соціальне явище притаманна людському суспільству, кожній державі на всіх етапах їх історичного розвитку. Таку ж давню історію має й протидія злочинності з боку держави та її інститутів. Аксиомою є неможливість повного подолання злочинності. Реальним завданням держави є зниження рівня злочинності,

зменшення наслідків її шкідливого впливу на суспільні процеси. Політику держави, спрямовану на протидію злочинності, усунення чи нейтралізацію її детермінант, називають політикою протидії злочинності. Здійснення протидії злочинності з використанням засобів кримінальної репресії називають кримінально-правовою політикою держави у широкому розумінні цього терміна [6, 19].

Сучасна кримінально-правова політика Української держави є недостатньо ефективною, про що свідчить невпинне зростання рівня злочинності. Важливим завданням юридичної науки є вироблення науково обґрунтованих пропозицій щодо основних напрямів формування і методів здійснення державою та її органами кримінально-правової політики, підвищення її ефективності.

Аналіз останніх досліджень. Кримінально-правова політика, її окремі проблеми та основні напрями формування й реалізації є предметом дослідження провідних українських учених-криміналістів. Слід відзначити ґрунтовні наукові праці, в яких досліджуються проблемні питання формування та реалізації сучасної кримінально-правової політики в Україні, таких учених, як В. І. Борисов, І. М. Даньшин, О. М. Джу́жа, А. П. Закалюк, А. А. Митрофанов, П. Л. Фріс та ін. У своїх роботах науковці досліджують окремі питання здійснення державою кримінально-правової політики. Разом з тим, у сучасній криминології мають місце розбіжності у розумінні та розмежуванні понять “формування”, “здійснення” “реалізація” кримінально-правової політики. По-різному й називають цей вид внутрішньої державної політики, вкладаючи різний зміст у це поняття.

Мета статті. Метою даної статті є визначення й конкретизація понять “формування кримінально-правової політики” та “реалізація кримінально-правової політики”; характеристика основних напрямів і методів формування та здійснення цього виду політики; конкретизація суб’єктного складу формування та здійснення політики; аналіз сучасного стану та вироблення обґрунтованих пропозицій щодо подальшого формування кримінально-правової політики.

Виклад основного матеріалу. Термін політика походить з грецької мови й означає буквально “державна діяльність” [2, 536], “державні чи суспільні справи” [3, 629]. У сучасному розумінні під політикою розуміють систему цілей і завдань держави та засобів їх

досягнення як усередині країни (внутрішня політика), так і в між-державних відносинах (зовнішня політика).

Залежно від спрямування розрізняють внутрішню і зовнішню політику. Внутрішня політика держави є системою цілей і завдань держави та засобів їх досягнення у різних сферах суспільного життя всередині країни [4, 496]. Одним із найважливіших напрямів внутрішньої політики держави є забезпечення законності та правопорядку, у тому числі й протидія злочинності.

Політика протидії злочинності, яка здійснюється із використанням заходів кримінальної репресії, називається кримінально-правовою політикою.

Основною метою кримінально-правової політики держави є побудова правової держави, в якій забезпечуються права і свободи людини й громадянина та здійснюється ефективний їх захист від злочинних посягань.

Задля досягнення цієї мети, основним завданням кримінально-правової політики держави є протидія злочинності – негативно-му суспільно шкідливому соціально-правовому явищу.

Засоби протидії злочинності поділяють на правові та організаційні. Йдеться про механізм протидії злочинності, який включає відповідні правові норми (кримінально-правові, кримінально-процесуальні, кримінально-виконавчі), систему державних правоохоронних органів, які застосовують ці норми (суд, прокуратура, органи внутрішніх справ, установи пенітенціарної служби тощо), а також форми й методи діяльності цих органів.

У сучасних умовах протидія злочинності є одним з головних, пріоритетних завдань держави. Згідно зі статистичними даними МВС України та Генеральної прокуратури України, у нашій державі спостерігається стійка тенденція до зростання злочинності. На фоні зменшення чисельності населення України, спостерігається постійне зростання числа зареєстрованих злочинів. Так, у 2008 році було зареєстровано 390,2 тис. злочинів, у 2009 році – 439,5 тис. злочинів, у 2010 році – 505,4 тис. злочинів, у 2011 році – 520,2 тис. злочинів, у 2013 році – 563,6 тис. злочинів. [5, 209]. За шість років злочинність виросла більше як на 44% (563,6 тис. зареєстрованих злочинів у 2013 році проти 390,2 тис. зареєстрованих злочинів у 2008 році).

Є підстави вважати, що і в 2014 році ця тенденція до зростання злочинності у державі зберігається.

Враховуючи сучасний рівень та тенденції злочинності в Україні, основне завдання держави полягає в тому, щоб зупинити зростання злочинності, мінімізувати злочинний вплив на суспільство, протидіяти вчинюваним злочинам у сучасний період та запобігати вчиненню нових злочинів у майбутньому.

Кримінально-правова політика – це напрям діяльності спеціально уповноважених державних органів щодо охорони прав, свобод і законних інтересів людини та громадянина, суспільства й держави від злочинних посягань шляхом застосування покарання щодо осіб, які вчинили такі посягання, а також здійснення заходів щодо попередження злочинів.

У широкому розумінні кримінально-правова політика – це поняття, яке включає в себе всю сукупність правових засобів, спрямованих на визначення злочинності діяння, притягнення до кримінальної відповідальності особи, яка його вчинила, засудження такої особи та призначення їй покарання, відбування особою призначеного покарання, попередження вчинення нових злочинів тощо.

Окремі вчені дещо інакше розрізняють кримінально-правову політику у вузькому і в широкому розумінні. Кримінально-правова політика в широкому розумінні – це вид правової політики держави у сфері протидії злочинності, яка здійснюється засобами кримінальної репресії. У вузькому розумінні кримінально-правова політика – це частина правової політики держави у сфері протидії злочинності, яка здійснюється засобами матеріального кримінального права [6,36]. Кримінально-правова політика у широкому розумінні, на їх думку, включає в себе кримінально-правову політику у вузькому розумінні, а також кримінально-процесуальну політику, кримінально-виконавчу політику та кримінологічну (профілактичну, попереджувальну) політику.

На нашу ж думку, таке виділення окремих “політик” є недоцільним. Усі перераховані вище політики є послідовними етапами чи стадіями здійснення, реалізації кримінально-правової політики. На недоцільність виділення чи поділу єдиної політики протидії злочинності на “галузеві політики” звертав увагу відомий український кримінолог, професор Закалюк А. П. [7, 9].

Кримінально-правова політика держави у своєму генезисі проходить стадію формування і стадію здійснення чи реалізації.

Формування є початковим етапом створення кримінально-правової політики, надання їй певного змісту, форми, організації та структури. Одним із значень терміна “формувати” є “давати існування чому-небудь; створювати, надаючи якоїсь структури, організації, форми” [12, 624].

Термін “здійснювати” означає “запроваджувати, втілювати в життя, робити що-небудь дійсним, реальним [13, 541]. Аналогічне значення має термін “реалізувати” [14, 466].

Найважливішим суб’єктом, який формує політику Української держави, у тому числі й кримінально-правову, є орган законодавчої влади в Україні – Верховна Рада України. У Конституції України підкреслюється, що парламент – Верховна Рада України є єдиним органом законодавчої влади (ст. 75 Конституції України).

Стаття 85 Конституції України серед повноважень Верховної Ради України на чільне місце поставила прийняття законів та визначення засад внутрішньої і зовнішньої політики (пп. 3, 5 ст. 85 Конституції України).

У статті 92 Конституції України закріплено, що виключно законами України визначаються, наприклад, засади використання природних ресурсів, виключної (морської) економічної зони, континентального шельфу, освоєння космічного простору, організації та експлуатації енергосистем, транспорту і зв’язку; засади регулювання праці і зайнятості, шлюбу, сім’ї, охорони дитинства, материнства, батьківства; виховання, освіти, культури і охорони здоров’я; екологічної безпеки; правові засади і гарантії підприємництва; засади зовнішніх зносин, зовнішньоекономічної діяльності, митної справи; засади регулювання демографічних та міграційних процесів; засади утворення і діяльності політичних партій, інших об’єднань громадян, засобів масової інформації; засади місцевого самоврядування; засади цивільно-правової відповідальності та ін. Йдеться про “засади”, “правові засади” тощо.

Засади державної політики у вузькому значенні цього терміна означають принципи, основні вихідні положення, що є визначальними для цієї діяльності. Термін “формування державної політики”

є значно ширшим, який включає в себе окрім визначення та закріплення її принципів, визначення основних, у тому числі, пріоритетних напрямів державної політики, її мети та завдань, правових засобів регулювання суспільних відносин, визначення та закріплення основних прав і свобод людини й громадянина, системи органів державної влади тощо.

Разом з тим у Конституції України немає більше положень щодо формування державної політики. Подаються узагальнені положення щодо мети та завдань державної політики, зокрема, щодо побудови демократичної, соціальної, правової держави (ст. 1), щодо утвердження і забезпечення прав і свобод людини (ст. 3) та ін.

Виходячи з цього, можна стверджувати, що кримінально-правова політика формується вищим законодавчим органом – Верховною Радою України, яка визначає засади внутрішньої, у тому числі, кримінально-правової політики [1, ст. 85], здійснює криміналізацію діянь та декриміналізацію злочинів, регламентує діяльність суду та правоохоронних органів шляхом прийняття законів, а здійснюється, реалізується ця політика виключно уповноваженими на те державними правоохоронними органами та їх посадовими особами.

Участь у формуванні кримінально-правової політики держави шляхом підготовки та подання проектів відповідних законодавчих актів беруть усі суб'єкти, наділені правом законодавчої ініціативи у Верховній Раді України (Президент України, Кабінет Міністрів України та народні депутати).

Важливу роль щодо формування державної політики в Україні відіграє Конституційний Суд України, який вирішує питання про відповідність законів та інших правових актів Конституції України і дає офіційне тлумачення Конституції України та законів України.

Щодо участі Президента України та органів виконавчої влади у формуванні державної політики, то слід сказати, що Президенту України належить право законодавчої ініціативи у Верховній Раді України. Законопроекти, визначені Президентом України як невідкладні, розглядаються Верховною Радою України позачергово (стаття 93 Конституції України). Президент України підписує закони, прийняті Верховною Радою України. Президент України має право вето щодо прийнятих Верховною Радою України законів

(крім законів про внесення змін до Конституції України) з наступним поверненням їх на повторний розгляд Верховної Ради України (стаття 106 Конституції України).

Вказаними повноваженнями вичерпується участь Президента України у формуванні державної політики. Усі інші його повноваження стосуються здійснення державної політики, особливо у зовнішньополітичній та оборонній сферах, та виконання інституційних повноважень (подання щодо призначення чи призначення певних посадових осіб).

Кабінет Міністрів України бере певну участь у формуванні державної політики, так як має право законодавчої ініціативи у Верховній Раді України.

Основним призначенням органів виконавчої влади, а Кабінет Міністрів України є вищим органом у системі органів виконавчої влади, є виконання Конституції та законів України.

Кабінет Міністрів України забезпечує, зокрема, здійснення внутрішньої і зовнішньої політики держави, виконання Конституції і законів України, актів Президента України; забезпечує проведення фінансової, цінової, інвестиційної та податкової політики; політики у сферах праці й зайнятості населення, соціального захисту, освіти, науки і культури, охорони природи, екологічної безпеки і природокористування (ст. 116 Конституції України).

В юридичній літературі мають місце випадки, коли самотійні поняття “формування” та “здійснення” державної політики отожднюються. Так, зокрема, Ю. С. Шемшученко, даючи визначення внутрішньої політики, вказує: “Здійснюється внутрішня політика головним чином через органи держави, закони та інші правові акти” [4, 496]. У наведеній цитаті змішалися поняття “органи держави”, “закони”, “інші правові акти”, тобто об’єдналися суб’єкти й засоби здійснення внутрішньої політики.

Під формуванням кримінально-правової політики слід розуміти визначення та законодавче закріплення основних засад, мети, завдань, основних напрямів, форм і методів протидії злочинності.

Формування та здійснення кримінально-правової політики є послідовними етапами відповідної державної діяльності. У деяких джерелах [6] поняття “здійснення кримінально-правової політики”

використовується у більш широкому розумінні, яке включає як стадію формування так і стадію реалізації чи власне здійснення, втілення її у життя, що, на наш погляд, не є правильним.

На стадії формування кримінально-правової політики має місце правотворчість. Правотворчість – це процес формування державної кримінально-правової політики шляхом створення кримінально-правових норм та їх об'єктивації у законах держави.

Основні засади державної політики протидії злочинності, як вказувалося вище, визначає Верховна Рада України – єдиний законодавчий орган нашої держави. Участь у формуванні державної політики протидії злочинності беруть усі суб'єкти, наділені правом законодавчої ініціативи: Президент України, народні депутати України та Кабінет Міністрів України. Тільки закони нашої держави визначають, які діяння є злочинами і встановлюють порядок, вид і межі покарання за їх учинення.

Здійснення, тобто практичне втілення в життя кримінально-правової політики полягає у практичній реалізації норм матеріального кримінального права, що містяться у законодавстві України про кримінальну відповідальність, тобто йдеться про правозастосування.

Загальновідомо, що застосовувати правову норму може тільки спеціально уповноважений орган чи його посадова особа, наділена державно-владними повноваженнями. На практиці таким органом є суд, тільки він може винести рішення щодо кримінальної справи. Тільки суд може притягнути особу до кримінальної відповідальності, звільнити від неї чи звільнити від відбування покарання. Тільки суд визначає конкретний вид і розмір покарання певній особі, винній у вчиненні злочину, керуючись при цьому положеннями Особливої та Загальної частин Кримінального Закону.

Кримінально-правова політика Української держави формується й реалізується згідно з такими принципами: законності, рівності усіх перед законом і судом, демократизму, справедливості, гуманізму, невідворотності покарання, науковості та ін.

В окремих джерелах вказують такі основні напрями кримінально-правової політики: криміналізація суспільно небезпечних діянь; декриміналізація злочинів; пеналізація суспільно небезпечних діянь; звільнення від кримінальної відповідальності осіб, що вчинили

злочини (депеналізація злочинів) [6, 59]. Такий підхід, на нашу думку, є невиправданим, так як вказані поняття не є напрямками політики, а способами здійснення правотворчої (криміналізація та декриміналізація) чи правозастосовної (пеналізація та депеналізація) діяльності уповноважених органів держави.

Під “криміналізацією”, в юридичному контексті цього терміна, розуміють процес (діяльність) і результат визначення того чи іншого суспільно небезпечного діяння злочином, а також посилення кримінальної відповідальності за вчинення діянь, які вже мали статус злочинних.

Криміналізація як спосіб формування кримінально-правової політики є надзвичайно важливим і відповідальним процесом. У разі недооцінки важливості криміналізації будуть узагалі незахищеними або недостатньо захищеними від посягань важливі суспільні блага та цінності.

Розглянемо детальніше стан криміналізації як засобу формування кримінально-правової політики в сучасній Україні. Важливою віхою на шляху побудови правової демократичної держави стало прийняття у 2001 році Кримінального кодексу України. Цей документ увібрав у себе багатолітній досвід українських учених-криміналістів, кращі здобутки зарубіжної кримінально-правової науки.

Разом з тим, суспільний прогрес, розвиток техніки та технологій, поряд із позитивними досягненнями, викликали появу нових видів злочинних посягань, що зумовило необхідність застосування кримінальної відповідальності за їх учинення. З часу прийняття Кримінального кодексу в 2001 році й по 5 грудня 2014 року, 133 закони України вносили до нього зміни й доповнення. Із цієї кількості лише 3 закони стосувалися декриміналізації, решта – 130 законів, так чи інакше встановлювали чи посилювали кримінальну відповідальність [8].

Так, зокрема, була передбачена кримінальна відповідальність за незаконний обіг лазерних дисків (закони від 17 січня 2002 р., від 6 липня 2005 р., від 15 листопада 2011 р.), за окремі порушення виборчого законодавства (закони від 15 травня 2003 р., від 1 грудня 2005 р., від 23 лютого 2006 р., від 22 лютого 2007 р. від 15 квітня 2008 р., від 21 серпня 2009 р., 14 жовтня 2014 р.), посилена кримінальна відповідальність за посягання на авторське право і суміжні

права, права на винахід (закони від 22 травня 2003 р., від 9 лютого 2006 р., від 31 травня 2007 р.), посилена відповідальність за окремі злочини проти життя та здоров'я особи (закони від 12 січня 2005 р., від 15 квітня 2008 р., від 5 листопада 2009 р., від 23 вересня 2010 р.), встановлена кримінальна відповідальність за окремі злочини проти основ національної безпеки (фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України (ст. 110-2 КК), перешкоджання законній діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань (ст. 114-1 КК)) та ін. Характерним законом, що посилив кримінальну відповідальність є Закон України від 7 жовтня 2014 р. "Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини", який передбачив можливість застосування такого виду кримінального покарання як конфіскація майна не тільки за вчинення тяжких та особливо тяжких корисливих злочинів, а й за вчинення злочинів проти основ національної безпеки України та громадської безпеки незалежно від ступеня їх тяжкості.

На перспективу, як видається, криміналізація буде застосовуватися щодо посягань на природні ресурси, у сфері екології, інформаційних та комп'ютерних технологій, незаконного збирання та використання інформації тощо. Важливою віхою стане упорядкування кримінального законодавства України до європейських стандартів після вступу України до Євросоюзу. Тоді актуальною стане криміналізація злочинів міжнародного характеру відповідно до нових міжнародних зобов'язань України.

Важливим засобом формування кримінально-правової політики в Україні є декриміналізація.

Декриміналізація злочину – це процес (діяльність) і результат визнання законодавцем раніше злочинного діяння незлочинним [9, 53].

Іншими словами, криміналізація та декриміналізація є парними поняттями, у результаті криміналізації певне незлочинне діяння визнається злочином, а в результаті декриміналізації злочинне діяння втрачає цю ознаку.

Декриміналізація злочину може мати два наслідки: якщо діяння повністю втратило суспільну небезпечність, то воно визнається правомірним і за його вчинення не застосовується юридична відповідальність; якщо діяння залишається суспільно шкідливим, але значно знизилася його суспільна небезпечність, то воно втрачає якість злочину за ознакою небезпечності і за його вчинення до особи можуть бути застосовані інші заходи юридичної відповідальності, окрім кримінально-правової (адміністративна, цивільна, дисциплінарна).

Нагальною потребою сучасного періоду розвитку кримінально-правової політики в Україні є здійснення глобального моніторингу всіх статей Особливої частини КК України на предмет відповідності встановлених ними кримінально-правових заборон наведеним вище підставам та умовам криміналізації суспільно небезпечних діянь. Очевидно, що значна кількість діянь визначена злочинними без достатніх для того підстав, або втратила чи зменшила рівень суспільної небезпечності, що актуалізує проблему їх декриміналізації.

Постає питання практичного використання декриміналізації як засобу формування кримінально-правової політики Української держави в сучасних умовах. Як зазначалося вище, за 13 років чинності Кримінального кодексу України 2001 року із 133 законів тільки до трьох вносили зміни щодо декриміналізації окремих злочинів. Розглянемо їх детальніше.

Законом України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо перетинання державного кордону України” від 18 травня 2004 року була виключена стаття 331 КК України, тобто була усунута кримінальна відповідальність за незаконне перетинання державного кордону України. Про недоцільність і несвоечасність декриміналізації цього злочину свідчать численні затримання незаконних мігрантів на західному кордоні нашої держави. Україна потерпає й несе значні витрати від нелегальної міграції з азійських країн до країн Євросоюзу.

Найбільш важливим законом, який вніс численні зміни до Кримінального кодексу України щодо декриміналізації окремих видів злочинів та гуманізації кримінальної відповідальності, є Закон України “Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної

відповідальності” від 15 квітня 2008 року. Цим законом внесені численні зміни до статей Загальної та Особливої частин КК, зокрема, щодо можливості застосування покарань, не пов’язаних з позбавленням волі (виправні роботи, громадські роботи, штраф), усунута кримінальна відповідальність за злочини, які були передбачені статтею 188 та ч. 1 ст. 413 КК.

Законом України від 15 листопада 2011 р. “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності”, який набув чинності 17 січня 2012 р., внесені суттєві зміни до Кримінального кодексу України, зокрема, декриміналізовані ряд злочинів (порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг, зайняття забороненими видами господарської діяльності, ухилення від повернення виручки в іноземній валюті, незаконне відкриття або використання за межами України валютних рахунків, порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, підроблення знаків поштової оплати і проїзних квитків, незаконні дії у разі банкрутства та ін.)

Усього в розділі VII Кримінального кодексу втратили чинність 16 статей із 45. До 26 статей цього розділу внесені суттєві зміни, змістом яких є заміна таких кримінальних покарань за вчинення господарських злочинів як позбавлення волі, обмеження волі, арешт, виправні та громадські роботи штрафом у значному розмірі.

Прийняття цього Закону свідчить про гуманізацію кримінального законодавства і кримінально-правової політики держави в цілому.

Декриміналізація як засіб формування кримінально-правової політики в Україні має значні перспективи. Насамперед, на законодавчому рівні мають бути розділені злочини та кримінальні правопорушення. Для цього має бути розроблений та прийнятий кодекс про кримінальні правопорушення.

Доцільною, як видається, є декриміналізація ряду злочинів невеликої тяжкості, за вчинення яких на практиці не застосовуються більш суворі покарання, ніж штраф. Злочини невеликої тяжкості складають майже третину усіх передбачених кримінальним законом злочинів, тому є значні перспективи для їх декриміналізації.

Є перспективи подальшої декриміналізації злочинів у сфері господарської діяльності, зокрема, щодо збирання та використання різного роду інформації, так як заподіяну шкоду внаслідок таких дій можливо вирахувати в грошовому еквіваленті й відшкодувати в порядку цивільного чи господарського провадження.

У зв'язку з переходом на контрактну військову службу і скасування загального військового обов'язку, є значні перспективи декриміналізації військових злочинів.

Крім того, необхідність здійснення декриміналізації окремих видів злочинів впливає і з міжнародно-правових зобов'язань Української держави, узятих нею у зв'язку із підготовкою до вступу до Європейського Союзу.

Щодо здійснення, тобто втілення в життя кримінально-правової політики в Україні, то тут основними засобами є пеналізація діянь, що визнані злочинами, та їх депеналізація.

Пенологія – це наука (вчення) про покарання. Предметом пенології є суспільні відносини, що виникають у зв'язку із застосуванням і виконанням покарання [3, 470].

Пеналізація – це процес визначення характеру караності діянь, а також їх фактична караність, тобто процес призначення кримінального покарання в судовій практиці. Пеналізація є кількісна сторона криміналізації, її показник, мірило [6, 93].

Результатом процесу пеналізації злочинів є визначення в санкціях статей Особливої частини КК виду та розміру покарання, яке має бути застосоване щодо осіб, які вчинили певний злочин, а також конкретний вид і розмір покарання, встановлений вироком суду певній конкретній особі, визнаній винною у вчиненні злочину.

На теоретичному, правотворчому рівні пеналізації законодавець, визначаючи вид та розмір покарання за вчинення певного злочину, враховує ступінь його суспільної небезпечності, важливість об'єкта злочинного посягання, суспільно шкідливі наслідки тощо. При цьому має забезпечуватися співрозмірність тяжкості покарання ступеню суспільної небезпечності певного виду злочинів. Так як диспозиція статті кримінального закону описує склад формально визначеного злочину, а не певного конкретного злочинного діяння, то в санкції цієї статті вказуються, як правило, кілька видів

покарання і певні межі їх розміру. Така позиція законодавця дає можливість суду не тільки здійснити правильну кримінально-правову кваліфікацію вчиненого злочинного діяння, а й призначити покарання, враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання.

У Кримінальному кодексі України немає статей з абсолютно визначеною санкцією, тільки альтернативні та відносно визначені санкції, які надають суддям право вибору як виду так і розміру покарання.

На практичному, правозастосовному рівні пеналізації злочину суддя обирає конкретний вид і розмір покарання із зазначених у санкції певної статті, враховуючи при цьому загальні засади призначення покарання, визначені ст. 65КК.

Чинний Кримінальний кодекс України закріпив основні положення кримінально-правової політики нашої держави. Насамперед, слід відзначити його більш гуманний характер, порівняно з Кримінальним кодексом УРСР 1960 року. Змінена побудова системи покарань: збільшено число видів покарань до 12 і розміщені вони в порядку зростання суворості покарання. З усіх видів покарань тільки два види передбачають позбавлення волі: позбавлення волі на певний строк і довічне позбавлення волі. Атавізмом є такий вид покарання як тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців. За умов переходу на контрактну форму служби в армії, скасування призову і загального військового обов'язку такі, наприклад, злочини як непокоря, невиконання наказу тощо потягнуть за собою розірвання контракту, тобто дисциплінарну відповідальність, а в разі настання тяжких наслідків – кримінальну відповідальність за злочини проти життя та здоров'я, волі, честі та гідності особи тощо.

Побудова системи покарань від менш суворого до більш суворого (за таким же принципом побудовані й санкції статей Особливої частини КК) орієнтує суддів при застосуванні покарань щодо осіб, визнаних винними у вчиненні злочину, виходити з принципу економії кримінальної репресії, тобто обирати більш суворий вид покарання лише за умови неможливості досягнення мети покарання застосуванням менш суворого виду покарання.

У Кримінальному кодексі України 2001 р. введені нові види покарань, не пов'язані з позбавленням волі: громадські роботи, службові

обмеження для військовослужбовців, арешт та обмеження волі, застосування яких зменшує кількість засуджених до позбавлення волі. Замість смертної кари введено довічне позбавлення волі.

У Кримінальному кодексі відсутнє визнання особи особливо небезпечним рецидивістом, як це було раніше. На законодавчому рівні передбачена можливість звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям. Розширена можливість звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (раніше це було можливим лише у справах приватного обвинувачення, а сьогодні – й щодо осіб, які вперше вчинили злочини невеликої тяжкості).

Розширено можливість умовно-дострокового звільнення засуджених від відбування покарання.

Режим відбування покарання у виді позбавлення волі на певний строк визначається, виходячи не тільки із формальних ознак, а з урахуванням обставин вчиненого та даних про особу злочинця.

Передбачено і ряд інших норм, спрямованих на гуманізацію кримінальної відповідальності та покарання.

Основний вектор кримінально-правової політики розвертається з напрямку покарання особи за вчинений нею злочин у напрям заохочення її до усунення наслідків такого злочину чи сприяння державі у розкритті та розслідуванні злочину, протидії злочинам, що вчинюються іншими особами.

Разом із тим КК України 2001 року містить приблизно на 20% більше кримінально караних діянь, ніж КК 1960 р., і їх число постійно збільшується. Так, з моменту прийняття Кодексу в 2001 році до нього було включено 56 нових статей Особливої частини і виключено відповідно 29 статей [8].

У КК введено нове поняття – “особливо тяжкий злочин”. Особливо тяжким злочином є злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу у розмірі понад двадцять п'ять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, позбавлення волі на строк понад десять років або довічного позбавлення волі. Як видно із цього положення ч. 5 ст. 12 КК ступінь тяжкості злочину визначається не тільки передбаченим розміром покарання за його вчинення у виді позбавлення волі, а й у вигляді штрафу [8].

Розширений перелік злочинів, за вчинення яких особи несуть кримінальну відповідальність у віці від 14 років. Ліквідований інститут умовного засудження, а в інститут призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, внесені істотні обмеження. Значно жорсткішими стали правила призначення покарання за сукупністю злочинів та за сукупністю вироків (за сукупністю злочинів у ряді випадків можливе призначення 15 років позбавлення волі, а за сукупністю вироків – 25 років, чого не було раніше). у багатьох статтях нового КК підвищено або мінімальні, або максимальні частини санкцій, особливо це стосується злочинів, вчинення яких створює для суспільства підвищену небезпечність, разом із тим майже в усі статті, якими передбачено відповідальність за злочини невеликої або середньої тяжкості, введено альтернативні види покарань, причому на перше місце поставлено ті, що не пов'язані з позбавленням волі [6, 88].

Сучасна кримінально-правова політика держави має розвиватися у напрямі мінімізації кримінальної репресії, застосування покарань, не пов'язаних із позбавленням волі, за вчинення злочинів невеликої та середньої тяжкості.

Важливу роль у напрямі пеналізації злочинів виконують суди. Саме вони визначають вид і розмір покарання певній конкретній особі, що вчинила певне конкретне злочинне діяння. Приймаючи рішення по конкретній кримінальній справі, суддя має призначити особі, яка вчинила злочин, покарання, необхідне й достатнє для виправлення та попередження нових злочинів. Більш суворий вид покарання, з числа передбачених за вчинений злочин, призначається лише у разі, якщо менш суворий вид покарання буде недостатній для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів (ст. 65 КК).

Суд призначає покарання у межах установлених у санкції статті, що передбачає відповідальність за вчинений злочин і відповідно до положень норм Загальної частини КК. При цьому, він враховує ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання. Кримінальний закон передбачає можливість призначення, в окремих випадках і за наявності визначених підстав, покарання більш м'якого чи більш суворого, ніж передбачено санкцією відповідної статті Особливої частини КК.

Таким чином, якщо криміналізація – це визнання злочинним певного суспільно небезпечного діяння, то пеналізація – це процес вибору й призначення особі, винній у вчиненні злочину певного конкретного виду й розміру покарання.

Проведені відомими вітчизняними науковцями численні наукові дослідження кримінально-правової політики в сучасній Україні виявили суттєві недоліки в пеналізації окремих видів злочинів, які виражаються в наступному. Перш за все, в окремих випадках має місце невідповідність передбаченого в законі про кримінальну відповідальність покарання ступеню тяжкості вчиненого злочину. Причому така невідповідність полягає як у заниженому розмірі покарання, так і в надмірно суворих видах і розмірах покарань, встановлених за окремі злочини. Крім того, недоліком в пеналізації злочинів на сучасному етапі слід визнати також неспіврозмірність покарань за окремі злочини, яка проявляється як у встановленні різних за своєю суворістю покарань за злочини однакового характеру і ступеня суспільної небезпечності, так і у встановленні більш суворих покарань за менш тяжкі злочини і навпаки. Для усунення відзначених недоліків необхідно здійснювати постійний моніторинг санкцій статей Особливої частини КК України на предмет адекватності передбачених ними покарань характеру і ступеню суспільної небезпечності відповідних злочинів [6; 10].

Наступним засобом здійснення кримінально-правової політики є депеналізація злочинів. Якщо декриміналізація злочину – це виключення діяння з числа злочинних, то депеналізація – це незастосування щодо особи, яка вчинила злочин кримінального покарання.

Вітчизняний і зарубіжний досвід застосування кримінального законодавства свідчить про недостатню ефективність кримінального покарання для досягнення мети загального та спеціального попередження злочинності. Крім того, притягнення винної особи до кримінальної відповідальності, призначення їй покарання та його відбування тягне за собою значні матеріальні та духовні затрати не тільки для цієї особи, а й для суспільства в цілому, які подекуди багатократно перевищують розмір заподіяної злочином шкоди.

Депеналізація – це такий напрям кримінально-правової політики держави, змістом якого є закріплення у законі про кримінальну

відповідальність і практичне застосування судами підстав звільнення особи від кримінальної відповідальності або від покарання та його відбування.

Про невисоку ефективність формування кримінально-правової політики свідчать численні зміни до Кримінального закону України.

З часу набрання чинності Кримінальним кодексом України (1 вересня 2001 року) до нього вносилися настільки численні й суттєві зміни та доповнення, що на них є потреба зупинитися детальніше. Станом на 5. 12. 2014 р. 133 закони вносили зміни до Кримінального кодексу України.

Загальна частина КК України на вересень 2001 року включала 108 статей. Станом на 5 грудня 2014 року, до 39 статей із цієї кількості вносилися певні зміни, у тому числі й неодноразові. До 31 статті вносилися зміни один раз, до 5 статей (8, 49, 55, 63, 69) – два рази, а до трьох статей (18, 53 та 65) – три рази. Слід звернути увагу, що деякі зміни були настільки суттєві, що потягли за собою виклад змісту відповідної статті у новій редакції. Таких статей було 6 (Статті 5, 10, 12, 18, 53, 85 КК).

Окрім внесення змін до існуючих статей, законодавець доповнив Загальну частину КК України новим розділом (Розділ XIV-1 “Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб”) і дванадцятьма новими статтями, дев’ять із яких (статті 96-3–96-11) входять до вказаного розділу. Щодо якості “нових” статей, то із дванадцяти статей незмінними залишилися тільки половина – шість статей, а щодо інших шести статей вносилися суттєві зміни, у тому числі дві статті (96–1 та 96–7) були викладені в новій редакції.

Таким чином, із 120 наявних статей Загальної частини КК, 51 стаття змінювалася або додатково вносилася відповідними законами. Частка цих “модифікованих” статей складає 42,5%.

Особлива частина Кримінального кодексу України на момент його прийняття нараховувала 339 статей. Станом на 5 грудня 2014 р. до 175 статей із цієї кількості вносилися суттєві зміни, у тому числі й неодноразові. Так, до 108 статей вносилися одноразові зміни, до 43 статей – зміни вносилися двічі, до 15 статей – тричі; чотири рази вносилися зміни до восьми статей (157, 158, 229, 305, 306, 364, 370 та 401); п’ять разів вносилися зміни до ст. 365 КК, і по шість разів зміню-

валися статті 368 та 369 КК. Значна частина змін до статей Особливої частини КК були настільки суттєвими, що потягли за собою виклад змісту відповідних статей у новій редакції. Усього таких статей було 50, а серед них 9 статей, які двічі викладалися у новій редакції і одна (ст. 369 КК) три рази змінювала свою редакцію. Двадцять одна стаття із початкового переліку були виключені з Кримінального кодексу України (наприклад, статті 188, 202, 203, 207, 208, та ін.).

Окрім того, за час, що пройшов після прийняття Кримінального кодексу України, до Особливої його частини були включені 56 нових статей, не кажучи вже про цілий новий розділ VII-A “Злочини у сфері службової діяльності в юридичних особах приватного права та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг”, який, щоправда, так і не набув чинності. Із цієї кількості нових статей зміни вносилися ще до 23 статей, у т. ч. 7 статей викладалися в новій редакції, а 8 статей були виключені із Кримінального кодексу України незадовго після їх включення (статті 110-1, 151-1, 361-3, 361-4, 362-1, 365-1, 368-1, 369-1 КК).

Така нестабільність норм кримінального закону свідчить, з одного боку, про динамізм та мінливість соціальних процесів у суспільстві, появу нових відносин, що потребують захисту від злочинних посягань, а з другого боку – про суттєві недоліки та прорахунки у формуванні політики протидії злочинності.

Висновки. Таким чином, кримінально-правова політика держави у своєму генезисі проходить стадію формування і стадію здійснення чи реалізації.

Під формуванням кримінально-правової політики слід розуміти визначення та законодавче закріплення основних засад, мети, завдань, основних напрямів, форм і методів протидії злочинності.

Здійснення, тобто практичне втілення в життя кримінально-правової політики полягає у практичній реалізації норм матеріального кримінального права, що містяться у законодавстві України про кримінальну відповідальність, тобто йдеться про правозастосування.

Підсумовуючи, слід також констатувати, що кримінально-правова політика Української держави не в повній мірі відповідає вимогам сьогодення. Відсутній системний і комплексний підхід до її формування. Час від часу вносяться окремі доповнення та поправ-

ки до чинного кримінального закону по мірі появи необхідності кримінально-правового захисту відносин політичного, господарського, соціального, культурного чи іншого характеру. Проте вносяться такі корективи кримінального закону не з профілактичною метою, тобто на випередження, а навздогін соціальним процесам, коли відповідні злочинні посягання набули поширення й завдали суттєвої шкоди суспільству.

Проведений аналіз чинного кримінального законодавства України свідчить про певні проблеми формування та реалізації кримінально-правової політики в Україні, а отже є значні перспективи розвитку цього виду державної політики як у правотворчому та і в правозастосовному напрямі.

І, звичайно, не слід забувати, що політика держави у певній галузі або щодо певної проблеми, наразі стосовно протидії злочинності, тісно пов'язана, а значною мірою й обумовлена, державною політикою в інших галузях або щодо інших проблем, наприклад, у сфері політики, галузі економіки, соціальній сфері тощо [11, 219].

У даній статті зроблена спроба конкретизувати за змістом та суб'єктивним складом поняття “формування” та “здійснення” кримінально-правової політики, охарактеризувати сучасний стан формування та здійснення кримінально-правової політики в Україні. Виявлені окремі недоліки та сформульовані обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення реалізації цього виду політики в діяльності правоохоронних органів. Разом з тим, поза увагою автора статті залишилося дослідження такого напрямку кримінально-правової політики держави як профілактика, попередження злочинності в цілому та окремих її проявів, або як її ще називають – кримінологічна політика держави, що є предметом подальших наукових досліджень.

Список використаних джерел

1. **Конституція України:** Верховна Рада України; Конституція, Закон від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. **Словник іншомовних слів** / За ред. О. С. Мельничука. – К.: Головна редакція УРЕ АН Української РСР, 1975. – 776 с.
3. **Юридична енциклопедія:** в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – т. 4: Н-П. – К.: Укр. енцикл., – 2002. – 720 с.

4. **Юридична енциклопедія:** в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – т. 1: А-Г. – К.: Укр. енцикл., – 1998. – 672 с.
5. **Україна у цифрах у 2013 році:** Статистичний збірник / За ред. О. Г. Осауленка. – К.: Державна служба статистики України, 2014. – 240 с.
6. **Митрофанов А. А.** Основні напрямки кримінально-правової політики в Україні: формування та реалізація: монографія / А. А. Митрофанов. – Одеса: Вид-во Одеського юридичного інституту НУВС, 2004. – 132 с.
7. **Закалюк А.** Концептуальне бачення сучасної кримінологічної ситуації в Україні та шляхів актуалізації кримінології в українському суспільстві / А. П. Закалюк // Право України. – 2009. – № 7. – С. 6–16.
8. **Кримінальний кодекс України:** Верховна Рада України; Кодекс України, Кодекс, Закон від 5 квітня 2001р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.
9. **Юридична енциклопедія:** в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – т. 2: Д-Й. – К.: Укр. енцикл., – 1999. – 744 с.
10. **Фріс П. Л.** Кримінально-правова політика України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук: спец. 12.00.08 “Кримінальне право та кримінологія, кримінально-виконавче право”; Національна академія внутрішніх справ України / П. Л. Фріс. – К., 2005. – 37 с.
11. **Закалюк А.** Теоретична характеристика та обґрунтування системи державної протидії проявам злочинності / А. Закалюк. – Право України. – 2012. – № 1–2. – С. 216–227.
12. **Словник української мови:** в 11 т. / Редкол.: Білодід І. К. (голова) та ін. – К.: “Наукова думка”, 1979. – Т. X: Т-Ф. – 658 с.
13. **Словник української мови:** в 11 т. / Редкол.: Білодід І. К. (голова) та ін. – К.: “Наукова думка”, 1972. – Т. III: З. – 744 с.
14. **Словник української мови:** в 11 т. / Редкол.: Білодід І. К. (голова) та ін. – К.: “Наукова думка”, 1977. – Т. VIII: П-Р. – 928 с.

Анотація

Стаття присвячена з'ясуванню змісту поняття кримінально-правової політики як системоутворюючого елемента політики держави у сфері боротьби зі злочинністю. Досліджується процес формування та здійснення кримінально-правової політики, основні напрями її реалізації. Здійснений аналіз сучасного стану та сформульовані обґрунтовані пропозиції щодо подальшого формування кримінально-правової політики.

Annotation

The article is devoted to clarification of the content of the definition of criminal and legal policy as a systemic element of the state policy in the sphere of fight against crime. The process of forming and realization of criminal and legal policy politics, basic directions of her realization, is investigated. A realizable analysis of the modern state and set forth reasonable suggestions are in relation to the further forming of criminal and legal policy politics.

РОЗДІЛ 6

**КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС
ТА КРИМІНАЛІСТИКА**

Стратонов В. М.,

*д. ю. н., професор, Херсонський державний університет,
декан юридичного факультету, Заслужений юрист України;*

Стратонова О. В.

Перша Херсонська державна нотаріальна контора, консультант.

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

Ключові слова: *слідча дія, розшукова дія, поняття, дефініція, кримінальний процес*

Keywords: *investigative action, investigative action, concept, definition, criminal trial.*

Актуальність проблеми. В процесі будь-якої діяльності обхідно мати арсенал засобів та методів. Не є виключенням і процес розслідування. Слідчі дії, а з 2012 року слідчі (розшукові) дії являються дійовим інструментом у процесі розслідування і займають основне місце в доказовому праві, як засоби пізнавальної діяльності. Проте однозначно визначення даної дефініції не існує, мало того, деякі автори не зовсім коректно визначають їх завдання. Теоретичні неузгоженості приводять до неоднозначного розуміння практиками самого поняття слідчі (розшукові) дії і породжують ряд процесуальних помилок.

Метою роботи є необхідність проведення аналізу теоретичних напрацювань з метою їх узагальнення, в тому числі, розгляду певних практичних проблем, які потребують обговорення.

Виклад основного матеріалу. Тривалий час в наукових роботах як в кримінальному процесі, так і в криміналістиці не було однозначного наукового і законодавчого визначення поняття “слідча дія”, його різновидів та змісту. Дана проблема і сьогодні продовжує залишатися відкритою і актуальною.

Аналізуючи норми Кримінальних процесуальних кодексів України 1921, 1927 та 1961 років, слід зазначити, що законодавець не використовував однозначного тлумачення поняття “слідчі дії”. Навіть у Кримінальному процесуальному кодексі 2012 року не дається окреме визначення поняття “слідча дія”, лише у ст. 223 “Вимоги до про проведення слідчих (розшукових) дій” у першому абзаці вказано, що слідчі (розшукові) дії є діями, які спрямовані на збирання або перевірку доказів у конкретному кримінальному провадженні. Об’єднання по суті різних дій (слідчих і розшукових) вносить ще більшу невизначеність, що існувала і до цього. Оскільки Закон “Про оперативно розшукову діяльність” та інші нормативні документи не передбачають слідчого, як суб’єкта розшукової діяльності.

Аналіз наукових робіт показує, що у певних випадках їх зміст передбачав розширене тлумачення, коли під слідчими розумілися всі процесуальні дії слідчого, які він вчиняє під час розслідування кримінальної справи. У вузькому значенні під слідчими діями розуміли лише ті, які направлені на безпосереднє вирішення завдань доказування. В теорії наук кримінального процесу і криміналістики відсутнє однозначне визначення поняття “слідчі дії”. Так, деякі науковці розуміють під слідчими діями всі процесуальні акти слідчого, що вчиняються ним під час розслідування злочину: цю думку поділяють О. М. Ларін, І. М. Лузгін, І. Ф. Герасимов [1, 148–149; 2, 58–59; 3, 30]; деякі – виділяють групи слідчих дій для надання особам статусу учасників кримінального процесу; припинення злочину та притягнення винних до відповідальності, забезпечення прав осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві [4, 49–51; 5, 183]. Частина дослідників дотримуються точки зору про включення до слідчих дій лише тих з них, які виконують функції збирання, перевірки, дослідження, оцінки доказів [6, 19; 7, 205; 8, 296].

Поняття “слідчі дії” здавна відоме в історії вітчизняного кримінального судочинства. У Статуті кримінального судочинства 1864 року цей термін був використаний для відокремлення процесуальних дій судового слідчого від тих дій, які виконувались чинами поліції. Зміст низки статей Статуту (ст. 491 та ін. гл. 12) та рішень вищих судових інстанцій свідчать про те, що під слідчими діями розумілося досить широке коло процесуальних дій та рішень, в тому

числі й заходи судової влади, яка уособлювалася судовим слідчим, зокрема постанови про зупинення періодичних видань, обрання запобіжних заходів, притягнення як обвинуваченого [9, 126].

У перших роботах з криміналістики автори також зверталися до терміну “слідча дія”, не з’ясовуючи їх відмінності від решти дій, що здійснюються слідчим під час розслідування злочину. Так, в “Основах уголовной техники” С. Н. Трегубов веде мову про слідчі дії на місці злочину, до яких включає всі дії, які вчиняються слідчим на місці події: складання плану, фотографування місця події, зовнішній огляд трупа, розшук і огляд знарядь злочину та їх ідентифікація тощо. Поряд з цим автор зазначає про особливо вагоме значення таких слідчих дій як огляд, обшук, освідкування, дослідження речових доказів [10, с. 16–61].

Тобто, законодавцем, вченими, судовою владою ототожнювалися поняття “слідчі дії – дії слідчого”, відбувалося їх розширене юридичне тлумачення.

На основі аналізу радянського кримінально-процесуального законодавства О. В. Горбачов робить висновок про те, що в період після 1917 року термін “слідчі дії” потерпів різні, навіть парадоксальні зміни у своєму змісті. Так, у КПК 1927 року цей термін згадувався лише в розділі про судовий розгляд (ст. 261), а дії органів досудового слідства охоплювалися поняттям “заходи” чи навіть “напрями” (ст. 223); натомість у кодексі були регламентовані правила проведення огляду, обшуку, допиту та інших слідчих дій. До часу прийняття Основ кримінального судочинства 1958 року значення терміну “слідча дія” в розумінні заходів, що виконувалися слідчим, було неконкретизованим. У ст. 29 Основ кримінального судочинства подається перелік невідкладних слідчих дій, які дозволялося виконувати органам дізнання при розслідуванні кримінальних справ, досудове слідство в яких було обов’язковим, проте визначення поняття “слідчі дії” та їх повний перелік залишалися нез’ясованими [9, 126–127].

Ця проблема не втратила своєї актуальності і після прийняття Кримінально-процесуального кодексу України від 28.12.1960 зі змінами та доповненнями [11], де використовувався термін “слідчі дії” більше 80 разів, але дефініція поняття була відсутньою. Як ми вже зазначали, ст. 223 Кримінального процесуального кодексу

Україні [12] передбачає прогресивні зміни, проте її норми вимагають суттєвого доповнення та удосконалення. Потреба наукових досліджень слідчих дій є гострою та нагальною, адже тривалий час ця проблема, не зважаючи на зауваження науковців [9, 128; 13, 46; 14, 176], залишається невирішеною.

Юридичні поняття не є лише гносеологічними та комунікативними засобами. Передусім, вони створюються та використовуються з метою правової регламентації буття, адже саме за допомогою юридичних понять визначаються умови, способи та наслідки правових дій. Тому адекватне розуміння змісту юридичних понять є запорукою правильного поведіння у правовому полі [15, 29]. Оптимальний вихід із даної ситуації – застосування дефініції – (лат. *definitio*) – коротке визначення якогось поняття [16, 205]. Дефініція поняття передбачає проведення дослідницької роботи зі з'ясування його сутності через виділення характерних ознак, які у своїй сукупності забезпечують його однозначність.

Призначення норми-дефініції вбачається у визначенні точних законних підстав і умов застосування такої норми. При цьому зміст норми закону розраховано на автономну стабільність, довгостроковість [9, 129]. Дефініція “слідчі дії” вимагає чіткого виділення основних характерних ознак, що відображають відмінний характер інституту слідчих дій від інших процесуальних і не процесуальних різновидів діяльності. На нашу думку, однозначна об'єктивна дефініція може бути досягнута лише за умови виділення таких основних характерних ознак шляхом ґрунтовного дослідження наукової літератури, норм кримінально-процесуального законодавства та аналізу слідчої практики. Науковці неоднозначно виділяють ознаки слідчих дій: так, М. П. Гутерман називає процесуальний характер, необхідність достатніх підстав (фактичних, а для деяких і юридичних); здійснення уповноваженим суб'єктом; проведення у межах досудового слідства; тактична обґрунтованість і вибірковість; внутрішня структура [17, с. 9]. С. А. Шейфер розглядає слідчу дію в якості пізнавальної діяльності слідчого, як об'єкт правового регулювання та акт правозастосування [18, с. 104–119]. І. Є. Биховський вказує на пізнавальний характер слідчої дії, провадження її в стадії досудового розслідування і при розслідуванні нововиявлених

обставин, процесуальну регламентацію, що визначає порядок виявлення, дослідження, фіксації та вилучення доказів [19, 6].

В. К. Лисиченко, І. І. Когутич зазначають про вирішення завдань встановлення негативних обставин, які набувають значення доказу у справі [20, с. 94]. О. В. Горбачов як обов'язкову ознаку слідчої дії називає її проведення після порушення кримінальної справи [9, 30]; цю думку підтримують і М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, В. П. Шибіко. [21, 210].

Е. Ф. Куцова, В. М. Тертишник характерною ознакою слідчих дій вважають їх примусовий характер [8, 296], вказуючи, що примусова природа притаманна слідчим діям і вони є підвидом заходів кримінально-процесуального примусу [22, 34–35].

Проте значна частина слідчих дій має добровільний характер, проходить в атмосфері взаєморозуміння і співробітництва, що, безумовно, виключає можливість застосування заходів державного примусу. Наприклад, розповсюдженою є ситуація, коли учасники слідчих дій (потерпілі, свідки), зацікавлені в розслідуванні кримінальної справи і викритті винних, сприяють провадженню слідчих дій, подають слідчому докази відповідно до ст. 225 КПК України. Також, відповідно до ст. 63 Конституції України, будь-яка особа не несе відповідальності за відмову давати показання чи пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом [23, с. 17], що виключає можливість застосування примусу навіть при відмові підозрюваного, обвинуваченого, свідка, потерпілого повідомити дані слідчому. Такі слідчі дії як огляд місця події, огляд предметів, документів (ст. 237 КПК України), лише за певних умов припускають можливість застосування примусу.

Виходячи із зазначеного, недоречно відносити до обов'язкових ознак слідчих дій примусовий характер, доцільною є лише вказівка на те, що у певних випадках, коли з'ясувати істину у справі іншим способом неможливо, провадження слідчих дій може забезпечуватися законними заходами державного примусу.

На наш погляд, не можна погодитися з думкою науковців, які відносять до слідчих дій ті акти діяльності слідчого, які не вказані у кримінально-процесуальному законодавстві. Так, О. М. Ларін вказує на те, що всі процесуальні акти, в яких безпосередньо реалізуються правовідносини слідчого з іншими особами, залученими

чи допущеними до розслідування, є слідчими діями і підлягають закріпленню у відповідній процесуальній формі, якщо навіть в законі вони не визначені як слідчі дії [24, 101]. Так вважає і В. А. Сас, зазначаючи, що фактичний стан речей і процесуальні закономірності не обмежують коло слідчих дій, якщо вони відповідають юридичним вимогам [25, 83].

Ми вважаємо, що закріплення та регламентація слідчої дії в КПК України – обов’язкова умова її проведення. На це вказує І. Є. Биховський, слушно зазначаючи, що невірною є думка окремих процесуалістів і практика деяких слідчих, котрі вважають правомірним проведення слідчої дії, не передбаченої законодавством [26, 35].

Позиція неухильного дотримання вимог кримінально-процесуального законодавства при визначенні кола слідчих дій та їх практичної реалізації обґрунтовується специфікою слідчої діяльності, оскільки основним джерелом формування її структури і змісту компонентів, регулятором їх взаємозв’язків є закон [27, 35].

Як вказує В. Т. Маляренко, засада законності є джерелом підвищеної небезпеки як для окремої особи, так і для суспільства в цілому. Встановлені законом способи збирання і фіксації доказів є гарантією достовірності інформації про фактичні обставини справи. Відомості, одержані внаслідок провадження слідчих (розшукових) дій, можуть бути доказами лише за умови неухильного додержання вимог кримінально-процесуального закону [28, 43–79].

У роз’ясненнях Пленуму Верховного Суду України вказується на необхідність забезпечення верховенства закону у кримінально-процесуальному судочинстві. Так, у постанові № 9 “Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя” від 01.11.1996, п. 19 вказується, що докази слід вважати одержаними незаконним шляхом, коли їх збирання і закріплення здійснено з порушенням гарантованих Конституцією України прав людини і громадянина, порядку, встановленого кримінально-процесуальним законодавством, або не уповноваженою на це особою чи органом, або за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами [29, 63].

Тобто застосування з метою отримання доказів у справі дій, не передбачених кримінально-процесуальним законодавством, недотримання вимог їх правової регламентації, тягне за собою порушення

процесуальної форми, втрату доказового значення отриманих результатів. Закріплена в законі процесуальна форма слідчої дії дає можливість учасникам кримінального судочинства переконатися у правомірності слідчої дії, суб'єктам доказування оцінити отримані докази з точки зору їх належності, допустимості і достовірності [30, с. 10], що в цілому впливає на якість правозастосовчої діяльності у процесі досудового слідства.

Крім того, право на провадження слідчих (розшукових) дій виникає за наявності фактичних і правових (юридичних) підстав. Фактичні підстави передбачають існування фактичних даних, що викликають необхідність провадження певної слідчої дії з метою отримання доказів у справі. Правові підстави провадження слідчих дій мають комплексний правовий характер і включають додержання положень про компетентність суб'єкта кримінально-процесуальної діяльності, час, з якого виникає право провадження слідчої дії, дотримання встановленої підслідності у процесі досудового слідства.

Підсумовуючи, слід підкреслити, що однією з визначальних характерних ознак поняття “слідча дія” є закріплення та регламентація порядку її провадження нормами кримінально-процесуального законодавства.

Наступна характерна ознака слідчих (розшукових) дій впливає з положення, що сутність діяльності з розслідування злочинів полягає у встановленні об'єктивної істини у кримінальній справі, а дії суб'єктів кримінального процесу під час досудового слідства направлені на її з'ясування.

Об'єктивна істина, крім кримінального судочинства, де її встановлення є обов'язковим [31, 120], проявляється у всіх сферах суспільного життя і є однією з найвищих гуманістичних цінностей людини [32, 168–171]. Об'єктивна істина у кримінальній справі досягається під час доказування, через виконання суб'єктом на основі вимог закону та свого внутрішнього переконання комплексу як слідчих (розшукових) дій, так і складних розумових операцій, спрямованих на встановлення всіх обставин для правильного вирішення справи.

У процесі доказування саме шляхом застосування слідчих (розшукових) дій відбувається збирання, дослідження, оцінка і використання доказів. Проте шляхом дослідження праць вітчизняних науковців вдалося дійти висновку про те, що вчені наділяють слідчі дії

дещо відмінними функціями у забезпеченні процесу доказування. Результати вивчення праць зарубіжних вчених свідчать, що у інших країнах положення доказового права та значення у ньому слідчих дій відрізняються між собою [33; 34; 35].

Так, С. А. Шейфер вважає, що слідчі дії є способом збирання доказів [36, 65]; О. Р. Михайленко включає до кола вирішуваних ними завдань функції перевірки [37, 16]; В. Т. Нор, М. М. Михеєнко, В. П. Шибіко відносять до функцій слідчих дій виявлення, фіксацію та перевірку доказів у кримінальній справі [21]; Є. Г. Коваленко – збирання, закріплення, перевірку та оцінку доказів [38, с. 114–115], Капліна О. В., Грошовий Ю. М. – спосіб збирання доказів [39, 234].

Першою функцією слідчих дій є збирання – початковий етап, стадія накопичення доказового матеріалу у справі, що складається із системи дій виявлення, отримання, фіксації, вилучення і збереження доказів. До процесу збирання доказів висувається ряд вимог, які на думку А. Р. Белкіна, полягають у дотриманні законності, забезпеченні повноти зібраного у справі доказового матеріалу, своєчасному збиранні доказів, дотриманні необхідних гарантій достовірності отриманої інформації [40, 148].

Сутність процесу збирання доказів значною мірою залежить від того, у якому аспекті він розглядається: в аспекті кримінально-процесуальної чи криміналістичної науки. Науковці-процесуалісти більш поглиблено досліджують особливості кримінально-процесуальної регламентації способів збирання, формалізовані операції, які при цьому відбуваються. Криміналісти, навпаки, детально і творчо розглядають змістовну частину збирання, включаючи до неї і дії, які передують, супроводжують, сприяють реалізації таких операцій.

Проте і процесуалісти, і криміналісти єдині у тому, що збирання доказів під час провадження слідчих (розшукових) дій починається з виконання пошукових операцій. Їх сутність полягає у виявленні слідів злочину, речових доказів тощо, що здійснюється на основі складної розумової діяльності – моделювання події злочину з метою визначення місць можливого знаходження доказів чи визначення кола осіб, в показаннях яких вони можуть мати місце. Потім для їх виявлення застосовуються процесуальні, організаційні, техніко-криміналістичні, тактичні засоби, методи і прийоми.

Друге завдання, яке вирішує слідчий внаслідок застосування слідчих (розшукових) дій, – дослідження доказів, тобто пізнання суб'єктом доказування їх змісту відносно дотримання вимог достовірності, належності, допустимості та достатності.

Достовірність передбачає істинність доказу та його джерела, що вірно й адекватно відображають матеріальні та нематеріальні сліди злочину. Під належністю розуміється зв'язок доказу з предметом доказування та обставинами справи, що мають значення для розслідування справи. Допустимість доказу визначає законність, правомірність використання доказу і його джерела для встановлення істини у справі. Доказ вважається достатнім за умови, коли він сам чи в сукупності з іншими доказами дає можливість встановити передбачені законом обставини справи на тому рівні знання про них, що необхідний для прийняття подальшого рішення.

Оцінка доказів здійснюється слідчим у формі логічного, розумового процесу визначення ролі та значення зібраних доказів. Дослідження і оцінка доказів тісно пов'язані між собою, оскільки з'ясування достовірності, належності, допустимості та достатності доказів здійснюється у процесі складної розумової діяльності і провести чітку межу між цими процесами надзвичайно складно. Відмінність між цими різновидами діяльності слідчого під час провадження слідчих (розшукових) дій полягає в тому, що дослідження здійснюється як через практичні дії, так і розумові операції, а оцінка відбувається внаслідок розумової діяльності. З цього приводу С. М. Сівочек зазначає, що суб'єкти доказування повинні орієнтуватися на ретельне дослідження та оцінку як відомостей про факти, так і процесуальних джерел доказів [40, 7–8].

Заключним завданням слідчих (розшукових) дій є використання доказів, тобто їх безпосереднє залучення для підтвердження чи спростування певного факту шляхом розумової, операційної (діяльнісної), психологічної активності суб'єкта розслідування. Функція використання доказів є заключним етапом роботи з доказами у структурі слідчої дії, оскільки після їх збирання, дослідження і оцінки суб'єкт доказування оперує ними, застосовує з певною практичною метою, за допомогою чого вирішує завдання встановлення істини у кримінальній справі. Діяльність з використання

доказів передбачає: висунення та обґрунтування слідчим версій; прийняття процесуальних і організаційно-тактичних рішень; перевірку версій та іншої інформації (шляхом співставлення змісту доказової інформації, отриманої в результаті провадження однієї чи декількох слідчих (розшукових) дій, з метою підтвердження чи спростування їх узгодженості між собою); отримання нової інформації (застосування на основі наявної доказової інформації інших слідчих (розшукових) дій чи надання доручень на проведення оперативно-розшукових заходів); моделювання (дозволяє виявити зв'язки між отриманою доказовою інформацією та побудувати її цілісну систему); використання інформації для подолання протидії розслідуванню (з метою нейтралізації дій осіб, які чинять протидію) тощо.

Висновки. Процес розслідування злочинів передбачає застосування комплексу різноманітних процесуальних і не процесуальних заходів, які здійснюються відповідно до приписів кримінально-процесуального законодавства та направлені на вирішення його завдань.

Слідчі (розшукові) дії є окремим видом процесуальних дій, що проводяться з метою збирання, дослідження, оцінки й використання доказів уповноваженою службовою особою відповідно до вимог кримінального процесуального закону у процесі розслідування злочину.

Актуальним питанням є дослідження і визначення понять негласних слідчих (розшукових) дій, але оскільки автори обмежені об'ємом публікації, тож лише зазначимо, що такі дії не можуть бути різновидом слідчих (розшукових) дій як це зазначено у ст. 246 КПК України. Навіть той факт, що законодавець виносить їх в окрему главу, вже підтверджує даний роздум. Тому необхідне подальше обговорення зазначених проблем, можливо навіть уточнення та розширення таких дій.

Список використаних джерел

1. Ларин А. М. Расследование по уголовному делу. Планирование, организация / А. М. Ларин. – М.: Юрид. лит., 1970. – 224 с.
2. Лузгин И. М. Расследование как процесс познания / И. М. Лузгин. – М.: Юрид. лит., 1969. – 178 с.

3. **Герасимов И. Ф.** Некоторые проблемы криминалистики // Ленинский принцип неотвратимости наказания и задачи советской криминалистики. – Свердловск: Изд-во УГУ, 1972. – С. 25–37.
4. **Тетерин Б. С., Трошкин Е. З.** Возбуждение и расследование уголовных дел. – М.: Зерцало, – 1997 – 237с.
5. **Уголовный процесс:** Учебник для студ. юр. вузов и факультетов / Басков В. И., Гуценко К. Ф., Ковалев М. А., Куцова Э. В. и др. – М.: Зерцало, 1997. – 509 с.
6. **Бахин В. П.** Понятие, сущность и содержание криминалистической тактики. Лекция. – К, 1999. – 34 с.
7. **Шепітько В. Ю.** Криміналістика. Енциклопедичний словник (українсько-російський та російсько-український). За ред. акад. НАН України В. Я. Тація. – Харків.: Право, 2001. – 560 с.
8. **Тертишник В. М.** Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України. – К.: А. С. К., 2002. – 1056 с.
9. **Горбачов О.** Слідчі дії: термінологія, поняття, види // Вісник Академії правових наук України. – Х, 1997. – Вип. 2. – С. 125–130.
10. **Трегубов Н. С.** Основы уголовной техники. Научно-технические приемы расследования преступлений. Практическое руководство для судебных деятелей / Изд. юрид. книжного склада “Право”. – Петроград, 1915. – 334с.
11. **Кримінально-процесуальний кодекс України** від 28.12.1960 зі змінами і доповненнями. Станом на 01. 11. 2003 . – К.: Атіка, 2003 – 205 с.
12. **Кримінальний процесуальний кодекс України.** Закон України “Про внесення змін та доповнень до деяких законодавчих актів України зв’язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України”. – Х., Одісей, 2012. – 360 с.
13. **Дубинський А. Я.** Производство предварительного расследования органами внутренних дел: Учебное пособие. – К.: НИ и РИО Киевской высшей школы МВД СССР им. Ф. Э. Дзержинского, 1987. – 84 с.
14. **Лук’янчиков Є. Д., Лук’янчиков Б. Є.** Удосконалення процесуальних засобів удосконалення криміналістичної інформації // Науковий вісник Дніпропетровського юрид. інституту МВС України. – 2000. – № 2. – С. 171–179.
15. **Бочаров Д.** Поняття “фактичні дані” у теорії доказування: проблеми тлумачення // Вісник прокуратури. – 2002. – № 2. – С. 29–32.
16. **Словник іншомовних слів.** За ред. О. С. Мельничука. – К.: Гол. редакція УРЕ., 1977. – 775 с.
17. **Гутерман М. П.** Организационные мероприятия следователя в процессе расследования преступлений: Автореферат дис... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Академия МВД СССР. – М., 1980. – 18 с.
18. **Шейфер С. А.** Следственные действия: сущность и процессуальная форма. – М.: Юрид. лит., 1981. – 128 с.
19. **Быховский И. Е.** Процессуальные и тактические вопросы системы следственных действий: Автореферат дис... д-ра юрид. наук: 12.00.08. 12.00.09 / Всесоюзный ин-т по изуч. причин и разраб. мер предупр. преступности прокуратуры СССР. – М, 1976. – 32 с.

20. **Лисиченко В. К., Когутич І. І.** Негативні обставини та їх значення у розслідуванні злочинів: Монографія. – К.: Дія, 2002. – 182 с.
21. **Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П.** Кримінальний процес України: Підручник для юридичних вузів. – К.: Либідь, 1992. – 489 с.
22. **Куцова Э. Ф.** Следственные действия: понятие, обеспечение прав личности при их совершении // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. – 1991. – № 1. – С. 32–37.
23. **Конституція України** від 28 червня 1996 року / Довідник працівника міліції: У 2-х книгах. Книга 1: Законодавчі та інші нормативно-правові акти з питань діяльності органів внутрішніх справ / Довідкове видання. – Відпов. ред. М. В. Білоконь: Упорядник С. М. Гусарев, В. Г. Слободянюк, С. М. Калюк. – К.: Воля, 2003. – С. 11–48.
24. **Ларин А. М.** Следственные действия (Определение понятия, терминология) // Оптимизация расследования преступлений: Сборник научных трудов – Иркутск., 1982. – С. 92–103.
25. **Сас В.** Щодо предмета вітчизняної криміналістичної тактики // Право України. – 2001. – № 9. – С. 79–84.
26. **Быховский И. Е.** Развитие и совершенствование следственных действий.: Краткие тезисы докладов и научных конференций / 50 лет Советской прокуратуры и проблемы совершенствования предварительного следствия. – Л., 1972. – С. 31–35.
27. **Кузьмічов В. С.** Криміналістичний аналіз розслідування злочинів: Монографія. – К: НАВСУ – НВТ “Правник”, 2000. – 450 с.
28. **Маляренко В. Т.** Конституційні засади кримінального судочинства / В. Т. Маляренко – К.: Юрінком Інтер., 1999. – 318 с.
29. **Постанови Пленуму Верховного Суду України** в кримінальних справах (1973–1998) // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1998. – № 11. – С. 58–64.
30. **Тертышник В. М., Слинько С. В.** Теория доказательств: Учебное издание. – Х.: Арсис., 1998. – 256 с.
31. **Гвоздик О. И.** Логика: Учебное пособие для высших учебных заведений МВД / О. И. Гвоздик – К.: УАВД., 1993. – 256 с.
32. **Філософія:** Підручник / Бичко І. В., Бойченко І. В., Табачковський В. Г. та ін. – 2-ге вид., стереотип. – К.: Либідь, 2002. – 408 с.
33. **Bevan and Lidestone's.** The Investigation of Crime. A Guide to Police Powers. Second Edition / Ken Lidstone. Clave Palmer – London, Dublin, Edinburgh.: Butterworths, 1996. – 797 p.
34. **Vaduva N.** Expertiza judiciara.: Romania: Craiova: Universitaria, 2001 – Tipografia: REDUTA. – 292 p.
35. **Meikalisa A.** Kriminalprocesa tiesibas. Vispariga dala. – Latvia: RaKa., 2000. – 577 p.
36. **Шейфер С. А.** Собираение доказательств в советском уголовном процессе: методологические и правовые проблемы. – Саратов.: Изд. Саратов ун-та, 1986. – 169 с.
37. **Михайленко О. Р.** Складання процесуальних актів у кримінальних справах. / О. Р. Михайленко – К.: Юрінком, 1996. – 256 с.

38. **Коваленко Є. Г.** Кримінальний процес України: Навчальний посібник / Є. Г. Коваленко. – К.: Юрінком Інтер., 2003. – 576 с.
39. **Кримінальний процес:** підручник/Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, В. П. Пшонка та інш. за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки. – Х.: ПРАВО, 2013. – 824 с.
40. **Сівочек С. М.** Оцінка джерел доказів у кримінальному процесі. Автореферат дис... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Донецький інститут внутр. справ МВС України. – К., 2003. – 17 с.

Анотація

Наукова публікація присвячена проблемам слідчих (розшукових) дій, пріоритетним напрямом теоретичної думки щодо окремих проблем, які виникають як в теорії, так і практиці. Автори аналізують думки науковців і приходять до висновків про те, що вчені наділяють слідчі (розшукові) дії дещо відмінними функціями у забезпеченні процесу доказування. Оскільки в інших країнах положення доказового права та значення у ньому слідчих дій відрізняються між собою, постає необхідність в їх узагальненні визначення понять та завдань.

Annotation

The article deals with the definitions of the investigation (investigative) action, priorities of theoretical reflections on the formation of definition study. The author analyzes the work of scientists, through which comes to a number of conclusions that there are no a unified approach to the definition of the functions of investigative actions, and the rules of evidence in other states, their value is different in the works of scientists. Therefore, the author proposes the formation of the concept and objectives of the investigative actions, taking into account groundwork of scientists from different countries.

Журавель В. А.

професор кафедри криміналістики

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
доктор юридичних наук, член-кореспондент НАПрН України*

ОКРЕМІ МЕТОДИКИ В СИСТЕМІ КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ЗНАНЬ

Ключові слова: *окрема криміналістична методика; класифікація окремих криміналістичних методик розслідування злочинів; види (рівні) криміналістичних методик; форма викладення методичних рекомендацій.*

Keywords: *private forensic technique; classification of certain forensic techniques crime investigation; types (levels) forensic techniques; form of presentation guidelines.*

У системі криміналістики особливе місце посідають окремі методики, що виникли в результаті інтеграції та диференціації наукових знань і об'єднують в собі передові досягнення криміналістичної техніки і тактики, що надані у відповідності до оптимальної організації розслідування злочинів та судового розгляду певних категорій кримінальних проваджень. “Криміналістичні методики, – наголошує В. П. Бахін, – є засобом практичної реалізації положень (рекомендацій) криміналістичної техніки і криміналістичної тактики, бо поза реальними умовами розслідування конкретних злочинів немає їхнього застосування і використання” (1; с. 235).

З огляду на зазначене, проблематику криміналістичних методик взагалі можна визнати найбільш науково досліджуваною у сучасній криміналістиці, а методико-криміналістичне забезпечення слідчої діяльності є одним з найважливіших напрямів її розвитку. Попри те, що в криміналістичній доктрині здійснено спроби уніфікувати підходи до визначення змісту і структури криміналістичних мето-

дик, їх класифікації тощо, остаточне формування теоретичних основ криміналістичних методик дотепер ще не завершено, що суттєво позначається на процедурі їх створення і практичній реалізації.

Щодо дискусійних питань у розглядуваній царині знань, то до них слід віднести різні погляди науковців на визначення криміналістичної методики як наукової категорії, її мету, завдання, принципи формування, сферу реалізації, форму викладення рекомендаційного матеріалу. Так, Р. С. Белкін указував, що криміналістична методика (методика розслідування окремих видів злочинів, окрема методика) – це система наукових положень і розроблених на їх основі рекомендацій з організації і здійснення розслідування та запобігання злочинам (2; с. 101). Близьким до попереднього є визначення запропоноване В. П. Бахіним, який вважає, що криміналістична методика є системою наукових положень та, розроблених на їх основі, практичних рекомендацій з оптимального проведення розслідування злочинів (3; с. 23). І. О. Возгрін пропонував криміналістичну методику розглядати як комплекс науково обґрунтованих даних і рекомендацій з організації розкриття, розслідування та попередження різних видів злочинів (4; с. 269).

Останнім часом у криміналістичній літературі з'являються вельми оригінальні визначення криміналістичної методики, в яких відбиваються сучасні підходи до розуміння цієї категорії. Зокрема, А. В. Шмонін пропонує розглядати криміналістичну методику як інформаційну модель наукових положень і розроблених на їх основі практичних рекомендацій з організації і здійснення розкриття, розслідування і попередження злочинів (5; с. 109). У свою чергу В. О. Образцов пише, що криміналістична методика є своєрідним еталоном того, як потрібно діяти слідчому в тих або інших умовах (6; с. 375).

Особливої на уваги заслуговує визначення поняття “окрема криміналістична методика” запропоноване Б. В. Щуром. На його думку, окрема криміналістична методика – це комплекс методичних рекомендацій та слідчих технологій у вигляді типових інформаційних моделей, спрямованих на розкриття та розслідування певного виду або групи злочинів та їх запобігання (7; с. 102). У запропонованому визначенні до структури окремої криміналістичної методики Б. В. Щур поряд з методичними рекомендаціями включає й слідчі технології, що є новаторським та перспективним підходом.

Багатозначність визначення поняття “окрема криміналістична методика” не йде на користь формуванню уявлення щодо даної категорії, породжує зайві непорозуміння й суперечності. Унаслідок цього виникають теоретичні дискусії, які відволікають увагу вчених-криміналістів від задоволення реальних потреб слідчої та судової практики, тоді як науковцям необхідно виходити з того, що однією з найважливіших вимог, які ставляться до визначення наукового поняття з точки зору формальної логіки, є його однозначність. У зв'язку з цим, як видається, побудова та реалізація нових і модернізація існуючих криміналістичних методик має здійснюватися на підставі уніфікованого підходу до розуміння цієї наукової категорії, її різновидів, мети, завдань, форми, структури, принципів формування.

При вирішенні проблеми уніфікації сучасних поглядів на визначення “окрема криміналістична методика” треба виходити з того, що це поняття передусім має ґрунтуватися на суттєвих ознаках розглядуваної категорії, до яких, зокрема, можна віднести такі: комплексність, системність, інформативність, спрямованість на оптимальне розслідування певного виду злочинів (7; с. 101). Також необхідно враховувати, що термін “окрема криміналістична методика” охоплює не лише методи (систему методів), прийоми та засоби, а й рекомендації (поради) слідчому і судді з найбільш оптимальної, раціональної організації процесу розслідування певних видів злочинів і судового розгляду кримінальних проваджень.

До істотних ознак поняття “окрема криміналістична методика”, на нашу думку, також слід віднести форму викладення рекомендацій (порад) і сферу їх реалізації (застосування). На сьогодні окремі криміналістичні методики можуть бути надані в трьох формах: описовій, формалізованій і змішаній. Найбільш розповсюдженою є описова форма викладення методичного матеріалу. Вона зустрічається у переважній більшості сучасних підручників, посібників, керівництв тощо. Формалізована форма передбачає викладення рекомендацій (порад) у вигляді відповідних програм розслідування (судового розгляду) або алгоритмічних схем дій слідчого (судді) у тій чи іншій типовій ситуації, що виникає. Це так звані рекомендації прямої дії, що спрямовані слідчому (судді). Саме така форма викладення порад професіональним учасникам кримінального

процесу набуває ознак технологічного режиму розслідування, судового розгляду кримінальних проваджень. І саме в цьому контексті доречно розглядати окрему криміналістичну методику як технологію збирання, оцінки і використання доказової інформації на досудовому розслідуванні і судовому розгляді кримінальних проваджень. При цьому необхідно враховувати, що криміналістична методика без відносно форми її викладення, завжди буде зберігати певний рівень абстракції, оскільки не можливо “без залишку” типізувати всі можливі слідчі та судові ситуації і запропонувати формалізовані засоби їх вирішення. У зв’язку з цим криміналістична методика не може претендувати на повну “технологічність”, яка б стовідсотково забезпечувала виявлення, збирання та дослідження доказів слідчим та судом формалізованими засобами.

Щодо сфери реалізації (застосування) окремих криміналістичних методик, то традиційно вони призначалися для оптимізації організації розслідування різних злочинних виявів, а тому й мали назву “криміналістичні методики розслідування окремих видів злочинів” (“методики розслідування”). Водночас, спираючись на те, що до предмету дослідження криміналістики в цілому входять закономірності, які притаманні не лише розслідуванню, а й судовій стадії кримінального процесу, науковцями були внесені пропозиції щодо створення криміналістичних методик з оптимальної організації судового розгляду кримінальних проваджень, як дієвого інструментарію підвищення ефективності і якості роботи суддів (Л. Ю. Ароцкер (8; с. 167–171), В. К. Гавло (9; с. 456), І. І. Когутич (10), С. Л. Кисленко, В. І. Комісаров (11) та ін.). Це надало підстави окремим ученим розглядати криміналістичну методику в широкому та вузькому розумінні. Зокрема, Б. В. Щур зазначає, що у вузькому розумінні криміналістична методика – це методика розслідування окремих видів злочинів. Тобто сферою її діяльності є процеси розслідування і звернена вона до діяльності органів досудового розслідування. Фактично мова йде про класичне розуміння криміналістичної методики. У широкому розумінні криміналістична методика – це не тільки методика розслідування, а й методика судового розгляду кримінальних справ тієї чи іншої категорії, методики кримінального захисту або державного обвинувачення. У цьому випадку сфера криміналістичної методики є розширеною (7; с. 95).

Не заперечуючи в цілому проти викладеної ідеї, разом з тим, звертаємо увагу на те, що дослідження в цьому напрямі тільки розпочалися і вчені-криміналісти мають узгодити позиції з багатьох дискусійних питань, зокрема:

1) запропонувати додаткові аргументи на користь доцільності й необхідності розширення пізнавальних меж криміналістичної методики і розповсюдження її рекомендацій на сферу судового розгляду кримінальних проваджень;

2) виходячи з потреб формування криміналістичних методик судового розгляду кримінальних проваджень, переглянути підходи до структури самої криміналістичної методики як розділу науки криміналістики, визначити її елементних склад і характер зв'язків між цими елементами;

3) запропонувати принципи формування окремих криміналістичних методик судового розгляду кримінальних проваджень і сформулювати їх кінцеву мету, спрямовану на розробку методичних рекомендацій (порад) з оптимальної організації судового провадження, тобто з оптимальної процедури дослідження доказів, наданих сторонами обвинувачення та захисту;

4) визначити співвідношення і відмінність криміналістичних методичних рекомендацій від процесуальних приписів. При цьому необхідно враховувати, що за чинним кримінальним процесуальним законодавством досудове розслідування злочинів менш регламентовано в порівнянні з судовим розглядом кримінальних проваджень і відповідно має більшу можливість у заповненні цих "процесуальних прогалин" певними тактичними та методичними рекомендаціями. У свою чергу судовий розгляд носить більш жорстку регламентацію і тим самим обмежує варіантність для реалізації криміналістичних рекомендацій;

5) уточнити, з урахуванням етапів судового розгляду, предметну сферу реалізації рекомендацій криміналістичних методик, тобто їх розповсюдженість;

6) виходячи з широкого кола учасників кримінального процесу, визначити суб'єктний склад споживачів криміналістичних методичних рекомендацій. І якщо окремі криміналістичні методики розслідування злочинів спрямовані лише одному адресату – слідчому,

то питання щодо споживачів методик судового розгляду кримінальних проваджень (суддя, державний обвинувач, професійний захисник або всі разом) залишається не вирішеним;

7) узгодити структуру, зміст і форму окремих криміналістичних методик судового розгляду кримінальних проваджень, з'ясувати функціональне призначення кожного з виділених елементів. При цьому навряд чи придатна аналогія з методиками розслідування злочинів. На крайній випадок може йтися про різну інтерпретацію функціональної спрямованості тих чи інших елементів, що входять до структури окремої криміналістичної методики, наприклад, щодо криміналістичної характеристики злочинів, доцільність включення якої до структури криміналістичної методики судового розгляду кримінальних проваджень потребує обговорення в середовищі вчених-криміналістів і додаткової аргументації.

Уніфікація поглядів на поняття “окрема криміналістична методика” також передбачає необхідність формування усталеної конфігурації системи цих методик. Слід зазначити, що цей процес перебуває тільки на стадії свого становлення. Ця обставина породжує різноманітні підходи як до визначення класифікаційних рівнів окремих криміналістичних методик, так і до їх назв. Так, на думку В. О. Образцова, єдиною підставою поділу методик розслідування є криміналістична характеристика злочину (12; с. 107), а самі типи криміналістичні методики як вид наукової продукції доцільно поділяти на: загальні та окремі (13; с. 376); методики виявлення та розслідування певних груп криміналістично схожих видів злочинів; методики виявлення та розслідування окремих кримінально-правових видів злочинів; методики виявлення та розслідування певних кримінально-правових підвидів злочинів одного виду; методики виявлення та розслідування певних груп злочинів, що поділяються на базі криміналістичної класифікації кримінально-правових видів та підвидів злочинів (14; с. 69). І. О. Возгрін, пропонував поділ методик на “одноступінчасті” та “багатоступінчасті”, “власне криміналістичні” і “змішані”, “повні” та “скорочені”, “офіційні” та “доктринальні” (15; с. 69–75). У свою чергу В. П. Бахін виокремлює основні (загальні положення) методики: видові і внутрішньовидові; позавидові і групові методики (3; с. 21–22).

Нині ця проблематика не втратила свого значення. У сучасній криміналістичній теорії мали місце намагання класифікувати окремі криміналістичні методики. Так, С. Н. Чурилов вважає, що система криміналістичної методики складається з двох підсистем: перша ланка системи окремих криміналістичних методик засновується на кримінально-правовій класифікації злочинів; друга – будується на криміналістичних критеріях (16; с. 189–190). На переконання С. Г. Любічева, у класифікації криміналістичних методик доцільно виокремлювати три рівні: загальні, видові і внутрішньовидові. Загальні методики передбачають розслідування злочинів різних категорій, пов'язаних із розв'язанням складних тактичних завдань: методики дослідження алібі, виявлення і викриття інсценувань, самообмови. Внутрішньовидові методики створені на основі вивчення узагальненої практики розслідування однорідних злочинів (наприклад, квартирні, кишенькові крадіжки тощо) (17; с. 441).

Останнім часом з'являються пропозиції щодо поділу методичних рекомендацій за ступенем спільності (рівнем конкретизації). Так, М. П. Яблоков за ступенем спільності (рівнем конкретизації) виділяє такі рівні методичних рекомендацій:

1. Високого ступеня спільності, тобто “великі групи різноманітних злочинів”, пов'язаних з неналежним виконанням професійних функцій у сфері виробництва; злочинів, що вчиняються організованими злочинними угрупованнями, тощо.

2. Меншого ступеня спільності, тобто групи однорідних злочинів (наприклад, проти довкілля).

3. Ще меншого ступеня спільності, тобто видові, підвидові методики (наприклад, розслідування шахрайства, крадіжок тощо).

4. Конкретні методики (розслідування окремих видів і підвидів злочинів у різних типових слідчих ситуаціях).

Додатково М. П. Яблоков вказує на наявність методик комплексного характеру, наприклад, розслідування підпалів і злочинних порушень правил протипожежної безпеки (18; с. 494).

М. В. Субботіна запропонувала дещо іншу класифікаційну побудову методик розслідування злочинів, виділяючи в ній такі елементи:

1. Загальні положення.

2. Базова методика розслідування декількох видів або груп злочинів.
3. Окрема методика розслідування певного виду або групи злочинів.
4. Окремометодичні рекомендації з розслідування певного підвиду злочинів (наприклад, крадіжок, що вчиняються неповнолітніми) (19; с. 239–241).

Р. Л. Степанюк у системі методик розслідування злочинів, вчинених у бюджетній сфері України, виділяє такі різновиди: міжродові; міжвидові (загальні і спеціальні); комплексні; видові (ст. 210, 211, 233 КК України); підвидові (розслідування шахрайства, хабарництва, службової недбалості та інших видів злочинів, вчинених у бюджетній сфері). При цьому, як видається, не зовсім аргументовано виглядає позиція автора щодо поділу методик на загальні і спеціальні (міжвидові, комплексні) (20; с. 26–27).

А. В. Шмонін на підставі аналізу різних позицій щодо диференціації криміналістичних методик дійшов висновку про доцільність запровадження блочно-ієрархічного підходу до їх поділу. Для цього він виокремлює два класифікаційні блоки методик розслідування злочинів: а) перший класифікаційний блок (окремі криміналістичні методики), який поділяє на дві категорії (групи): на “прості” та “комплексні”. Останні, у свою чергу, – на “монооб’єктні” (однооб’єктні) і “поліоб’єктні” (багатооб’єктні). “Монооб’єктні” диференціюються на: “монородові”, “моновидові”, “моноскладені”; “поліоб’єктні” – на “поліродові” та “полівидові”. Одночасно “прості” криміналістичні методики також можуть диференціюватися на “монородові”, “моновидові”, “моноскладені”; б) другий класифікаційний блок розпочинається з рівня, на якому “збігаються кінці” простої та комплексної криміналістичної методик і який визначається окремими криміналістичними елементами злочинів. Останні, у свою чергу, значною мірою пов’язані з елементами складу злочину, предмета доказування та іншими суттєвими характеристиками кожного окремо криміналістично значущого елемента злочинів (суттєвого елемента і /або його проявів. Криміналістичні методики на цьому рівні можна класифікувати за способом злочину, особою злочинця і / або злочинних утворень (груп), предмета злочину, засобів злочину тощо (5; с. 155–158).

Особливої уваги заслуговують зусилля Ю. П. Гармаєва щодо створення оптимальної класифікації криміналістичних методик

розслідування злочинів. Відносно кримінально-правової класифікації і за ступенем спільності (рівнем конкретизації) рекомендації він виділяє “предметну” і “вертикальну” класифікацію і такі рівні системи криміналістичних методик: загальні видові; загальні родові; загальні міжвидові (21; с. 65). У подальших працях Ю. П. Гармаєв разом з О. Ф. Лубіним запропонували дещо інший підхід до створення класифікаційних побудов криміналістичних методик. Зокрема, науковцями розроблено класифікацію за трьома підставами: “вертикальною”, “предметною”, “об’ємною”. У першій класифікації вони за таким критерієм, як “ступінь спільності”, виділяють загальні і окремі методики. Загальні поділяють на міжродові, міжвидові (комплексні), родові і видові методики, а окремі – на методики одного виду злочину, груп схожих злочинів. За таким критерієм, як “рівень конкретизації окремо-методичних рекомендацій”, науковці поділяють методики на однорівневі, дворівневі, великого ступеня конкретизації (22; с. 162–186).

Досить цікаві, хоча й небезумовні пропозиції з цього питання висловлені й С. Ю. Косарєвим, який поділяє всі методики на типові і особливі. Під типовими ним запропоновано розуміти методики, побудовані за категоріями злочинів, встановлених чинним кримінальним законодавством відповідно до структурних елементів Особливої частини КК; під особливими – методики, побудовані за іншими підставами. Щодо типових, то вони поділені автором на шість парних (симетричних) підрозділів. Одні з цих методик виокремлені тільки за певними кримінально-правовими критеріями, а другі – аналогічно за тими ж кримінально-правовими і додатково з урахуванням певного криміналістичного критерію (23; с. 248–265).

Попри те, що запропоновані А. В. Шмоніним, Ю. П. Гармаєвим, О. Ф. Лубіним, С. Ю. Косарєвим класифікації достатньо складні для сприйняття і практичної реалізації, їх слід розглядати як перші спроби щодо багатомірного аналізу видів методик. Водночас, на сьогодні у науці криміналістиці відсутня єдина, повна, несуперечлива і науково обгрунтована класифікаційна система криміналістичних методик (24; с. 140).

Спираючись на викладене, а також застосовуючи багатомірний підхід до розподілу криміналістичних методик розслідування зло-

чинів, вважаємо за можливе запропонувати таке їх упорядкування по вертикалі та горизонталі:

1. Базова методика.
2. Прості (одиничні) методики – видові, підвидові (мікрометодики).
3. Ускладнені (групові) методики – родові, міжродові, комплексні.

Виходячи з концептуальних підходів до формування конфігурації системи криміналістичних методик розслідування злочинів, її основними елементами, у запропонованій інтерпретації, виступають:

1) базова методика як універсальна, уніфікована модель, за якою мають створюватися інші окремі криміналістичні методики розслідування злочинів (25; с. 231–242). Вона є “коренем упорядкування системи криміналістичних методик і розглядається як концептуальна модель із апробованою структурою та рекомендаціями до змістовного наповнення елементів практичних рекомендацій, розташованих на нижчих рівнях” (26; с. 204);

2) видові криміналістичні методики розслідування (види злочинів, чітко визначені у відповідних розділах Особливої частини КК, як-то методика розслідування шахрайства, крадіжок та ін. Цей рівень є найбільш усталеним, традиційним, за яким і раніше формувалась система окремих криміналістичних методик розслідування, оскільки він базується на кримінально-правовій класифікації злочинів);

3) підвидові криміналістичні методики розслідування (підвиди чи різновиди, виділені з-поміж злочинів одного виду за криміналістично значущими ознаками; приміром, до такого виду злочинів, як умисне вбивство, виділяють такі підвидові методики (мікрометодики), як методика розслідування вбивств з розчленуванням, на замовлення, учинених у ході протистояння організованих злочинних груп, на релігійному підґрунті та ін. У цьому сенсі криміналістична класифікація є більш диференційованим утворенням, аніж кримінально-правова, що наближає її до запитів практики);

4) родові криміналістичні методики розслідування (групи злочинів, об’єднаних за ознакою родового об’єкта в одному розділі Особливої частини КК й на підставі криміналістично значущих ознак, притаманних декільком видам, наприклад, методика розслідування злочинів: а) проти довкілля; б) проти статевої свободи та статевої недоторканості особи; в) при наданні медичної допомоги тощо);

5) міжродові криміналістичні методики розслідування (групи злочинів, диференційованих відповідно до групування їх у різних розділах Особливої частини КК й на підставі криміналістично значущих ознак, притаманних декільком видам, наприклад, методика розслідування злочинів, учинених неповнолітніми, організованими злочинними угрупованнями, у сфері підприємницької діяльності тощо, де об'єднуючою криміналістичною класифікаційною ознакою виступають особа злочинця, сфера реалізації його злочинного наміру тощо);

6) комплексні криміналістичні методики розслідування злочинів, у яких відображені рекомендації з розслідування комплексів взаємопов'язаних злочинних дій, об'єднаних на підставі одночасного врахування кримінально-правових й криміналістичних критеріїв класифікації злочинів. Спільність цих злочинних проявів обумовлена тим, що на практиці вони вчиняються в реальних та ідеальних сукупностях. При цьому вони охоплюються єдиним умислом організаторів, підбурювачів, пособників і виконавців, спільною метою й мотивами, загальним механізмом реалізації злочинного задуму тощо. Ідеться про єдиний ланцюг злочинної поведінки, зокрема, про так звану технологію злочинного збагачення, наприклад, коли розслідування предикатного (основного) злочину поєднано з розслідуванням спорідненої з ним легалізації, яка в даному випадку є останньою ланкою в такого роду злочинній діяльності. Розслідування подібних комплексів злочинних дій зумовлює специфіку висунення й перевірки слідчих версій, здійснення планування, тактику провадження окремих гласних та негласних слідчих (розшукових) дій, особливості проведення тактичних операцій та ін.

Отже, до найбільш істотних ознак такої категорії як окрема криміналістична методика, що мають знайти своє відбиття у її визначенні, можна віднести такі:

1) окрема криміналістична методика – це науково абстрактна категорія, що являє собою інформаційну модель пізнавальної спрямованості, в якій відбиваються типові відомості про злочин, процес його розслідування та судовий розгляд. Пізнавальна цінність цієї моделі полягає в тому, що слідчій (суддя) можуть звертатися до неї як своєрідного орієнтиру з метою раціональної організації процесу розслідування та судового розгляду;

2) основу змісту окремої криміналістичної методики становлять комплекси упорядкованих методів, прийомів, засобів та рекомендацій типізованого характеру, які знаходять своє відбиття в таких рівнях їх упорядкування як базова, видові, підвидові, родові, міжродові та комплексні методики;

3) відомості в криміналістичній методиці можуть бути викладені в описовій та формалізованій формі у вигляді відповідних програм розслідування, судового розгляду кримінальних проваджень або алгоритмічних схемах дій слідчого (судді);

4) кінцевою метою методики розслідування злочинів слід визнати виявлення, збирання, оцінка та використання доказів на досудовому розслідуванні, а метою криміналістичних методик судового розгляду є організація оптимальної процедури дослідження доказів, наданих сторонами обвинувачення та захисту;

5) сферами реалізації криміналістичних методик є досудове розслідування і судовий розгляд кримінальних проваджень різної категорії.

Таким чином, окрема криміналістична методика – це інформаційно-пізнавальна модель, в якій відображено комплекси методів, засобів, прийомів та рекомендацій типізованого характеру, викладених у описовій або формалізованій формі щодо раціональної організації процесу збирання, оцінки і використання доказової інформації стосовно специфіки вчинення і розслідування різних злочинних виявів та судового розгляду кримінальних проваджень.

Список використаних джерел

1. **Бахін В. П.** Криміналістика: курс лекцій (ч. 1) / В. П. Бахін, І. В. Гора, П. В. Цимбал. – Ірпінь: Акад. ДПС України, 2002. – 356 с.
2. **Белкин Р. С.** Криминалистическая энциклопедия / Р. С. Белкин. – М.: Мегатрон ХХІ, 2000. – 2-е изд. доп. – 334 с.
3. **Бахин В. П.** Криминалистическая методика: лекция / В. П. Бахин. – К., 1999. – 35 с.
4. **Возгрин И. А.** Введение в криминалистику: История, основы теории, библиография / И. А. Возгрин. – СПб. Юрид. центр Пресс, 2003. – 475 с.
5. **Шмонин А. В.** Методика расследования преступлений: учеб. пособие / А. В. Шмонин. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2006. – 464 с.
6. **Образцов В. А.** Общие положения криминалистической методики расследования / В. А. Образцов // Криминалистика / под ред. В. А. Образцова. – М., 1995. – 495 с.

7. **Щур Б. В.** Теоретичні основи формування та застосування криміналістичних методик: монографія / Б. В. Щур. – Х.: Харків юридичний, 2010. – 320 с.
8. **Ароцкер Л. Е.** Основные вопросы тактики и методики судебного разбирательства / Л. Е. Ароцкер // Настольная книга судьи (рассмотрение уголовных дел в суде первой инстанции) / ред. коллегия: А. Ф. Горкин, В. В. Куликов, Н. В. Радутная, И. Д. Перлов. – М.: Юрид. лит., 1972. – С. 167–171.
9. **Гавло В. К.** Общие положения криминалистической методики расследования отдельных видов преступлений / В. К. Гавло // Криминалистика: учебник / под ред. Е. П. Ищенко. – М.: Изд-во “Элит”, 2008. – С. 416–427.
10. **Когутич І. І.** Теоретичні основи використання криміналістичних знань під час розгляду кримінальних справ у суді: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук: спец. 12.00.09 – “Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність” / І. І. Когутич. – К., 2010. – 37 с.
11. **Кисленко С. Л.** Судебное следствие: состояние и перспективы / С. Л. Кисленко, В. И. Комиссаров. – М.: Юрлитинформ, 2003. – 176 с.
12. **Образцов В. А.** К вопросу о методике раскрытия преступлений / В. А. Образцов // Вопросы борьбы с преступностью. – М.: Юрид. лит., 1977. – Вып. 27. – С. 102–109.
13. **Криминалистика** / под ред. В. А. Образцова. – М.: Юристь, 1995. – 592 с.
14. **Образцов В. А.** Криминалистическая классификация преступлений / В. А. Образцов. – Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1988. – 176 с.
15. **Возгрин И. А.** Криминалистические методики расследования преступлений / И. А. Возгрин // Курс криминалистики: в 3 т. Т. 2. Криминалистическая методика: методика расследования преступлений против личности, общественной безопасности и общественного порядка / под ред. О. Н. Коршуновой и А. А. Степанова. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 69–75.
16. **Чурилов С. Н.** Криминалистическая методика: история и современность / С. Н. Чурилов. – М.: Изд. -книготорг. центр “Маркетинг”, 2002. – 370 с.
17. **Любичев С. Г.** Общеетеоретические положения криминалистической методики / С. Г. Любичев // Криминалистика: учебник / под ред. Е. П. Ищенко. – М.: Юристь, 2000. – С. 440–452.
18. **Криминалистика: учебник** / отв. ред. Н. П. Яблоков. – М.: Юристь, 2001. – 718 с.
19. **Субботина М. В.** Общие положения методики расследования преступлений / М. В. Субботина // Криминалистика: учебник / под ред. А. П. Резвана, М. В. Субботиной, Н. Ф. Колосова, Р. И. Могутина. – М.: ЦОКР МВД России, 2006. – С. 236 – 245.
20. **Степанюк Р. Л.** Теоретичні засади методики розслідування злочинів, вчинених у бюджетній сфері України: автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.09 / Р. Л. Степанюк. – Х., 2012. – 40 с.
21. **Гармаев Ю. П.** К проблеме классификации методик расследования преступлений / Ю. П. Гармаев // Тезисы Всероссийских криминалистических чтений, посвященных 100-летию со дня рождения проф. А. Н. Васильева, Москва, 16 апреля 2002 г. – М.: МАКС Пресс, 2002. – С. 62–67.

22. **Гармаев Ю. П.** Проблемы создания криминалистических методик расследования преступлений: теория и практика / Ю. П. Гармаев, А. Ф. Лубин. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2006. – 303 с.
23. **Косарев С. Ю.** История и теория криминалистических методик расследования преступлений / С. Ю. Косарев / под ред. В. И. Рохлина. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2008. – 495 с.
24. **Шмонин А. В.** Методология криминалистической методики: монография / А. В. Шмонин. – М.: Юрлитинформ, 2010. – 416 с.
25. **Журавель В. А.** Проблема формування базової методики розслідування злочинів / В. А. Журавель // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х.: Право, 2008. – № 1 (52). – С. 231–242.
26. **Веліканов С. В.** Родові, видові, підвидові, комплексні та модифікуючі методики розслідування злочинів / С. В. Веліканов // Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. праць / редкол.: В. І. Борисов та ін. – Х.: Право, 2009. – Вип. 18. – С. 203–218.

Анотація

Розглянуті сучасні наукові підходи до визначення поняття окремої криміналістичної методики, з'ясування її мети, завдань, принципів формування, сфери реалізації, форм викладення рекомендаційного матеріалу, а також здійснення класифікації окремих криміналістичних методик розслідування злочинів. Запропоновано авторське визначення розглядуваної криміналістичної категорії, висловлені пропозиції щодо здійснення поділу криміналістичних методик за ступенем узагальнення, рівнем конкретизації окремих методичних рекомендацій.

Annotation

The modern scientific approaches to the definition of a particular forensic techniques clarify its goals, objectives, principles of formation, the scope of implementation, forms a reference material presentation and classification of certain forensic techniques crime investigation. The author determination examining forensic category are the proposals as to the division of forensic techniques in the degree of generalization, the level of detail specific guidelines.

Шепітько В. Ю.

д. ю. н., професор,

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
завідувач кафедри криміналістики, академік Національної академії
правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України*

ТРАНСФОРМАЦІЇ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ТА ДЕЯКІ ТЕНДЕНЦІЇ КРИМІНАЛІСТИКИ В СУЧАСНИХ УМОВАХ

Ключові слова: *кримінальний процесуальний кодекс, досудове слідство, тенденції криміналістики, засоби криміналістики, слідча дія.*

Keywords: *Criminal Procedure Code, investigation, trends criminology, forensic tools, investigative action.*

Сучасний етап розвитку державності в Україні характеризується прагненням до стандартів європейської спільноти, впровадження демократичних інституцій, удосконалення чинного законодавства. Протягом понад двадцять років національна юридична система знаходиться у стані перманентного реформування. Суттєві зміни відбуваються і в кримінально-процесуальному законодавстві, здійснюється реконструювання процесуальної форми, а також уже відбулося прийняття Кримінального процесуального кодексу України (2012 р.).

Кардинальні зміни спрямовані на впровадження реальних змагальних засад до кримінального судочинства, побудову нової моделі кримінального процесу. Реформування стосуються, безумовно, й органів досудового розслідування, а також тих засобів, прийомів та методів, що ними використовуються.

Активізація наукових дискусій з проблем реформування судових та правоохоронних органів зумовлена прийняттям нового КПК України. Аналіз пропонованих змін свідчить про відсутність стра-

тегічної концепції їхнього реформування, запозичення положень з різних процесуально-правових систем та створення на цій підставі достатньо спірного “конгломерату норм”. Прослідковується негативна тенденція щодо змінення реальних повноважень та компетенції слідчого, надання йому невласних функцій. Новим КПК України передбачено можливість проведення негласних слідчих (розшукових) дій, перенесення деяких аспектів слідчої діяльності до судової сфери, позбавлення слідчого можливостей самостійно здійснювати збирання і формування доказової бази у справі; встановлюється розподілення досудового розслідування на процеси розслідування злочинів і кримінальних проступків.

Криміналістика виконує, у певному сенсі, забезпечувальну функцію кримінального процесу. Реалізація кримінально-процесуальних норм здійснюється завдяки використанню криміналістичних засобів у різних ситуаціях. Найбільш ефективне проведення слідчих дій залежить від того, що відноситься до них, яка їх система. Від установлених в законі слідчих дій залежать засоби криміналістики: криміналістичні прийоми, їх системи, типові тактичні операції. Зокрема, в КПК України фактично “втрачені” деякі традиційні слідчі дії: очна ставка, перевірка показань на місці, виїмка, призначення експертизи. Але до КПК України внесено значну кількість негласних слідчих (розшукових) дій. Разом з тим, який їх реальний механізм реалізації та за допомогою яких криміналістичних засобів вони будуть здійснюватися – на сьогодні залишається невирішеним.

Трансформація процесуальної форми впливає на подальші перспективи розвитку криміналістики, можливості розроблення наукових криміналістичних рекомендацій. Процесуальні приписи і криміналістичні рекомендації взаємозумовлені. Кримінальний процес визначає межі застосування тактичних прийомів, науково-технічних засобів, інформаційних технологій (ІТ), методичних рекомендацій, встановлює порядок проведення слідчих та судових дій тощо [15, 13]. Р. С. Белкін зазначає, що встановлюючи процесуальну процедуру слідчих і судових дій, кримінально-процесуальний закон не може відповісти на питання, відповідь на яке цілком залежить від ситуації, що формується: як, в який спосіб, за допомогою яких засобів та методів має бути проведена слідча дія у даних

умовах. Цю відповідь надає криміналістика, пропонуючи слідчому, дізнавачу та суду арсенал засобів, прийомів, способів провадження слідчих дій, наповнюючи, таким чином, процесуальну форму реальним дієвим змістом [6, 23,24].

Пропозиції різного роду процесуальних приписів повинні узгоджуватися з майбутньою ефективною діяльністю відповідних суб'єктів, які мають сприяти (або не перешкоджати) економії процесуальних засобів, відповідати положенням наукової організації праці. Зміни в кримінально-процесуальному законі кінцевою своєю метою передбачають покращення якості діяльності відповідних суб'єктів-правозастосувачів. Справедливим є висловлювання О. Я. Баєва, який підкреслює, що “закон достатньо стабільний і піддається змінам для покращення своєї якості лише у тих випадках, коли внаслідок узагальнення репрезентативного масиву кримінальних справ, а також аналізу думок компетентних експертів стає вочевидь необхідність таких змін” [3, 24].

Взаємопроникнення норм кримінально-процесуального права та засобів криміналістики достатньо чітко відображається в слідчій практиці. В. І. Комісаров зазначає, що криміналістика аналізує закон, але не в цілях розроблення рекомендацій з його удосконалення (хоча в окремих випадках такі рекомендації можуть обґрунтовуватися з позиції криміналістики), а в цілях з'ясування сутності, спрямованості закону, щоб своїми засобами, прийомами, методами сприяти більш ефективній його реалізації. Без механізму реалізації норм КПК закон бездіє [12, 15].

В кримінально-процесуальній літературі, особливо останнім часом, звертається увага на необхідність подальшого удосконалення процедури судового контролю під час досудового розслідування [11, 179]. При цьому достатньо нагадати, що необґрунтоване внесення змін до кримінально-процесуального законодавства впливає на можливість використання тактичного арсеналу слідчого, обмежує його вільний вибір або призводить до свавілля. Зокрема, передчасне введення так званого інституту “судового контролю”, суттєво обмежило слідчу діяльність і вплинуло на процесуальну самостійність слідчого.

Прагнення перебудувати усю слідчу діяльність передбачає одержання відповідей на такі запитання: хто є суб'єктом цієї діяльності, які органи можуть її здійснювати, які засоби можна задіювати та на

якому етапі? Слідча діяльність за своєю природою є пізнавальною. В процесі такої діяльності вирішуються розумові завдання, що сприяють оперативному одержанню інформації про злочин і злочинця. Питання про реальну самостійність слідчого набуває все більшого значення у зв'язку із збільшенням кількості відомств, в яких існують слідчі апарати [9, 108]. Тому кримінально-процесуальне законодавство має бути оптимальним, спрямованим на встановлення такого порядку, який дозволить об'єктивно і своєчасно зібрати інформацію, встановити винуватих осіб, відновити справедливість. Перетворення кримінально-процесуального порядку не повинно бути хаотичним, необхідно враховувати мету слідчої діяльності, її функції та засоби здійснення, а також кінцевий результат.

У зв'язку з демократизацією кримінального процесу, прагненням впровадити змагальний процес до стадії досудового провадження пропонується переглянути функціональне призначення слідчого та обмежити його лише обвинувальною функцією, створити формулу “слідчий – обвинувач”, тобто він виконує діяльність сторони обвинувачення. Дана позиція прослідковується й у КПК України (2012 р.). Відповідно до Глави 3 КПК України слідчого органу досудового розслідування (ст. 40) вже віднесено до сторони обвинувачення.

У змагальному процесі важливим є розмежування функцій учасників на: функції обвинувачення, захисту та вирішення справи за сутністю. На досудовому слідстві таку схему або конструкцію важко визнати ідеальною. Доцільно відзначити існування й такої функції, як *функція розслідування злочинів*. В іншому випадку слідчі завжди будуть виявляти обвинувальний ухил. З другого боку, складно уявити рівність сторін на досудовій стадії провадження по справі. Виходить, що у такому випадку слідчий буде збирати лише докази обвинувачення, а захисник докази захисту – шляхом так званого “паралельного розслідування”. А. Р. Белкін ставить питання: “Чи можуть взагалі на досудових етапах руху кримінальної справи бути забезпечені рівність і змагальність сторін?”. І далі зазначає, що без радикального змінення існуючої моделі досудового слідства “рівність і змагальність сторін на цих етапах кримінальної справи – фактично лише юридичні фікції” [7, 39].

Дискусійною на теперішній час залишається проблема визначення мети та кінцевого результату розслідування, прагнення до

встановлення істини по справі. Існують позиції, які заперечують можливість встановлення об'єктивної істини в кримінальному судочинстві або пропонують замінити її іншою категорією – істина формальна (процесуальна, судова, слідча) [13, 22, 23].

Справедливість розслідування не може бути забезпечена без встановлення (доказування) фактів, що відображають об'єктивні обставини події, які є предметом розслідування. Пошук істини є антиподом так званого “обвинувального ухилу” [14, 357]. В. С. Бурданова зазначає, що об'єктивна істина визнається встановленою, коли доказывается повна відповідність між тим, що передбачалося (моделювалося), і тим, що встановлено, не залишаючи при цьому ніяких сумнівів [8, 15].

Виключення істини з цілей кримінального процесу, безумовно, вплине й на сутність науки криміналістики. Мова йде про те, які закономірності тоді буде вивчати криміналістика? У літературних джерелах висловлюється думка про те, що криміналістика виникла і розвивається як наука, що сприяє своїми положеннями діяльності правозастосовних органів щодо встановлення істини в судочинстві, відправлення правосуддя і запобігання злочинам. Відповідно до цього криміналістика вивчає саме ті закономірності дійсності, які виявляються в галузі діяльності дізнавача, слідчого, суду, експерта-криміналіста *зі встановлення істини* (курсив В. Ш., Б. Щ.) в судочинстві [1, 148].

Засоби криміналістики можуть бути використані різними суб'єктами кримінально-процесуальної діяльності. Так, розподіл функцій в кримінально-процесуальній галузі передбачає правомірним постановку питання про “тактику прокурорської діяльності”, “тактику суду (судді)”, “тактику захисту”. У сучасних умовах недостатньо дослідженою в теоретичному плані виступає судова тактика, тактичні особливості судового слідства, тактичні прийоми проведення судових дій (перехресного допиту, очної ставки в суді, пред'явлення для впізнання та ін.).

Викликає заперечення підхід тих учених-криміналістів, які вважають, що криміналістична тактика повинна забезпечувати своїми засобами лише сторону обвинувачення. Так, В. Д. Зеленський підкреслює, що дослідження тактики захисту кримінальних справ – це не криміналістика [10, 201]. Т. В. Авер'янова зазначає, що захист обвинуваченого (підозрюваного) – об'єкт іншої науки... [2, 72, 73].

Більш того, помилковою уявляється позиція про віднесення захисника (адвоката) до “суб’єктів протидії слідству”.

Захист повинен здійснюватися в межах закону та професійної етики. Тактика професійного захисту кримінальних справ має розглядатися як підсистема криміналістичної тактики [4, 7, 8]. У цьому аспекті М. О. Баєв справедливо вказує, що істина в кримінальному судочинстві досягається в результаті розроблення проблем, що складають її предмет, не однією, а обома сторонами – і обвинуваченням, і захистом – шляхом кримінально-процесуального дослідження злочину, а потім презюмується вироком, що набув законної сили [5, 9].

Таким чином, зв’язок норм кримінально-процесуального закону і засобів криміналістики є двостороннім. Необґрунтовані зміни процесуального порядку негативно впливають на реалізацію засобів, прийомів та методів криміналістики. Впровадження реальних засад змагального кримінального процесу передбачає – своєчасне розроблення та належне забезпечення науково обґрунтованими технічними, тактичними і методико-криміналістичними засобами його суб’єктів.

Список використаних джерел

1. **Архипова И. А.** О предмете криминалистики / И. А. Архипова, Р. С. Белкин // Ученые-криминалисты и их роль в совершенствовании научных основ уголовного судопроизводства: Матер. вузов. юбил. науч.-практ. конф. (к 85-летию со дня рождения Р. С. Белкина): в 2-х ч. – Ч. 1. – М.: Акад. управления МВД России, 2007. – С. 148.
2. **Аверьянова Т. В.** О тактике защиты и социально-психологической характеристике / Т. В. Аверьянова // Актуальні проблеми криміналістики: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Харків 25–26 вересня 2003 р.) – Х.: Гриф, 2003. – С. 71–73.
3. **Баев О. Я.** Уголовно-процессуальное исследование преступлений: система и ее качество / О. Я. Баев. – М.: Изд-во “Юрлитинформ”, 2007. – 194 с.
4. **Баев М. О.** Тактические основы деятельности адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве России (теория и практика): Автореф... дис. д-ра юрид. наук / М. О. Баев. – Воронеж, 2005. – 19 с.
5. **Баев М. О.** Тактические основы деятельности адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве / М. О. Баев. – Воронеж: Воронеж. гос. ун-т, 2004. – 220 с.
6. **Белкин Р. С.** Уголовный процесс. Криминалистика. Судебная экспертиза / Р. С. Белкин // Ученые-криминалисты и их роль в совершенствовании научных основ уголовного судопроизводства: Матер. вузов. юбил. науч.-практ. конф. (к 85-летию со дня рождения Р. С. Белкина): в 2-х ч. Ч. 1. – М.: Акад. управления МВД России, 2007. – С. 23–26.

7. **Белкин А. Р.** УПК РФ: конструктивная критика и возможные улучшения. Часть 1: Общие положения и принципы уголовного судопроизводства / А. Р. Белкин. – [Изд. 2-е, доп.]. – М.: МГУПИ, 2010. – 59 с.
8. **Бурданова В. С.** Поиски истины в уголовном процессе / В. С. Бурданова. – СПб.: Изд-во “Юридический центр Пресс”, 2003. – 262 с.
9. **Зеленский В. Д.** О некоторых вопросах уголовно-процессуального закона, влияющих на организацию расследования / В. Д. Зеленский // Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации – проблемы практической реализации: Матер. Всероссийской науч.-практ. конф. (г. Сочи, 11–12 октября 2002 г.). – Краснодар: Изд-во Кубанского ун-та, 2002. – С. 107–110.
10. **Зеленский В. Д.** О защитнике как субъекте противодействия / В. Д. Зеленский // Расследование и противодействие ему в состязательном уголовном судопроизводстве: процессуальные и криминалистические вопросы: Сб. науч. трудов. – М.: Акад. управления МВД России, 2007. – С. 201–206.
11. **Капліна О. В.** Проблеми реформування судових і правоохоронних органів України та створення належного механізму їх функціонування / О. В. Капліна // Реформування судових і правоохоронних органів України: проблеми та перспективи: Матеріали наук.-практ. конф. 14 травня 2010 р. / ред. колегія: В. В. Сташиш (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Одиссей, 2010. – С. 177–179.
12. **Комиссаров В. И.** Криминалистическая тактика: история, современное состояние и перспективы развития / В. И. Комиссаров. – М.: “Юрлитинформ”, 2009. – 192 с.
13. **Печников Г. А.** Проблемы истины на предварительном следствии. – Волгоград: Волгогр. акад. МВД России, 2001. – 214 с.
14. **Трухачев В. В.** Объективное и полное исследование обстоятельств дела как принцип уголовного судопроизводства / В. В. Трухачев, В. Е. Федорин // Юридические записки. – Вып. 18: Современный этап развития российского государства: на пути к “сильному” или правовому государству. – Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2005. – С. 354–366.
15. **Шепітько В. Ю.** Криміналістика: курс лекцій / [В. Ю. Шепітько, В. Коновалова, В. А. Журавель та ін.]; за заг. ред. Шепітька В. Ю. – [3-є вид.]. – Х.: Одиссей, 2009. – 368 с.

Анотація

Звернено увагу на новели кримінального процесуального законодавства та деякі тенденції реформування органів досудового розслідування в сучасних умовах. Встановлено взаємозв'язки між процесуальною формою та криміналістичними засобами. Підкреслено важливість виокремлення функції розслідування злочинів.

Annotation

Attention is paid to the stories of criminal procedure law reform trends and some of the preliminary investigation in the present conditions. Established relationship between procedural form and forensic tools. Emphasized the importance of distinguishing features of crime investigation.

Щур Б. В.

д. ю. н., професор,

Львівська комерційна академія,

завідувач кафедри кримінального права та процесу

СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ МЕТОДИКИ

Ключові слова: *криміналістична методика, розслідування злочинів, тенденції криміналістичної методики, вид злочину, окрема криміналістична методика.*

Keywords: *criminalistics methods, investigation of crimes, tendency of criminalistics methods, type of crime, separate criminalistics methods.*

Постановка проблеми. У спеціальних літературних джерелах зазначається, що криміналістична методика розвивається й удосконалюється за законами, які є загальними для всього криміналістичного знання, але разом із тим у завершальному розділі криміналістики вони набувають особливого значення. При цьому вчені-криміналісти й називають такі закони: закон зв'язку і наступності поміж існуючими і виникаючими криміналістичними методичними концепціями; закон активного творчого пристосування досягнень інших наук до криміналістичної методики розслідування злочинів; закон обумовленості розвитку криміналістичної методики розслідування злочинів потребами слідчої практики; закон інтеграції і диференціації криміналістичного методичного наукового знання; закон прискорення темпів розвитку криміналістичної методики розслідування злочинів на підставі науково-технічного прогресу [2, 41–44].

На теперішній час наукові розроблення з криміналістичної методики здійснюються за кількома напрямками: 1) подальше формування методологічних засад криміналістичної методики –

її загальних положень (концептуальних підходів, принципів, функцій, структури тощо); 2) створення окремих криміналістичних методик (відносно категорій, видів, підвидів злочинів та ін.); 3) розроблення криміналістичних методик щодо різних видів діяльності: слідчої, судової, прокурорської, адвокатської; 4) пропонування окремих засобів криміналістичної методики – методичних рекомендацій, методів, приймів, технологій тощо.

Підтвердженням цьому є міркування й інших вчених-криміналістів. О. Я. Баєв зазначає, що розвиток криміналістичної методики – завершального розділу науки криміналістики, що акумулює в собі за суттю всі досягнення попередніх її розділів, що “пристосовують” їх до потреб судового дослідження окремих видів та категорій злочинів, відбувається у таких напрямках: 1)поглиблене, на сучасному рівні розвитку науки, вивчення теорії криміналістичної методики, сутності наукових та методичних засад судового дослідження (переважно розслідування) окремих видів і категорій злочинів; 2)створення “працевдатних” криміналістичних характеристик окремих видів та різновидів злочинів. Тут вельми цікавим у науковому і, безперечно, значущими у практичному відношенні уявляються дослідження щодо створення узагальнених криміналістичних портретів (їх ще йменують в літературі “психологічними профілями”) осіб, що вчиняють злочини окремих видів, переважно “серійних” злочинців; 3) найактуальнішим напрямом розвитку цього розділу науки криміналістики є адаптація окремих вже розроблених окремих методик до реалій сучасної дійсності, що викликають як модифікації способів учинення вже відомих злочинів (вбивств, шахрайств тощо), так і виникнення деліктів, які раніше не визнавалися злочинами, таких, зокрема, як захоплення заручників, незаконне позбавлення волі, злочини у сфері комп’ютерної інформації тощо. Особливу увагу криміналістів на теперішній час по праву викликають проблеми криміналістичного забезпечення розслідування серійних і замовлених злочинів, а також злочинів, що вчиняються групами, у тому числі організованими [1, 85–86].

Мета. Метою даного дослідження є звернення до проблеми криміналістичної методики з огляду на сучасний стан та перспектив розвитку. Для досягнення мети автор поставив такі завдання: висвітлити місце криміналістичної методики в структурі криміна-

лістики та встановити тенденції розвитку криміналістичної методики. Також автор ставить завдання довести, що криміналістична методика є певним поєднання рекомендацій криміналістичної техніки та тактики щодо своєрідності окремих видів злочинів (через це виявляється її прагматична роль). Для вирішення вказаних завдань та досягнення поставленої мети автор здійснює огляд криміналістичної літератури і робить власні висновки.

Виклад основного матеріалу. На активний розвиток криміналістичної методики звертає увагу А. В. Шмонін. Він зазначає, що є підстави вважати, що на теперішній час розпочався новий етап розвитку криміналістичної методики як завершального розділу криміналістики. На сучасному етапі вона піднялася на нову висоту, отримуючи можливість пояснити вибірковість в діяльності з розслідування злочинів та його детермінацію не просто “зовнішніми причинами” (слідами злочину) або “внутрішніми підставами” (досвідом, знаннями, навчання, навички тощо), а й тією системною єдністю, яку породжує при взаємодії суб’єкт та об’єкт пізнання. Прояв даної тенденції, вочевидь, слід пов’язувати з появою криміналістичної ситуалогії (М. П. Яблоков, Т. С. Волчецька та ін.) і криміналістичної технології (В. О. Образцов, А. В. Шмонін та ін.) [12, 377]. На думку А. В. Шмоніна це є не випадковим. Саме ситуаційний та технологічний підходи у своїй єдності є основоположним та центральним під час визначення предмета криміналістичної методики [12, 377].

Цікавими є підходи тих учених-криміналістів, які намагаються визначити певні напрями удосконалення криміналістичних методик. Зокрема, Є. П. Іщенко та А. О. Топорков зазначають, що формування окремих криміналістичних методик здійснюється в останні роки за двома головними напрямками: 1) удосконалення існуючих і розроблення нових методик. До останніх відносяться такі, які пов’язані з появою нових складів злочинів, що посягають, наприклад, на охоронювані інформаційні відносини, економічну безпеку, екологію та ін. Доопрацювання існуючих методик може бути викликана появою нових способів учинення і приховування злочинів, наприклад із застосуванням комп’ютерних мереж, із зміною контингенту суб’єктів злочинних посягань (виникнення організованих груп, співтовариств); 2) розроблення окремометодичних рекомен-

дацій високого ступеню спільності, що охоплює декілька видів і навіть родів злочинів, але вчинюваних в специфічних умовах місця та часу або особами, які мають певну ознаку [7, 483, 484]. Аналогічну позицію щодо формування окремих криміналістичних методик за двома напрямками висловлює й О. Р. Россинська [10, 238].

На думку В. А. Журавля, удосконалення криміналістичних методик повинно здійснюватися на підставі узагальнення та теоретичного пояснення накопиченого емпіричного матеріалу і пізнання наукових фактів, що належать як до сфери вчинення злочинів, так і до сфери їх розкриття, розслідування та попередження. Виходячи зі сказаного, перед науковцями постають такі завдання: уніфікувати сучасні погляди на мету, завдання, структуру, зміст криміналістичних методик на основі запровадження універсальної, базової моделі; модернізувати існуючі і розробити нові методичні рекомендації з розслідування тих чи інших категорій злочинів за рахунок більш широкого застосування криміналістичної класифікації злочинів, криміналістичної їх характеристики, типових слідчих ситуацій та версій; викласти відповідні методичні рекомендації у найбільш доступній для сприйняття формі, у тому числі й у вигляді певних програм та алгоритмічних схем, котрі реалізуються на базі сучасних комп'ютерних технологій [6, 43]. При цьому В. А. Журавель підкреслює, що перед ученими-криміналістами постають такі завдання: уніфікувати сучасні погляди на предмет криміналістичної методики, сферу реалізації, структуру як розділу криміналістики; розробити принципи формування криміналістичних методик судового розгляду кримінальних справ різних категорій злочинів, їх мету, завдання, структуру, зміст, визначити суб'єктів реалізації; модернізувати існуючі та розробити нові методичні рекомендації з розгляду тих чи інших видів злочинів за рахунок впровадження універсальної, базової моделі розслідування, більш широкого використання криміналістичної класифікації та характеристики злочинів, типових слідчих ситуацій і версій, а також різних підходів до формування самих криміналістичних методик, виходячи з їхніх класифікаційних рівнів; викласти відповідні методичні рекомендації в найбільш доступній для сприйняття формі, у тому числі й у вигляді певних програм розслідування та алгоритмічних схем дій

слідчого у тих чи інших ситуаціях, реалізація яких може здійснюватися на основі сучасних комп'ютерних технологій [5, 293].

Слушні міркування щодо перспективних напрямів розвитку методик розслідування висловлює Н. Н. Давидова і вважає, що такими є: 1) удосконалення існуючих методик розслідування окремих видів злочинів; 2) створення нових методик розслідування окремих видів злочинів із урахуванням відповідних закономірностей, принципів та вимог, що застосовуються для побудови цих методик (єдина структура, побудова методик розслідування на результатах вивчення та узагальнення практики, з урахуванням можливих слідчих ситуацій тощо); у межах даного перспективного напрямку можна виокремити розвиток нетрадиційних методик, структура яких не відповідає типовій структурі, розвиток комбінованих методик, а також розроблення методик розслідування класів злочинів (у галузі економічної діяльності: вчинених неповнолітніми, екологічних злочинів та ін.); 3) комплексування існуючих методик розслідування окремих видів злочинів залежно від слідчих ситуацій та за елементами криміналістичної характеристики злочинів; 4) використання положень розроблених криміналістичних методик розслідування злочинів в теорії адміністративно-процесуальної діяльності, в оперативно-розшукових методиках; 5) алгоритмізація методик розслідування окремих видів злочинів з використанням електронно-обчислювальної техніки [4, 104–105]. На нашу думку, виокремленні тенденції є справедливими. Це стосується й формування окремих криміналістичних методик, й використання таких розробок в інших правових галузях, й алгоритмізації щодо застосування та реалізації криміналістичних методик.

Важливою тенденцією криміналістичної методики є розроблення систем методичних рекомендацій для оптимізації діяльності органів досудового розслідування. Настав час адаптування окремих криміналістичних методик до вимог слідчої практики, переходу від описового характеру цих методик – до робочих програм. Мова йде про те, що методичні рекомендації мають бути “доступними для сприйняття” слідчим, тобто вони повинні бути адресовані представникам органів досудового розслідування [11, 835]. Дане питання може бути вирішене шляхом здійснення програмування розслідування, запровадженням дієвих комп'ютерних програм.

Своєрідною тенденцією розвитку криміналістичної методики є розширення її меж. Криміналістичні методики розроблюються не тільки щодо розслідування певних видів (груп) злочинів, а й в інших сферах пізнавальної діяльності (судовій, прокурорській, адвокатській). Зокрема, І. І. Когутич пише, що різноманіття шляхів вирішення питання про поняття криміналістичної методики можна і треба пояснювати тим, що останніми роками науковці пов'язують зміни у предметі криміналістичної методики (як і криміналістичної техніки і тактики) з необхідністю дослідження та розробки прийомів і методів не тільки досудового розслідування, а й для дослідчої діяльності, врегульованої ст. 97 КПК України, а також для судового розгляду кримінальних справ [9, 243]. Автор підкреслює, що “невже тільки стадією досудового розслідування обмежується сфера реалізації своєї функції криміналістичною методикою? Якщо кримінальна справа з затвердженим прокурором обвинувальним висновком передана до суду, то невже не виникає необхідності у використанні судом криміналістичних методик судового розгляду відповідних категорій кримінальних справ, адаптованих саме для ситуацій, що можуть виникати на цій стадії кримінального судочинства. [9, 247]. Аналогічної позиції дотримуються й деякі інші вчені-криміналісти. Так, В. К. Гавло вказує, що відповідь, як видається, повинна бути однозначна: предметом криміналістичної методики виступає пізнання закономірностей застосування методики і в процесі судового розгляду, а, отже, сфера долучення її наукового потенціалу розповсюджується й на судове слідство у формі оптимально розробленої методики щодо його проведення [3, 460].

В юридичній літературі приділялася певна увага визначенню динаміки підготовки дисертаційних робіт з криміналістики, у тому числі й з криміналістичної методики. Так, А. В. Іщенко спеціально дослідив тематичну спрямованість дисертаційних досліджень проблем методики розслідування окремих видів злочинів. За його результатами, найбільша активність у розробленні зазначеної проблематики припадає на вісімдесяті роки ХХ ст., коли було захищено більше 50% кандидатських дисертацій. Пошуки науковців у цій розгалуженій проблематиці зосереджуються на таких напрямках: а) загальні питання методики розслідування розкрадань; б) специфіка розслідування розкрадань у конкретних галузях виробництва;

в) особливості розслідування розкрадань залежно від способу їх вчинення. Головна увага вчених-криміналістів зосереджена на висвітленні специфіки методики розслідування у певних галузях виробництва. Цим питанням присвячено 65,7% робіт. Наступним за інтенсивністю досліджень напрямом роботи вчених-криміналістів є розробка проблем методики розслідування злочинів проти громадської безпеки, громадського порядку та народного здоров'я. Дисертації цієї спрямованості становлять 11% від загальної кількості з проблем методики розслідування [8, 258–264].

Науковий аналіз проведених досліджень дозволяє стверджувати, що останнім часом незначна кількість дисертаційних досліджень присвячувалась проблемам формування методологічних засад криміналістичної методики. Більшість дисертаційних праць була присвячена розробленню окремих криміналістичних методик¹.

Висновки. Дослідження сучасного стану та перспектив розвитку криміналістичної методики дозволили встановити місце криміналістичної методики в структурі криміналістики, а також – тенденції розвитку криміналістичної методики, серед яких можна виокремити: формування окремих криміналістичних методик, використання таких розробок в інших правових галузях, алгоритмізації щодо застосування та реалізації криміналістичних методик. Важливою тенденцією криміналістичної методики є розроблення систем методичних рекомендацій для оптимізації діяльності органів досудового розслідування. Своєрідною тенденцією розвитку криміналістичної методики є розширення її меж. Так само важливим є те, що криміналістичні методики розроблюються не тільки щодо розслідування певних видів (груп) злочинів, а й в інших сферах пізнавальної діяльності (судовій, прокурорській, адвокатській).

Список використаних джерел:

1. **Баев О. Я.** Российская криминалистика начала XXI века: направления развития, современные проблемы / О. Я. Баев // Баев О. Я. Проблемы криминалистики и уголовного процесса (статьи разных лет) / О. Я. Баев. – Воронеж: Воронеж. гос. ун-т, 2006. – С. 85, 86.

¹ Про це свідчить й аналіз тем дисертаційних досліджень з проблем держави і права, розглянутих та схвалених Національною академією правових наук України.

2. **Возгрин И. А.** Понятие и содержание криминалистической методики расследования преступлений / И. А. Возгрин // Курс криминалистики: В 3 т. Т. II. Криминалистическая методика: Методика расследования преступлений против личности, общественной безопасности и общественного порядка / под ред. О. Н. Коршуновой и А. А. Степанова. – СПб.: Изд-во “Юридический центр Пресс”, 2004. – С. 41–44.
3. **Гавло В. К.** Общие положения криминалистической методики расследования отдельных видов преступлений / В. К. Гавло // Криминалистика: учебник / под ред. Л. Я. Драпкина, В. Н. Карагодина. – М.: Юрид. лит., 2004. – С. 460.
4. **Давыдова Н. Н.** Перспективные направления развития методик расследования преступлений / Н. Н. Давыдова // Роль кафедры криминалистики юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова в развитии криминалистической науки и практики: 2-х т.: Т. 1: материалы конф. – Москва, МГУ имени М. В. Ломоносова, 18–19 октября 2010 г. – М.: МАКС Пресс, 2010. – С. 104–105.
5. **Журавель В. А.** Направления модернизации криминалистических методик / В. А. Журавель // Криміналістика ХХІ століття: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 25–26 листоп. 2010 р. – Х.: Право, 2010. – С. 293.
6. **Журавель В. А.** Напрями вдосконалення криміналістичних методик розслідування злочинів / В. А. Журавель // Криміналістика у протидії злочинності: тези доповідей наук.-практ. конф. (Київ, 16 жовтня 2009 р.). Видання присвячене 45-річчю кафедри криміналістики Київського національного ун-ту внутрішніх справ. – К.: “Хай-Тек Прес”, 2009. – С. 42.
7. **Ищенко Е. П.** Криминалистика: учебник / Е. П. Ищенко, А. А. Топорков; под ред. Е. П. Ищенко. – М.: Юрид. фирма “КОНТРАКТ”: ИНФРА-М, 2005. – С. 483, 484.
8. **Ищенко А. В.** Методологічні проблеми криміналістичних наукових досліджень: монографія / Андрій Володимирович Іщенко; за ред. І. П. Красюка. – К.: Нац. акад. внутр. справ України, 2003. – С. 258–264.
9. **Когутич І. І.** Використання знань та засобів криміналістичної тактики і методики під час розгляду кримінальних справ у суді: монографія / Іван Іванович Когутич. – Львів: Тріада плюс, 2009. – С. 243.
10. **Россинская Е. Р.** Криминалистика. Вопросы и ответы: учеб. пособие для вузов / Елена Рафаиловна Россинская. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2000. – С. 238.
11. **Шепітько В. Ю.** Криміналістичне забезпечення діяльності органів досудового слідства у боротьбі зі злочинністю в Україні / В. Ю. Шепітько // Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. Т. 5: Кримінально-правові науки. Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю в Україні / за заг. ред. В. В. Сташиса. – Х.: Право, 2008. – С. 835.
12. **Шмонин А. В.** Методология криминалистической методики: монография / Андрей Владимирович Шмонин. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 377.

Анотація

У статті висвітлюється місце криміналістичної методики в структурі криміналістики та деякі тенденції її розвитку. Криміналістика на сучасному етапі характеризується значним підвищенням ролі такої частини, як криміналістична методика.

Саме в цій частині відбувається поєднання рекомендацій криміналістичної техніки та тактики щодо своєрідності окремих видів злочинів, виявляється її прагматична роль. Тобто криміналістична методика найбільшим чином наближена до практичної діяльності органів досудового слідства, до розкриття та розслідування різних категорій злочинів. У зв'язку з цим, при визначенні напрямів наукового пошуку в галузі криміналістичної методики, вченим треба насамперед виходити з потреб судово-слідчої практики, прогностичного бачення ймовірних шляхів розвитку та структурних змін злочинних проявів, міжнародного досвіду боротьби з ними, оскільки на сьогодні, на жаль, спостерігається певна диспропорція між запитами практики і науковими розробками. В криміналістичній літературі справедливо наголошується, що незважаючи на активні дослідження сучасних проблем криміналістичної методики, не можна сказати, що більшість із них успішно розв'язано.

Summary

The place of criminalistics methods in the structure of criminalistics and some its progress trends are lightened in the article. Criminalistics on the modern stage is characterized by the considerable increase of role of such part, as criminalistics methods. Exactly in this part there is combination of recommendations of criminalistics technique and tactics in relation to originality of separate types of crimes, it appears its pragmatic role. In other words criminalistics methods is close most character to practical activity of organs of pre-trial investigation, to disclosing and investigation of different categories of crimes. In this connection, at determination of directions of scientific research in the sphere of criminalistics methods, it is necessary first of all to go a scientist out the necessities of judicial and investigative practice, prognostic vision of credible ways of development and structural changes of criminal displays, international experience of committing them, as for today, unfortunately, there is certain disproportion between the queries of practice and scientific developments. It is justly marked in criminalistics literature, that without regard to active researches of modern problems of criminalistics methods, it is impossible to say, that majority from them is successfully untied.

Олашин М. М.

к. ю. н., Львівська комерційна академія,
доцент кафедри кримінального права та процесу.

ДО ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ ЗА КПК УКРАЇНИ

Ключові слова: кримінальне судочинство, запобіжні заходи, підстави застосування запобіжних заходів, підозрюваний, обвинувачений.

Keywords: criminal justice, precautions, grounds for the application of preventive measures, the suspect, the accused.

Одним з основних завдань кримінальної процесуальної науки, нормотворчості та юридичної практики на сучасному етапі є належне забезпечення правового захисту особи – учасника кримінального провадження, посилення гарантій прав і свобод кожного громадянина, який залучається до кримінальної процесуальної діяльності. Важливого значення у цьому зв'язку набуває законне і обґрунтоване застосування заходів забезпечення кримінального провадження. З одного боку, застосування таких заходів забезпечення кримінального провадження сприяє розкриттю кримінального правопорушення, забезпечує невідворотність відповідальності осіб, які його вчинили, а з іншого – пов'язане із обмеженням конституційних прав і свобод людини і громадянина [5, 112]. Саме остання обставина викликає потребу у створенні надійних гарантій законного і обґрунтованого застосування запобіжних заходів, що у значній мірі залежить від чіткого законодавчого закріплення підстав, умов і порядку їх застосування.

Разом з тим, визначення у законі підстав, умов і порядку застосування запобіжних заходів не в усіх випадках є достатньо повним і не завжди відповідає засадам кримінального процесу України та потребам практики.

Місце, значення запобіжних заходів у кримінальному судочинстві, негативні наслідки їх незаконного і необґрунтованого застосування на практиці зумовили те, що протягом усієї історії кримінальної процесуальної науки до цієї проблеми звертались багато вчених-правознавців. У теорії кримінального процесу існують різні думки щодо тлумачень цілого ряду положень інституту запобіжних заходів, і насамперед тих, які стосуються підстав їх застосування. Останні визначаються з різних, а подекуди і протилежних позицій. Це частково пояснює той факт, що підстави застосування запобіжних заходів по-різному сприймаються і реалізуються практичними працівниками, що тягне за собою зниження ефективності їх застосування та порушення прав особи.

Мета. Метою написання статті є дослідження особливостей визначення умов, підстав та порядку застосування запобіжних заходів, аналіз законодавства що регулює порядок застосування запобіжних заходів.

Дослідженням інституту запобіжних заходів у кримінальному провадженні присвячені праці таких вчених-юристів, як Л. Б. Алексєєва, В. П. Бож'єва, Б. О. Галкіна, Ю. М. Грошевого, В. Г. Даєва, А. Я. Дубинського, Л. Б. Зуся, В. І. Камінської, Л. М. Карнеєвої, Л. Д. Кокорева, Е. Ф. Куцової, П. А. Лупинської, В. З. Лукашевича, В. І. Мариніва, М. М. Михеєнка, М. Я. Никоненка, І. Л. Петрухіна, В. О. Попелюшка, В. В. Рожнової, М. С. Строговича та інших.

Глава 18 чинного Кримінального процесуального кодексу України, присвячена системі заходів забезпечення кримінального провадження у якій, зокрема, зазначено вичерпний перелік видів запобіжних заходів, узагальнено мету і підстави їх застосування до підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, щоб запобігти їх спробам ухилитись від досудового розслідування або суду; перешкоджати встановленню істини у справі або продовжувати злочинну діяльність, а також перешкодити виконанню процесуальних рішень.

В теорії кримінального процесу загальноприйнятою є думка, що запобіжні заходи – це різновид заходів процесуального примусу [6, 36]. З прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу України у 2012 році було чітко визначено перелік заходів забезпечення кримінального провадження, які можуть застосовуватись

до підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, що застосовуються на підставі ухвали слідчого судді чи суду. Враховуючи те, що заходи забезпечення кримінального провадження обмежують права та свободи громадян (в тому числі і конституційні – недоторканість житла, таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, банківських вкладів, свободу пересування тощо), закон піддає процедуру їх застосування детальній регламентації.

В теорії кримінального процесу термін “заходи забезпечення кримінального провадження” практично не використовується, частіше можна зустріти визначення “заходи кримінально-процесуального примусу”. Однак, аналіз законодавчо визначеного переліку цих заходів та мета їх застосування дозволяє стверджувати, що поняття “заходи забезпечення кримінального провадження” та “заходи кримінально-процесуального примусу” є тотожними. Адже ці заходи дають можливість виявляти, збирати та зберігати докази, попереджати можливу протиправну поведінку чи виключати можливість підозрюваного, обвинуваченого ухилитися від слідства та суду. Серед заходів забезпечення кримінального провадження важливе місце займають запобіжні заходи.

Запобіжні заходи – важлива частина заходів забезпечення кримінального провадження. Вони носять превентивний і забезпечуючий характер і спрямовані на попередження можливої протидії зі сторони підозрюваного, обвинуваченого провадженню у кримінальній справі, є ефективним засобом корекції неправомірної поведінки зазначених учасників кримінального судочинства [4, 324]. Обмежуючи конституційні права підозрюваних і обвинувачених у вчиненні злочину, запобіжні заходи виконують позитивну роль, реалізуючи у кримінальному провадженні матеріально-правовий принцип крайньої необхідності: завдання меншої шкоди для попередження шкоди більшої, щоб підозрюваний, обвинувачений не вчинили іншого суспільно-небезпечного діяння, чи не уникнули справедливому покарання.

Як справедливо зазначає А. І. Михайлов, за допомогою запобіжних заходів забезпечується особиста участь обвинуваченого у кримінальному судочинстві, його неухилення від кримінального переслідування, застосування до нього заходів кримінального покарання і стягнення з нього завданої злочином матеріальної шкоди [7, 17].

На стадії досудового провадження запобіжні заходи застосовуються виключно до підозрюваного і обвинуваченого, а у судовому провадженні – до підсудного і засудженого. Вони є специфічними превентивно-примусовими засобами, які спрямовані проти небезпечних дій зазначених осіб, які можуть бути вчинені ними під час розслідування злочину і здійснення кримінального провадження в суді, і як засоби усунення чи відновлення порушеного процесуально-правового стану не виступають. Вони застосовуються для створення належних умов функціонування кримінального судочинства, але їх застосування є допустимим лише у випадках, межах і в порядку, передбаченими кримінальним процесуальним законом України.

Ч. 1 ст. 176 КПК України дає вичерпний перелік запобіжних заходів. Зокрема, до них належать:

- 1) особисте зобов'язання;
- 2) особиста порука;
- 3) застава;
- 4) домашній арешт;
- 5) тримання під вартою [2].

Вказаний перелік запобіжних заходів у кожному конкретному випадку дозволяє індивідуалізувати його застосування, враховуючи при цьому як інтереси правосуддя, так і недопущення невинуватених обмежень прав і свобод підозрюваного, обвинуваченого. При цьому, Кримінальний процесуальний кодекс в окремих нормах конкретизує умови застосування певних запобіжних заходів. Так, відповідно до ч. 7 ст. 194 КПК України, до підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні злочину, за який передбачено основне покарання у виді штрафу понад 3000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, може бути застосовано запобіжний захід лише у вигляді застави або тримання під вартою.

Метою обрання запобіжного заходу є забезпечення належної процесуальної поведінки підозрюваного, обвинуваченого, зокрема, для забезпечення виконання покладених на нього процесуальних обов'язків, передбачених ч. 7 ст. 42 та іншими нормами КПК України, а також щоб запобігти спробам переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи предметів, які мають істотне значення для

встановлення обставин кримінального правопорушення; незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, в якому підозрюється, обвинувачується.

Застосування запобіжного заходу з будь-якою іншою метою, наприклад, з метою покарання особи за кримінальне правопорушення, з метою отримання показань стосовно її причетності до кримінального правопорушення, викриття інших осіб, причетних до злочину тощо неприпустиме. Його застосування в жодному разі не повинно залежати від того, визнає підозрюваний, обвинувачений свою вину у вчиненні кримінального правопорушення чи не визнає [4, 328].

Потреба у застосуванні запобіжних заходів під час кримінального провадження встановлюється лише з урахуванням усіх обставин, які склалися під час розслідування, з одночасним виділенням підстав для застосування зазначених заходів. Співставлення підстав застосування запобіжних заходів з усіма обставинами справи дозволить зробити висновок про необхідність застосування такого заходу у кожному конкретному випадку. Отже, можна погодитися з думкою про те, що немає необхідності у застосуванні запобіжних заходів, якщо той самий результат може бути досягнутий за допомогою інших, не примусових засобів [8, 57].

Частково поділяємо позицію окремих учених на кримінальний процесуальний закон, який розділяє підстави застосування запобіжних заходів і наявність ознак кримінального правопорушення. Так, наприклад, у ст. 196 КПК України зазначено, що в ухвалі про застосування запобіжного заходу зазначаються поряд з іншими даними відомості про кримінальне правопорушення (його суть і правову кваліфікацію із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність), у якому підозрюється чи обвинувачується особа, обставини, які свідчать про існування ризиків, передбачених ст. 177 КПК України, запобіжний захід і підстави його обрання.

Дослідивши більше ніж 50 кримінальних справ, ми прийшли до висновку, що необхідність застосування запобіжного заходу три-

мання під вартою, у 35 з них було зроблено на підставі сукупності даних про відсутність у підозрюваного, обвинуваченого постійного місця праці, про відсутність постійного місця проживання, наявність судимостей. При цьому враховувалися негативні характеристики з місця проживання і місця роботи. У таких випадках ці дані співпадають за своїм значенням з даними, передбаченими ст. 178 КПК України, тобто виступають як підстави застосування запобіжного заходу.

Той факт, що обставини, зазначені у ст. 178 КПК України, у певних випадках можуть бути підставами застосування запобіжного заходу, викликаний різним проявом впливу цих обставин на обрання запобіжного заходу. Одним з проявів такого впливу і слід вважати їх визнання як підстав застосування запобіжних заходів, враховуючи при цьому, що в такому випадку їх значення вже перебуває за межами ст. 178 КПК України.

Також, варто зазначити, що обставини, перераховані у ст. 178 КПК України, сприяють найбільш доцільному вибору виду запобіжного заходу. За умови врахування тяжкості кримінального правопорушення, особи підозрюваного, обвинуваченого, пом'якшуючих або обтяжуючих обставин можливо застосування більш суворого або менш суворого запобіжного заходу, який буде співрозмірним тяжкості вчиненого особою кримінального правопорушення. Зазначені обставини можуть сприяти усуненню необхідності застосування запобіжних заходів, навіть у випадку наявності фактичних даних, які свідчать про можливе ухилення від слідства та суду. Наприклад, інвалідність підозрюваного, обвинуваченого, перебування на їх утриманні малолітніх дітей чи непрацюючих батьків, тяжкий стан здоров'я та ін. Ці й інші дані не рідко наводяться слідчими для обґрунтування рішення про обрання запобіжного заходу, не пов'язаного з ізоляцією особи (особисте зобов'язання, особиста порука, застава).

Важливе значення для забезпечення справедливості застосування запобіжного заходу має врахування різноманітних даних про кримінальне правопорушення, особу підозрюваного, обвинуваченого, оскільки вони дозволяють уникнути формального обрання запобіжного заходу. Необхідність застосування запобіжного заходу наявна

лише тоді, коли поряд з передбаченими ст. 177 КПК України даними встановлена також відсутність будь-яких обставин, які можуть виключити доцільність застосування запобіжного заходу [3, 380]. Такими обставинами і є, у першу чергу обставини, перераховані у ст. 178 КПК України. Перелік цих обставин може бути продовжений, наприклад, обставинами, які пом'якшують покарання, тяжкою хворобою або смертю єдиного працюючого члена родини, якщо підозрюваним або обвинуваченим є вагітна жінка, одинока матір або батько тощо.

Обставини, перераховані у ст. 178 КПК України, можуть і не впливати на обрання запобіжного заходу. Цей факт має важливе значення, оскільки нерідко обґрунтування обрання запобіжного заходу обмежується загальними визначеннями, які не несуть у собі будь-якого конкретного змісту. Наприклад, “з урахуванням особи обвинуваченого”, “беручи до уваги тяжкість вчиненого злочину” і т. д. При такому обґрунтуванні не зрозуміло, які якості особи вплинули на обрання запобіжного заходу, у чому саме виражена тяжкість злочину. Для практичних працівників іноді такі обставини, як тяжкість вчиненого злочину, судимість, відсутність постійного місця проживання набувають значення підстав застосування запобіжного заходу, незалежно від того, який вплив ці обставини можуть здійснити на майбутню поведінку підозрюваного, обвинуваченого. Однак при вирішенні питання про застосування відповідного запобіжного заходу слідчий суддя, в першу чергу, повинен оцінити вагомість наявних доказів про вчинення особою кримінального правопорушення, як основної обставини, тому, окрім загальної характеристики особи, підозрюваної чи обвинуваченої у вчиненні кримінального правопорушення, особа, яка звернулась з клопотанням про застосування запобіжного заходу, подає наявні матеріали справи, які підтверджують “розумну підозру” (Європейський Суд з прав людини застосовує даний термін для визначення ступеню переконаності судді при застосуванні запобіжних заходів) у вчиненні кримінального правопорушення.

Однією з помилок, яка зустрічається під час застосування запобіжного заходу, є те, що слідчий, надає великого значення окремим даним (позитивні характеристики підозрюваного, обвинува-

ченого, наявність постійної роботи, постійного місця проживання) і обирає підозрюваному, обвинуваченому запобіжний захід, не пов'язаний з ізоляцією. Це призводить до вчинення нових злочинів, до ухилення підозрюваного, обвинуваченого від слідства тощо [8, 14]. Так, наприклад, застосування запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту до ректора Національного університету Державної податкової служби України П. Мельника сприяло ситуації, у якій він зумів звільнитись від електронного браслета та покинути країну.

Проаналізувавши норми чинного КПК України щодо застосування запобіжних заходів, ми сформулювали такі загальні правила застосування запобіжних заходів:

- 1) запобіжний захід може бути застосовано під час досудового розслідування тільки на підставі ухвали слідчого судді чи суду за клопотанням слідчого, погодженим з прокурором з вичерпного переліку, передбаченого ст. 176 КПК України;
- 2) при вирішенні питання про застосування запобіжного заходу, крім підстав, зазначених у ст. 177 КПК, враховують також інші обставини, зокрема, вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення, тяжкість злочину, у вчиненні якого підозрюють або обвинувачують особу; її вік, стан здоров'я; сімейний і матеріальний стан; вид діяльності; місце проживання та інші обставини, що її характеризують (ст. 178 КПК України);
- 3) запобіжний захід не може бути суворішим, ніж покарання за статтею, за якою особу обвинувачують (наприклад, тримання під вартою застосовують до раніше не судимої особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, за який законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад п'ять років – ч. 2 п. 4 ст. 183 КПК України) та співрозмірним до виду покарання за злочин, в якому особа підозрюється чи обвинувачується на підставі зібраних достовірних доказів, наявних на час розгляду клопотання про застосування відповідного запобіжного заходу;
- 4) запобіжний захід застосовується тільки щодо належного суб'єкта злочину, за підозрою чи обвинуваченням у вчиненні кримінального правопорушення (наприклад, запобіжні заходи не застосо-

вуються щодо неповнолітнього, який не досяг віку кримінальної відповідальності, або запобіжний захід у виді тримання під вартою не може бути застосовано до особи, яка обвинувачується у вчиненні злочину невеликої тяжкості вперше);

- 5) щодо однієї особи може бути застосовано тільки один запобіжний захід з переліку, визначеного ст. 17 КПК України. Однак це не заперечує можливості одночасного застосування іншого заходу забезпечення кримінального провадження (наприклад, обвинуваченого, щодо якого обрано особисте зобов'язання, можна усунути від посади, яку він обіймає);
- 6) клопотання про продовження строку тримання під вартою має право подати прокурор, слідчий за погодженням з прокурором не пізніше ніж за п'ять днів до закінчення дії попередньої ухвали про тримання під вартою до відповідного суду, який ухвалював рішення про застосування запобіжного заходу;
- 7) запобіжний захід скасовують або замінюють, якщо вже немає потреби в раніше обраному запобіжному заході, наприклад, якщо кримінальне провадження щодо особи закрито, або обвинувальний вирок набув законної сили.

Особливістю правового закріплення підстав застосування запобіжних заходів є те, що у нормах права відображені не самі фактичні обставини, а лише загальні критерії встановлення і оцінки фактів. Саме мета застосування запобіжного заходу як майбутній результат містить посилання на ознаки фактичних даних, на підставі яких може здійснюватись застосування такого заходу. Законодавче визначення цілей застосування запобіжних заходів містить у собі причинний зв'язок між фактичними даними, які обґрунтовують застосування цих заходів, і необхідним результатом їх застосування. У кожному конкретному випадку слідчий суддя, суд, приймаючи рішення про застосування запобіжного заходу, використовуючи встановлені в законі критерії необхідності його застосування, спроможний проаналізувати юридичне значення фактичних даних, на підставі яких він повинен діяти. Та, в першу чергу, слідчий повинен довести обґрунтовану підозру, навести достатні фактичні дані, які будуть підтверджувати причетність підозрюваного, обвинуваченого до кримінального правопорушення, оскільки, керуючись презумпцією невинуватості,

саме на слідчого та прокурора покладається функція обвинувачення, зокрема і при застосуванні запобіжних заходів.

Висновок. Отже, запобіжні заходи відіграють надзвичайно важливу роль у боротьбі зі злочинністю та реалізацією завдань кримінального провадження. Особливо гостра необхідність в їх застосуванні виникає на стадії досудового розслідування, оскільки саме тут відбувається розслідування кримінальних правопорушень, викриття осіб, які їх вчинили, збирання доказів з метою усунення можливостей підозрюваного, обвинуваченого впливати на хід розслідування або ухилення від слідства і суду. Однак законодавець не виключає можливості застосування і зміни запобіжного заходу на інших стадіях кримінального провадження, що дає можливість при виникненні нових обставин справи за клопотанням компетентних учасників кримінального процесу змінити запобіжний захід на більш суворий або менш суворий.

Правильним і ефективним застосування запобіжних заходів буде тоді, коли їх підстави розуміються і однаково використовуються як встановлені, оцінені і закріплені у кримінальному процесуальному порядку слідчим, прокурором, слідчим суддею, судом конкретні фактичні дані, які відповідають критеріям, визначеним у цілях їх застосування.

Список використаних джерел

1. **Конституція України:** Закон України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. **Кримінальний процесуальний кодекс України:** Закон України від 13.04.2012 р. // Відомості Верховної Ради України, 2013, № 9–10, № 11–12, № 13. – Ст. 88.
3. **Лобойко Л. М.** Кримінально-процесуальне право; Курс лекцій: Навч. посібник. / Л. М. Лобойко. – К.: Істина, 2007. – 456 с.
4. **Кримінальний процесуальний кодекс України.** Науково-практичний коментар: у 2-х т. / за заг. ред. професорів В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х.: Право, 2012.
5. **Маринів В. І.** Принцип особистої недоторканності в кримінальному процесі України: Дис. канд. юрид. наук: 12.00.09. / В. І. Маринів. – Харків, 1999. – 196 с.
6. **Мохоцько О. О.** Застава як запобіжний захід в Україні: проблеми застосування. / О. О. Мохоцько // Процесуальне та організаційне забезпечення діяльності органів досудового слідства та дізнання в системі МВС України: Матеріали НПК (17 травня 2008 р.). – Сімферополь: КЮІ ОДУВС, 2008. – С. 85–91.

7. Михайлов А. И. Отдельное поручение следователя. / А. И. Михайлов. – М.: Юрид. лит., 1971. – 67 с.
8. **Новели Кримінального процесуального кодексу України 2012 року**: Збірник статей. – К.: Істина, 2012 р. – 128 с.

Анотація

Дана стаття присвячена особливостям застосування запобіжних заходів до осіб, які підозрюються, обвинувачуються у вчиненні злочину. З прийняттям Кримінального процесуального кодексу у 2012 році, зазнав суттєвих змін і інститут запобіжних заходів, з'явилися нові види запобіжних заходів, що і призвело до актуальності дослідження особливостей застосування запобіжних заходів.

Annotation

This article deals with the peculiarities of preventive measures for persons suspected, accused of committing a crime. With the adoption of the Criminal Procedure Code in 2012, has undergone significant changes and institute preventive measures, new types of preventive measures which led to the relevance of the study features the application of preventive measures.

Скибіцький Б. А.

*Львівська комерційна академія,
старший викладач кафедри кримінального права та процесу*

ІСТОРИЧНІ ВИТОКИ ЗНАНЬ ПРО НЕГАТИВНІ ОБСТАВИНИ В РОЗСЛІДУВАННІ ЗЛОЧИНІВ

Ключові слова: *криміналістика, злочин, розслідування злочинів, докази, негативні обставини.*

Keywords: *criminalistic, crime, investigation of crimes, evidence, negative circumstances.*

Постановка проблеми. Необхідною умовою ефективного виконання правоохоронними органами своїх функцій, пов'язаних зі здійсненням кримінального судочинства, виступає організація їх діяльності на виключно науковій основі, яка передбачає поглиблене вивчення цілого ряду питань кримінального процесу та криміналістики, що стосуються проведення різних слідчих дій і розслідування окремих видів злочинів з врахуванням використання негативних обставин.

Мета. Метою написання статті є дослідження історичних витоків знань про негативні обставини і їх роль в слідчій практиці в навчальній літературі та інших наукових працях криміналістів.

Суть негативних обставин, досліджувалась такими вченими-криміналістами як Г. Гросс, А. Вайнгарт, Б. П. Бразоль, І. М. Якімов, В. І. Громов, М. Лаговієр, М. Д. Вороновський, П. І. Тарасов-Радіонов, О. Р. Ратінов, Г. А. Глассон, Б. М. Комаринець, С. І. Тихенко, М. О. Селіванов, В. І. Терєбилов, В. И. Колмаков, О. М. Васильєв, М. П. Шаламов, В. О. Коновалова, Р. С. Белкін, А. І. Вінберг, С. І. Медведєв, В. А. Овечкін, В. С. Бурданова та інші.

Виклад основного матеріалу. В 1892 р. австрійський вчений Ганс Гросс (1847–1915 рр.) видав фундаментальну працю з питань

розслідування злочинів під назвою “Посібник для судових слідчих, як система криміналістики”, з якою пов’язують заснування західно-європейської криміналістики. В цій праці вперше в літературі цього часу звернули увагу на важливість виявлення при розслідуванні злочинів негативних обставин і їх дослідження. В зв’язку з цим Г. Гросса можна вважати основоположником розвитку уявлень про “негативні обставини” і визначення їх поняття в кримінальному судочинстві і криміналістиці [6, 56].

У даній та інших працях Г. Гросс виділяв три групи обставин, які мають вирішальне значення у викритті як неправдивої картини злочину (інсценування), так і неправдивих показань: протиріччя, прогалини та недоречності, які виявляються під час огляду місця події і допиту. Він писав, що під час огляду місця події “...цілком мимовільно наштовхуєшся на протиріччя, прогалини і недоречності, якщо тільки поступово переходиш від загального до окремого, від причини до наслідку... У цьому випадку всі ухили від правди в обстановці події, як у дзеркальному відображенні, згодом дадуться взнаки під час детального опису цієї обстановки. Такими “ухиленнями” від природи” в обстановці події будуть ті недоречності і неприродності, які мають місце у випадку, коли ця обстановка була створена обманним шляхом так, немовби вона дійсно мала місце” [5, 123]. Г. Гросс надавав однаково важливого значення всім трьом групам обставин, що виявляються в процесі розслідування злочинів, розглядав їх в єдності і нерозривному зв’язку. Він, наприклад, писав, що відсутність слідів крові, але наявність ознак її змивання “...рівнослійно встановленню наявності самих слідів, повздовжні смуги на тілі чи одязі трупа свідчать про його переміщення, відсутність опори поряд з повішеним свідчить про вбивство і т. д.” [5, 54].

Дещо по-іншому розглядав ці питання А. Вайнгарт. Він не визначив поняття “негативні обставини”, але відносив їх до непрямих (побічних) доказів. До непрямих доказів, що викривають злочинця, він відносив:

- предмети, які залишені на місці злочину, можуть також свідчити про намір злочинця спрямувати слідство хибним шляхом;

- невідповідність слідів, які підтверджують алібі та інші матеріали справи;
- невідповідність слідів уявному способу проникнення: “Сліди, утворені особою, яка знаходиться всередині, повинні безсумнівно бути іншими ніж ті, які утворені особою, яка знаходиться ззовні”;
- “фізичні наслідки діянь у винної особи” у вигляді подряпин, порізів, плям на одязі і т. д.;
- психічні наслідки діянь у вигляді визнання вини (хвилювання, страх, збентеження і т. д.), а також обізнаності про обставини справи [10, 76].

Запроваджений перелік свідчить, що не всі обставини, які А. Вайнгарт відносить до непрямих (побічних) доказів, що викривають злочинця, будуть такими в їх теперішньому розумінні. Разом з тим в конкретних умовах всі вони в процесі доказування можуть виступати непрямыми (побічними) доказами.

Слід зауважити, що Г. Гросс і А. Вайнгарт рекомендували при складанні протоколу огляду місця події фіксувати відсутність слідів, “наявність яких можна було б чекати, виходячи з властивостей наявної події”. Зі сказаного не варто робити висновок про те, що Г. Гросс і А. Вайнгарт розглядали негативні обставини як обставини “відсутності”, оскільки вони підкреслювали необхідність фіксування відсутності слідів лише як одну з особливостей місця події. З цього приводу Г. Гросс так і писав: “Слід звертати увагу і на заперечливі дані тому, що, з одного боку, вони можуть привести до позитивних результатів, а з іншого – заспокоїти читача в тому, що ці дані не були залишені без уваги” [1, 45].

Отже, терміну “негативні обставини в його сучасному значенні у Г. Гросса і А. Вайнгарта відповідали поняття, які охоплювали декілька груп явищ, що не зводились тільки до заперечливих відомостей. У той же час викриття інсценувань Г. Гросс пов’язував з протиріччями, прогалинами і недоречностями, які виявляються в процесі розслідування злочинів, а А. Вайнгарт – з непрямыми доказами, які викривають злочинця.

Б. Л. Бразоль, Р. А. Рейс, С. Н. Трегубов, не визначаючи поняття негативних обставин, при висвітленні тактики і методики розслідуван-

ня також вказували на обставини, що сприяють встановленню механізму злочину, свідчать про інсценування події чи окремих її слідів. До їх числа вони відносили невідповідність між окремими деталями у загальній картині місця події, відсутність крові поряд з трупом, синці і крововиливи на тілі, положення рук трупа і т. д. [2, 65].

У перших посібниках і статтях радянських авторів про розслідування злочинів термін “негативні обставини” не був загальноприйнятим. Наприклад, В. Громов і М. Лаговієр називали їх “симулятивним фактором”, “недоречностями” [4, 98]; С. Г. Кривицький застосовував термін обставини “симулятивної властивості” [9, 123]; М. Є. Євгенєв вважав, що негативні обставини є заперечуючим фактором [7, 76], а С. Г. Познишев – невідповідністю даного факту деяким іншим обставинам [3, 54].

Одним із перших термін “негативні обставини” застосував професор І. М. Якімов. Він писав, що в протоколі огляду місця події повинні бути відображені всі особливості, властиві такому огляду або, навпаки, які є невластивими йому, раптовими. До останніх можна віднести, так звані, “негативні або заперечливі обставини”, тобто такі, які за певних умов і за звичним рухом події завжди повинні бути наявними, але в даному випадку чомусь не спостерігались. Саме І. М. Якімовим було введено термін “негативні” для позначення обставин, які були названі в російському перекладі праць Г. Гросса “заперечливі”, і початково використовувався ним для виділення “відсутніх” обставин, які є підмножиною ширшого кола явищ, “раптових” у даному випадку. Пізніше І. М. Якімов використовував цей термін для позначення всієї сукупності “раптових” обставин, вказавши, що негативні обставини “порушують нашу звичайну уяву про щось, що незмінно і завжди у схожих випадках спостерігається” [11, 87].

На відміну від І. М. Якімова, який у своїх перших працях визначив поняття негативних обставин як обставин “відсутності”, М. Д. Вороновський називав негативними ті обставини, “які суперечать природному становищу” [10, 87].

Отже, в перших працях криміналістів намітилось декілька підходів до визначення поняття “негативні обставини”, а саме:

– як відсутність того, що повинно бути;

- як обставини, які суперечать природньому становищу;
- як обставини, які порушують звичайну уяву про щось загально відоме.

До середини 60-х років в криміналістичній літературі була розповсюджена точка зору, яка отримала назву “традиційної”, відповідно до якої негативні обставини визначались як “відсутність фактів, які за природнім рухом речей повинні б бути у наявності” [8, 64].

Такої думки дотримувалась велика кількість авторів, зокрема: П. І. Тарасов-Радіонов, О. Р. Ратінов, Г. А. Глассон, Б. М. Комаринець, С. І. Тихенко, М. О. Селіванов, В. І. Теремілов, А. Кежоян та інші. Найпоспідовнішим у визначенні негативних обставин як обставин “відсутності” був О. М. Васільєв. Він вказував на те, що під час розслідування кримінальної справи зустрічаються обставини, які суперечать версії, однак, на його думку, негативною є лише така обставина, яка відсутня, але повинна б бути, якщо дотримуватись певної версії [12,73].

У процесі розвитку поглядів на природу негативних обставин визначення їх поняття також змінювалось. Так, В. П. Колмаков писав, що негативними обставин будуть як обставини “відсутності”, так і обставини, які суперечать природньому рухові обставин. М. П. Шаламан також змінив точку зору, коли писав, що негативні обставини будуть “обставини, які суперечать між собою і взаємовиключають себе”. Він визначив їх, як “обставини, які знаходяться у протиріччя з уявною подією, наприклад, повинні б бути при звичайному русі, але в дійсності відсутні”.

Ще далі пішов В. І. Попов, який визначив негативні обставини як “відсутність слідів і явищ”. Він наводить приклади, в яких вказує не тільки на їх відсутність, а й взагалі, на будь-які протиріччя стосовно конкретної версії. Зокрема, ним наведено приклад, коли під час сварки дядько вбив племінника, а щоб приховати сліди злочину, він та його дружина відвезли труп до лісу і там його викинули. Щоб спрямувати слідство хибним шляхом, злочинці інсценували обставини, які, на їх думку, мали б привести слідчого до висновку про те, що мало місце вбивство з метою пограбування: вони вивернули кишені піджака і штанів, обрізали ремінець кишенькового годинника і т. ін.

Дійсно, у наведеному прикладі фігурують більше наявні, ніж відсутні обставини, які суперечать версії про вбивство з метою пограбування.

Намір криміналістів розширити поняття “негативні обставини” за рахунок включення до їх складу обставин, які суперечать уявній події або їх звичайному рухові, свідчить про спробу пов’язати негативні обставини з механізмом злочинного діяння. Обмеження негативних обставин тільки фактами “відсутності” вимагало нового, ширшого за змістом визначення поняття, яке б охопило як вказані, так і інші обставини, які б розкривали механізм минулої події, сприяли б викриттю інсценувань, неправдивих показів тощо.

В. О. Коновалова, наприклад, зазначала, що “негативні обставини” можуть проявлятися не лише у відсутності тих чи інших слідів злочинної дії, а й в наявності слідів, але таких, утворення яких причинно не пов’язане з подією злочину, які не впливають з характеру тих або інших цілеспрямованих дій при вчиненні злочину, суперечать ходу події, а також поясненням осіб... До негативних обставин слід віднести також певні дії осіб, що характеризують їх ставлення до події злочину”.

Виходячи з викладеного, В. О. Коновалова запропонувала таке визначення: “Негативні обставини – це наявність або відсутність матеріально фіксованих слідів або дій, які за певних умов місця і часу суперечать природному розвитку подій, причинним зв’язком між даними явищами і їх наслідкам” [5, 180].

Р. С. Белкін, А. І. Вінберг та деякі інші з приводу визначення, запропонованого В. О. Коновалою, зауважили, що негативні обставини суперечать не об’єктивному розвитку подій, а “тільки тій видимості явищ, яку злочинець спробував видати за дійсну”, тобто “уявленням про механізм певного явища, а не самому явищу, справжню сутність якого вони якраз відображають”. Ці автори визначають негативні обставини як “факти, які суперечать уяві про природний хід речей” [1, 56].

До позиції В. О. Коновалої близькі погляди авторів, які вказують, що негативні обставини суперечать природному ходу подій або явищ.

Значно ширше і дещо по-іншому розглядає поняття негативних обставин у кримінальному судочинстві та криміналістиці

С. М. Медведєв. Він писав, що “...негативними обставинами будуть будь-які фактичні дані, які суперечать (до їх логічного вирішення) звичайному поясненню факту у відповідності з певною версією”. Як бачимо, це визначення за змістом надто широке, оскільки в ньому йдеться про будь-які фактичні дані, які не узгоджуються з певною версією слідчого, що відноситься до факту, який підлягає з’ясуванню.

Поряд з цим С. І. Медведєв зазначає, що для кримінально-процесуальної діяльності найбільш важливими є такі негативні обставини, які будуть доказами, а не будь-якими фактами. Тому негативними обставинами у вузькому розумінні будуть такі докази, які суперечать (до їх логічного вирішення) звичному поясненню факту у відповідності з певною версією” [5, 43].

Отже, С. І. Медведєв утворюючими ознаками поняття негативних обставин вважає, що в першому варіанті – це фактичні дані в розумінні будь-яких відомостей, що суперечать логічному поясненню факту за версією слідчого, а в другому (вузькому розумінні) – звичне пояснення факту, відповідно певній версії про нього. В обох визначеннях цих значень суть поняття негативних обставин не розкрита.

Деякі автори, які також розглядають негативні обставини у зв’язку з версією слідчого, вважають, що негативною називається така обставина, яка не знаходить пояснення у ній, а тому є підставою для висунення іншої версії.

Так, В. А. Овечкін пише, що слово “суперечить” найповніше виражає сутність негативних обставин, ніж слово “не знаходить пояснення” чи “не відповідає”. Тому, на його думку, правильнішим буде визначення негативних обставин, яке запропонував у вже згаданому дослідженні С. І. Медведєв.

В. А. Овечкін також вважає, що є неправильним твердження С. І. Медведєва про так звану “трансформацію негативних обставин у позитивні”, оскільки насправді має місце не “трансформація”, а точне встановлення дійсного значення негативних обставин, дійсного відношення до справжньої події.

Якщо негативні обставини, які суперечать припущенню, після їх дослідження та оцінки будуть визнані такими, що не відповідають дійсності або незалежними, тоді вони у подальшому перестануть бути негативними.

Всі ці критичні міркування покладені В. А. Овечкіним в основу сформульованого ним визначення поняття негативних обставин: – “...це такі фактичні дані, які суперечать припущенню внаслідок того, що вони не відповідають дійсності, є незалежними до справи або через неадекватність припущення об’єктивної реальності” [9, 45].

Висновки. Питання про негативні обставини і їх роль у слідчій практиці в навчальній літературі та інших наукових працях криміналістів висвітлене недостатньо. Отже, у криміналістичній і кримінально-процесуальній літературі зустрічаються дослідження поняття негативних обставин в розслідуванні злочинів, однак увага авторів акцентується не достатньо, а інколи й односторонньо. В теорії криміналістики процес формування поняття “негативні обставини” не завершений, оскільки дане поняття пов’язують тільки з протиріччями між об’єктивно існуючими фактами і суб’єктивною уявою про них. Негативні обставини розглядаються, здебільшого, тільки у зв’язку з раніше сконструйованою версією, як ймовірним поясненням суті минулої події або окремих її елементів.

Список використаних джерел

1. **Аверьянова Т. В.** Криминалистика / Т. В. Аверьянова, Р. С. Белкин, Ю. Г. Корухов, Е. Р. Россинская Под ред. Р. С. Белкина. – М., 1999. – 600 с.
2. **Біленчук П. Д.** Криміналістика / П. Д. Біленчук, О. П. Дубовий, М. В. Салтєвський, П. Ю. Тимошенко. – К., 1998. – 416 с.
3. **Белкин Р. С.** Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. От теории к практике / Р. С. Белкин. – М., 1988. – 304 с.
4. **Белкин Р. С.** Криминалистическая энциклопедия / Р. С. Белкин. – М., 1997.
5. **Белкин Р. С.** Курс криминалистики. В 3 т. / Р. С. Белкин. – М., 1997. – 512 с.
6. **Вандышев В. В.** Реализация взаимосвязей жертвы и преступника в раскрытии и расследовании насильственных пре ступлений / В. В. Вандышев. – Санкт-Петербург, 1992. – 114 с.
7. **Колесниченко А. Н.** Криминалистическая характеристика преступлений / А. Н. Колесниченко, В. Е. Коновалова. – Х., 1985. – 93 с.
8. **Медведев С. И.** Расследование убийств и причинения телесных повреждений в ИТУ / С. И. Медведев. – Рязань, 1987.
9. **Образцов В. А.** Криминалистика: Цикл лекций по новой программе курса / В. А. Образцов. – М., 1994. – 208 с.
10. **Образцов В. А.** Криминалистика / В. А. Образцов. – М.: Юристъ, 1999.
11. **Селиванов Н. А.** Советская криминалистика: Система понятий. – М., 1982. – 152 с.
12. **Шепітько В. Ю.** Криміналістика / В. Ю. Шепітько. – Х.: Право, 2001. – 400 с.

Анотація

У статті висвітлюються історичні витоки знань про негативні обставини під час розкриття та розслідування злочинів. Питання поняття негативних обставин в розслідуванні злочинів є об'єктом досліджень вчених, проте залишається дискусійним. Негативні обставини є матеріальним відображенням процесів у взаємодії, що виявляється під час проведення слідчих дій у вигляді слідів та інших змін, які за своїм розміщенням, локалізацією, характерними або іншими ознаками не відповідають встановленим даним події розслідуваного злочину, або окремим елементам його розвитку. Класифікація негативних обставин має практичне значення для розслідування злочинів, оскільки вона є орієнтовним засобом виявлення видової чи групової специфіки конкретних негативних обставин, який сприяє визначенню напрямів і способів їх подальшого дослідження та використання при провадженні в кримінальних справах.

Annotation

The article highlights the historical origins of knowledge about the adverse circumstances in the detection and investigation of crimes. Questions regarding negative circumstances in the crime is the subject of research scientists, however, remains controversial. Negative circumstances are tangible reflection processes of interaction, manifested during the investigation in the form of traces and other changes in its deployment, localization, or other distinctive signs do not comply with this event the crime, or individual elements of its development. Classification of adverse circumstances is of practical importance to investigate crimes because it is indicative means of identifying the specific species or group specific adverse circumstances, which helps determine trends and ways to further research and use in proceedings in criminal matters.

Слупко В. М.

*Львівська комерційна академія,
асистент кафедри кримінального права та процесу*

ТАКТИКА ПРОВЕДЕННЯ ДОПИТУ В УМОВАХ ПРОТИДІЇ

Ключові слова: допит, протидія, форми протидії, тактичні прийоми, психологічний контакт, засоби психологічного впливу.

Keywords: *interrogation, opposition, counter form, tactics, psychological contact, means of psychological impact.*

Постановка проблеми. Допит є найпоширенішою і однією з ключових слідчих дій. Допит – це процесуальна дія, яка являє собою регламентований кримінально-процесуальними нормами інформаційно-психологічний процес спілкування осіб, котрі беруть у ньому участь, спрямований на одержання інформації про відомі допитуваному факти, що мають значення для встановлення істини у кримінальному провадженні [10, 187]. Правильно побудований і тактично грамотно проведений допит дозволяє отримати важливий доказовий матеріал для встановлення істини в процесі розслідування. Отже, результатом допиту є доказова інформація. Особливість отримання такої інформації полягає у тому, що її джерелом є людина. Отримання доказової інформації може відбуватися в умовах протидії допитуваного, внаслідок чого створюється загроза ефективного використання одержаної інформації.

Аналіз останніх досліджень. Питання подолання протидії при провадженні окремих слідчих дій, зокрема при допиті, були предметом досліджень Р. С. Белкіна, В. П. Бахіна, А. М. Васильєва, О. І. Гурова, К. В. Гутника, В. А. Журавля, О. Р. Ратінова, В. Ю. Шепітька, Б. В. Щура та інших вчених-криміналістів.

Мета. Хоча криміналістичною наукою та кримінально-процесуальним законодавством тактиці проведенню допиту приділяється

належна увага, все ж існує можливість для активної протидії при його проведенні. Незважаючи на достатню розробленість проблем тактики допиту, у своїй статті ми ставили за мету з'ясувати та розглянути найбільш ефективні, на нашу думку, тактичні прийоми та методи проведення допиту в умовах протидії розслідуванню та можливі шляхи подолання такої протидії.

Виклад основного матеріалу. Суб'єктами протидії можуть бути як і самі особи, винні у вчиненні злочину, так і інші особи, які зацікавлені в тому, щоб істина не була з'ясована. Особа, що протистоять слідчому (допитуваний), може використовувати різноманітні прийоми для досягнення своєї мети, протилежної меті слідства, які В. П. Бахін називає тактичними [3]. Слідчий повинен враховувати можливість такої тактичної лінії поведінки допитуваного, мати уяву про тактичні прийоми осіб, що йому протистоять, про форми і особливості цих проявів, щоб завчасно їх розпізнати і нейтралізувати.

Прийомами протидії можуть бути: відмова від спілкування з слідчим взагалі; відмова від давання показань; давання неправдивих показань; спроби здійснення на осіб, які проводять допит фізичного тиску тощо.

З метою подолання такої протидії криміналістикою розроблені тактичні прийоми, які можуть застосовуватися комплексно, як проста тактична комбінація або окремо [11, 453].

Тактичні прийоми допиту – це розроблені криміналістикою і апробовані слідчою практикою оптимальні способи встановлення з допитуваним психологічного контакту, нейтралізації його негативного ставлення до розслідування й здійснення на нього психологічного впливу для отримання повних і достовірних показів [20, 345].

Отже, тактичним прийомам протидії допитуваного протиставляються тактичні прийоми для подолання цієї протидії.

Для досягнення мети допиту слідчому потрібно обрати тактику його проведення. Вона складається з системи найбільш ефективних прийомів (тактичних комбінацій), побудова і використання яких залежить від ситуаційної зумовленості, мети допиту, а також особи та процесуального становища допитуваного.

Мета системи тактичних комбінацій в умовах протидії полягає у:

- 1) встановленні психологічного контакту з допитуваним;
- 2) спонуканні допитуваного до давання показань;

- 3) уточненні свідчень і усуненні в них суперечностей;
- 4) викритті неправди.

Як і будь-яка процесуальна дія, допит складається з етапів (стадій), в процесі яких послідовно вирішуються певні завдання і досягається кінцева мета. До стадій допиту відносять: 1) підготовчий етап, 2) формування психологічного контакту, 3) основна стадія допиту (суто допит); 4) фіксація результатів допиту. Стадії допиту детально описано у криміналістичній літературі. Тому не будемо зупинятися на їх детальному аналізі.

Перший і четвертий етапи проходять поза контактом із допитуваним. На цих етапах протидія практично не проявляється.

Проте, на підготовчому етапі слідчий повинен продумати лінію поведінки, варіанти своїх дій, припустити, які перешкоди може створити допитуваний і, враховуючи це, підготувати відповідні рішення. Важливе значення на етапі підготовки має вивчення особистості допитуваного. Для успішного спілкування з особами, що допитуються і чинять протидію слідчому, насамперед треба вивчити їх біологічні, інтелектуальні і вольові якості, емоційний стан [6, 218, 219].

Активна протидія може вчинятися на другій та третій стадіях допиту. З огляду на це, в контексті нашого дослідження, науковий інтерес становлять саме ці стадії.

Встановлення психологічного контакту з допитуваним – це другий етап допиту. Саме з нього розпочинається власне допит, тому нерідко його вважають першим етапом допиту (дехто взагалі не виділяє такий етап).

Психологічний контакт – це найбільш сприятлива психологічна “атмосфера” допиту, яка сприяє взаємодії та взаємовідносинам між її учасниками, певна настроєність на спілкування [10, 197].

Деякі криміналісти розглядають встановлення психологічного контакту як тактичний прийом [4, 28, 29]. Однак, ми погоджуємося з В. Ю. Шепітьком, який стверджує, що такий підхід протирічить логіці: не встановлення психологічного контакту є тактичним прийомом, а для його встановлення використовуються певні тактичні прийоми [18, 69].

Встановлення психологічного контакту є основою отримання правдивих показань.

Часом формування психологічного контакту розпочинається усуненням напруженості за допомогою бесіди на сторонню тему, що становить інтерес для допитуваного (це визначається завдяки даним про його особу). Доцільно роз'яснити значення показань для правильного вирішення справи, надання допомоги органам досудового розслідування. Формування психологічного контакту супроводжується з'ясуванням біографічних даних допитуваної особи, заповненням вступної частини протоколу допиту. На цьому етапі вже вимальовується позиція допитуваної особи, досить чітко визначаються її особисті якості, що може вплинути на тактику і план допиту [12].

Психологічному контакту сприяє комунікабельність слідчого, тобто його здатність викликати довіру людей, вміння, з врахуванням індивідуальних особливостей допитуваного (віку, характеру, інтересів, психічного стану тощо), знаходити правильний тон у спілкуванні, викликати зацікавленість до давання правдивих показань. При встановленні психологічного контакту велике значення мають доброзичливість, коректність слідчого, його об'єктивність, неупередженість, готовність уважно вислухати допитуваного, уміння зняти напругу у спілкуванні [16]. Це сприяє створенню і підтриманню протягом слідчої дії спокійної, ділової обстановки.

В умовах протидії, за допомогою тактичних прийомів у допитуваної особи потрібно викликати інтерес до процесу спілкування, давання показань, підвести її до цього. Ця діяльність має продовжуватися і в подальшому, якщо психологічний контакт не був сформований, або для його покращення чи збереження.

Після використання системи тактичних прийомів, спрямованої на встановлення психологічного контакту з допитуваним, можливе виникнення безконфліктної або конфліктної ситуації [10, 197]. При протидії завжди виникає конфліктна ситуація, яка може проявлятися у двох формах: відмови допитуваного від показань або повідомлення неправди у показаннях.

Подолання протидії в таких випадках відбувається на основній стадії допиту та охоплюється діяльністю з розпізнання, припинення і нейтралізації такої протидії. Розпізнання полягає у викритті протидії шляхом виявлення ознак і встановлення її змісту. Припинення протидії допитуваного відбувається за допомогою цілеспрямованого впливу на нього в цілях спонукання до відмови від продовження

діяльності, що перешкоджає розслідуванню і наданню об'єктивних показань. Нейтралізація протидії полягає у застосуванні методів впливу для усунення протидії [2, 13].

За наявності свідомої протидії допитуваного виникає необхідність у варіюванні умов проведення допиту та застосуванні сукупності методів і засобів психологічного впливу. Оскільки процес допиту має, насамперед, комунікативний характер, а спілкування і взаємовідносини неможливі без психологічного впливу, криміналістична (слідча) тактика в теорії і практичних рекомендаціях повинна постійно виходити з наявності такого впливу, його використання і розробки ефективних систем прийомів тактико-психологічного характеру.

В ситуації відмови допитуваного від надання показань доцільно використовувати систему тактичних прийомів, яка спрямована на спонукання до давання показань [10, 197]. С. В. Лаврухін вважає оптимальними прийомами зняття напруги під час бесіди до початку допиту, звернення до позитивних рис особистості допитуваного і переконання в неправильності зайнятої позиції [13]. В. Ю. Шепітько стверджує, що в залежності від мети та процесуального становища допитуваного можуть бути визначені такі тактичні комбінації (системи прийомів): 1) сприяюча адаптації до обстановки допиту і усуненню небажаних станів психіки допитуваного; 2) стимулююча обстановку на необхідність спілкування [18, 70].

На нашу думку, одним з основних елементів слідчої тактики при проведенні допиту в умовах протидії є психологічний вплив.

В юридичній психології основними і допустимими, з точки зору закону, методами психологічного впливу вважають переконання та навіювання.

Переконання – це логічне обґрунтування думок, виражена аргументація своєї позиції. Навіювання – вплив побудований на переживанні сильних емоційних станів, що знижують критичність сприйняття та оцінювання. Серед науковців тривають дискусії про припустимість чи неприпустимість впливу на процесуальну особу через підсвідомість. Проте, В. Г. Андрусюк та С. А. Тарарухін вважають, що для реалізації навіювання неприпустимий обман, тобто активна дія, пов'язана з повідомленням неправдивої інформації або з перекручуванням істини. Але дезорієнтація можлива і необхідна, оскільки

вона не є викривленням фактів, а лише своєрідним використанням достовірної інформації у психологічно насиченій ситуації допиту, коли достовірні факти можуть набути в очах допитуваного особливого значення та суб'єктивно свідчити про більшу, ніж насправді, поінформованість слідчого про взаємозв'язок подій у справі [1, 237].

Однією з форм протидії під час допиту є надання неправдивих показань.

Р. А. Ратінов та Н. І. Гаврилова зазначають, що допитуваний, який не бажає повідомити правдиві показання, свідомо формує неправду, яку відтворює на допиті. Формування неправдивих показань – це творчий процес, де присутні всі елементи репродуктивної задачі, а крім того, йде обробка матеріалів спогадів, як це вигідно особі, що повідомляє неправдиві показання [17, 46].

Необхідно розрізняти такі поняття як “неправда”, “неправдиві показання”, “лжесвідчення”. Більш широким поняттям є неправда, яка є вольовим і свідомим актом людської поведінки, іноді нею називають специфічну форму мислення. В психології неправду розглядають як “феномен спілкування, який полягає в навмисному перекручуванні дійсного становища речей” [9, 195]. Неправдиві показання – це результат умисного повідомлення інформації на допиті, яка не відповідає дійсності. Лжесвідчення являє собою повідомлення неправди, дачу неправдивих показань. Причому, у вузькому значенні слова, лжесвідчення пов'язують з такою процесуальною фігурою, як свідок (потерпілий) [19, 69].

Найважливіше значення для подолання протидії слідству має робота слідчого з викриття причин неправдивих показань. На думку І. А. Ніколайчука, є дві категорії чинників дачі неправдивих показань, неправдивих повідомлень або заяв: внутрішні, які визначають лінію поведінки особи, що дає показання або робить заяву, і зовнішні, які спонукають суб'єкта до неправди [15, 56–57]. Тому, велике значення має з'ясування та усунення мотивів та причин неправди, що дозволяє одержати об'єктивну інформацію від допитуваного.

У криміналістичній літературі висвітлюється значна кількість тактичних прийомів, спрямованих на викриття неправди.

Так, деякі вчені пропонують використовувати такі тактичні прийоми при допиті обвинуваченого: раптовість; логічна послідовність

пред'явлення доказів за їх зростаючою силою; допущення легенди; припинення неправди; поєднання форсованого та уповільненого темпу допиту [5, 33–35]. Інші називають тактичні прийоми, які використовуються в конфліктних ситуаціях з чітким суперництвом: допущення легенди; виклик; раптовість; послідовність; відволікання уваги; форсований темп; уповільнений темп; інерція; створення напруження; створення певного уявлення про інформованість слідчого; повторність [7, 78–84].

У ситуації повідомлення допитуваним неправдивих показань найбільш ефективною, на нашу думку, є подана С. В. Ларухіним така тактична комбінація: 1) переконання в неправильності зайнятої позиції; 2) використання протиріч в показаннях; 3) несподівана постановка питань; 4) постановка серії взаємопов'язаних питань; 5) створення у допитуваного перебільшеного уявлення про обізнаність слідчого про обставини справи; 6) раптове пред'явлення доказів; 7) пред'явлення системи взаємопов'язаних доказів [13].

У більшості досліджень ситуації допиту аналізуються тільки з урахуванням психологічного компоненту – дачі допитуваним неправдивих свідчень. Водночас без уваги необґрунтовано залишається інформаційний компонент, тобто обсяг і якість інформації, яку отримано від допитуваного.

Подолання цієї форми протидії можливе шляхом застосування такого засобу психологічного впливу як рефлексивне управління. Рефлексивне управління – метод контрманіпуляційного впливу, який полягає в передачі протидіючому суб'єкту певної інформації в поєднанні зі суворою конспірацією (маскуванням) дійсних намірів слідства. Реалізуючи рефлексивне управління, слідчий має на меті, вплинути на суб'єкта протидії та стимулювати його до здійснення вчинків, які викривають його протидію та (або) дозволяють встановити приховувані обставини [2, 23].

У криміналістичній теорії визначається важливість спостереження під час допиту за поведінкою допитуваного і його психофізіологічними реакціями. Таке спостереження розглядається як метод “діагностики” правдивості чи неправдивості показань. Зокрема, О. Липман як “симптоми неправди” при допиті пропонував розглядати почервоніння, заїкання, бігання очей, зміни дихання у допитуваного та ін. [14, 3–20]. Прийоми “діагностики” неправди і прихованих

обставин можуть будуватися на основі аналізу мовних висловлювань допитуваного або на основі спостереження за невербальними (немовними) реакціями людини. Такі зовнішні прояви не мають доказового значення, але виконують орієнтуючу функцію [8, 114].

Висновки. Таким чином, можемо зробити висновок, що протидія розслідуванню злочинів як складовий елемент сучасного феномену злочинності потребує розробки й реалізації дієвих заходів для її подолання. Криміналістичною наукою розроблено значну кількість тактичних прийомів для усунення протидії розслідування при проведенні допиту. Позитивний результат допиту, як і розслідування в цілому, залежить від правильності вибору та використання тактичних прийомів. Для покращення ефективності проведення допиту пропонуємо ввести в практику діяльності слідчого консультаційних занять з психологами, з метою більш повного вивчення психологічних особливостей людини, та залучати їх при проведенні допитів, що дозволить більш професійно здійснювати правомірний психічний вплив на особу, що протидіє розслідуванню.

Список використаних джерел

1. **Александров Д. О.** Юридична психологія: підручник / Д. О. Александров, В. Г. Андросюк, Л. І. Казміренко та ін.; [за заг. ред. Л. І. Казміренко, Є. М. Моїсєєва]. – К.: КНТ, 2007. – 360 с.
2. **Балеевских Ф. В.** Тактико-психологические основы преодоления противодействия допрашиваемого: автореф. дисс... канд. юрид. наук / Ф. В. Балеевских. – Екатеринбург, 2008. – 27 с.
3. **Бахін В. П.** Тактика допиту: навч. посіб. / В. П. Бахін, В. К. Весельський. – К.: НВТ “Правник”, 1997. – 64 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pravo.vuzlib.su/book_z896.html
4. **Бритвич Н. Г.** Тактика допроса несовершеннолетнего обвиняемого / Н. Г. Бритвич // Радянське право. – 1986. – № 3. – С. 28–31.
5. **Глазырин Ф. В.** Конспект лекций по судебной психологии. Часть Особенная / Ф. В. Глазырин. – Свердловск: УрГУ, 1978. – 44 с.
6. **Гутнік К. В.** Подолання протидії, яка чиниться під час розслідування злочинів при проведенні допиту / К. В. Гутнік // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 1. – С. 217–223.
7. **Доспулов Г. Г.** Психология допроса на предварительном следствии / Г. Г. Доспулов. – М.: Юрид. лит., 1976. – 112 с.
8. **Закатов А. А.** Ложь и борьба с нею / А. А. Закатов. – Волгоград: Ниж-Волж. кн. изд-во, 1984. – 191 с.

9. **Карпенко Л. А.** Психология. Словарь / [под общ. ред. А. В. Петровского, М. Г. Ярошевского]. – [2-е изд., испр. и доп.]. – М.: Политиздат, 1990. – 494 с.
10. **Криміналістика: підручник** / В. Ю. Шепітько, В. О. Коновалова, В. А. Журавель та ін.; [за ред. В. Ю. Шепітька]. – [4-те вид., перероб. і доп.]. – Х.: Право, 2008. – 464 с.
11. **Криминалистика: учебник для вузов** / А. Ф. Волынский, Т. В. Аверьянова, И. Л. Александрова и др.; [под ред. проф. А. Ф. Волынского]. – М.: Закон и право, ЮНИТИ-ДАНА, 1999. – 615 с.
12. **Криміналістика: конспект лекцій** [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pidruchniki.com/1533051451517/pravo/kriminalistika>
13. **Лаврухин С. В.** Преодоление противодействия подозреваемого и обвиняемого расследованию: криминалистические аспекты / С. В. Лаврухин // Материалы международной научно-практической конференции 16–17 октября 2003 г. – Часть III. – Уфа: РИО БашГУ, 2004. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://kalinsky-k.narod.ru/b/ufa20041/lavruhin.htm>
14. **Липманн О.** Психология лжи // Ложь в праве / О. Липманн, Л. Адам. – Х.: Юрид. изд. Украины, 1929. – С. 6–20.
15. **Николайчук И. А.** Скрытие преступлений как форма противодействия расследованию: монография / И. А. Николайчук; [под ред. Р. С. Белкина]. – М.: Мегатрон ХХЫ, 2000. – 233 с.
16. **Психология взаимоотношений на допросе** [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.grandars.ru/college/pravovedenie/psihologiya-doprosa.html>
17. **Ратинов А. Р.** Логико-психологическая структура лжи и ошибки в свидетельских показаниях / А. Р. Ратинов, Н. И. Гаврилова // Вопросы борьбы с преступностью. – М.: Юрид. лит., 1982. – Вып. 37. – С. 44–57.
18. **Шепітько В. Ю.** Проблемные лекции по криминалистике: учеб. пособ. / В. Ю. Шепітько. – Х.: Апостіль, 2012. – 152 с.
19. **Шур Б. В.** Тактика нейтралізації протидії розслідуванню злочинів, вчинених організованими групами: монографія / Б. В. Шур; [за ред. В. Ю. Шепітька]. – Х.: Гриф, 2005. – 176 с.
20. **Яблоков Н. П.** Криминалистика: учебник / [под ред. Н. П. Яблокова]. – [3-е изд., перераб. и доп.]. – М.: Юристъ, 2005. – 781 с.

Анотація

Стаття присвячена з'ясуванню проблем проведення допиту в умовах протидії слідству. Проаналізовано особливості тактичних прийомів та методів проведення допиту в умовах протидії, подано можливі шляхи подолання такої протидії.

Annotation

The article is devoted to the elucidation of problems in terms of counter interrogation investigation, analyzes the features of tactics and methods of interrogation in terms of opposition, given the possible ways to overcome such countermeasures.

Стецик Б. В.

*Львівська комерційна академія,
старший викладач кафедри кримінального права та процесу.*

**ОСОБЛИВОСТІ ТАКТИЧНИХ, ПРОЦЕСУАЛЬНИХ
ТА ОРГАНІЗАЦІЙНИХ ЗАСАД ПІДГОТОВКИ,
ПРИЗНАЧЕННЯ ТА ПРОВЕДЕННЯ
СУДОВО-ПОЧЕРКОЗНАВЧОЇ ЕКСПЕРТИЗИ**

Ключові слова: *тактика, судово-почеркознавча експертиза, слідча дія, висновки експерта, експериментальні зразки.*

Keywords: *tactics, forensic handwriting examination, legal graphology, expert opinion, experimental samples.*

Постановка проблеми. Сьогодні Україна переживає період становлення ринкових відносин в економіці, що супроводжується значним зростанням кількості документів, які складаються фізичними та юридичними особами. Одним з найважливіших реквізитів документа є підписи, які належать до числа найбільш розповсюджених об'єктів судово-почеркознавчої експертизи. Судово-почеркознавча експертиза відноситься до так званих традиційних криміналістичних експертиз. Вона найбільш поширена в слідчій і судовій практиці, оскільки може бути призначена у найрізноманітніших категоріях кримінальних і цивільних справ, якщо при їх розслідуванні та судовому розгляді виникає необхідність встановити факти (фактичні обставини), пов'язані з дослідженням рукописів.

Аналіз останніх досліджень. У криміналістичній науці вже є низка наукових розробок, докторських та кандидатських дисертаційних досліджень, видані монографії, посібники та інші наукові праці, які присвячені деяким окремим аспектам проведення судових експертиз, у тому числі судово-почеркознавчої експертизи. Відібранню

експериментальних зразків приділяли увагу вітчизняні та зарубіжні вчені – Л. Ю. Ароцкер, В. Д. Арсен'єв, Ю. П. Алєнін, О. Я. Баєв, Р. С. Белкін, В. Д. Берназ, Т. В. Будко, О. М. Васильєв, А. І. Вінберг, С. М. Вул, В. Г. Грузкова, А. ВДулов, Н. І. Долженко, В. А. Жбанков, В. А. Журавель, Г. О. Зорін, Качурін С. Г., Н. І. Клименко, В. Я. Колдін, В. О. Коновалова, В. К. Лисиченко, В. В. Липовський, Є. М. Лифшиць, З. С. Мелєневська, І. М. Можар, В. Ф. Орлова, Ю. К. Орлов, А. К. Педенчук, І. В. Постика, О. Р. Росинська, М. В. Салтевський, Т. В. Сахнова, М. Я. Сєгай, М. О. Сєліванов, З. М. Соколовський, Т. М. Федоренко, В. Б. Федосєєва, С. А. Ципенюк, С. А. Шейфер, В. Ю. Шепітько, О. Р. Шляхов, М. Г. Щєрбаковський, О. О. Ейсман та ін.

У працях зазначених вчених розглядалися процесуальні, організаційні, методичні аспекти проведення судових експертиз та одержання зразків для експертного дослідження, а також наукові засади почеркознавства.

Формулювання цілей статті. Метою статті є теоретичне обґрунтування щодо організаційних і тактико-технічних підстав проведення судово-почеркознавчої експертизи, визначення основних елементів підготовки, збирання, упакування і направлення на експертизу необхідних матеріалів; послідовності дій слідчого, експерта; особливостей призначення судово-почеркознавчої експертизи та строку проведення судових експертиз; окреслити сучасний стан і шляхи подальшого розвитку судового почеркознавства.

Виклад основного матеріалу. Під тактикою судової експертизи слід розуміти систему вироблених наукою та практикою прийомів та способів, застосовуваних на основі процесуального закону під час підготовки, призначення та проведення експертизи з метою найбільш ефективного використання спеціальних знань при вирішенні питань, які мають значення для встановлення істини в розслідуваній справі [4, 7].

Призначення судової експертизи є слідчою дією, проведення якої складається з трьох етапів: а) підготовка і призначення судової експертизи; провадження експертного дослідження; в) дослідження, оцінка й перевірка висновку експерта [8, 43].

Почеркознавча, як і будь-яка інша судова експертиза, має бути старанно підготовлена. Підготовку матеріалів для експертизи

Р. С. Белкін визначає як систему процесуальних, організаційних і технічних дій зі збирання, підготовки й оформлення необхідних для проведення експертизи вихідних матеріалів та інших об'єктів експертного дослідження [3, 14]. Більш точною видається позиція М. Я. Сегає, котрий вважає, що “Призначення судової експертизи – самостійна слідча (судова) дія, метою якої є отримання висновку експерта як джерела доказів у кримінальних і цивільних справах. Водночас, – продовжує М. Я. Сегає, – призначення експертизи це складна й переважно тривала дія, пов’язана з підготовкою необхідних матеріалів, з вибором моменту й оформленням постанови про “Призначення експертизи, з організацією її успішного проведення, що вимагає розробки тактики судової експертизи, яка б забезпечувала найбільш ефективне використання спеціальних знань” [8, 42].

Проаналізувавши вищенаведені позиції М. Я. Сегає та порівнявши їх із поглядами В. Ю. Шепітька, у процесі підготовки і призначення експертизи можна виділити такі основні елементи: прийняття рішення про призначення експертизи; збирання, підготовка та направлення необхідних матеріалів; вибір моменту призначення експертизи; визначення предмета судової експертизи; формулювання питань експерту; вибір експертної установи або експерта; складання постанови про призначення експертизи.

Першим етапом підготовки судово-почеркознавчої експертизи є тактичне рішення слідчого про необхідність використання спеціальних знань експертів для встановлення доказових фактів у справі. Таке рішення слідчий приймає, звичайно, в період провадження первинних слідчих дій і, здебільшого, під час огляду та вивчення документів з рукописними текстами й підписами. Вивчаючи вилучені документи та інші матеріали справи, слідчий висуває версії щодо ймовірних виконавців рукописних текстів і підписів, визначає можливості та перспективи їх експертного дослідження. Судово-почеркознавчу експертизу слідчий призначає в разі необхідності, доцільності, та можливості її провадження. Під необхідністю розуміють потребу розв’язання питань з використанням спеціальних знань; під доцільністю – тактичну ситуацію певного моменту розслідування; під можливістю – ситуацію, коли для провадження експертизи зібрані всі необхідні матеріали, а стан речових доказів надає можливість ви-

рішити питання, що цікавлять слідчого [2]. Призначення експертизи не обмежується складанням постанови (ухвали) про її призначення. При цьому слідчий (суд) визначає конкретні підстави, предмет експертизи, об'єкти, обізнану особу чи експертну установу, де проводитиметься дослідження, місце та час експертизи тощо.

Збирання, підготовка, упакування і направлення на експертизу необхідних матеріалів. Наступним етапом підготовки почеркознавчої експертизи є визначення, пошук, виявлення та вилучення порівняльних матеріалів. Вирішення питань, які ставлять перед експертом, можливе лише при правильно зібраному порівняльному матеріалі – зразках почерку (підпису). Помилки, допущені при добір зразків, можуть спричинити експертну помилку, що в кінцевому результаті спрямує слідство хибним шляхом.

Безумовно, зразки, що направляються на дослідження, повинні бути якісні та надані в достатній кількості.

За своїм походженням зразки почерку поділяються на вільні, умовно-вільні й експериментальні.

Як вільні зразки почерку можуть бути використані листи, щоденники, тексти заяв, підписи в платіжних дорученнях, конспекти лекцій тощо, виконані підозрюваним до відкриття кримінального провадження та не у зв'язку з розслідуваною подією. Цінність таких матеріалів полягає в тому, що при їх складанні виконавець не припускав, що в майбутньому вони можуть бути використані як зразки для порівняльного дослідження в почеркознавчій експертизі. Тож такі рукописи виконуються звичним почерком без його навмисного спотворення.

Вільні зразки почерку повинні відповідати таким вимогам:

- бути виконаними тією ж мовою, що й текст документа, який підлягає дослідженню;
- належати до того ж періоду часу чи з незначним розривом у часі, що рукописи, які підлягають дослідженню (тобто бути максимально наближеними за часом виконання до досліджуваного документа);
- бути однаковими за змістом і призначенням (якщо на дослідження надходять рукописи, виконані у видатковому ордері, то як зразки повинні бути надані рукописи, виконані в аналогічному документі й такого ж змісту);

- збігатися за матеріалами для письма, способом і умовами виконання рукопису (тексту, підписів, цифрових записів): зразки мають бути виконані однаковим приладом для письма (олівцем, пером, кульковою ручкою) й по можливості на тому ж папері (за сортом та якістю), бути однаковими за темпом і типом письма (скоропис, стилізоване письмо тощо) чи виконаним зі зміною робочої руки (ліворучне письмо), виконаним стоячи, сидячи тощо;
- бути виконаними у відповідному стані виконавця (період хвороби та ін.).

Якщо при наданні матеріалів на почеркознавче дослідження не виконуються зазначені вимоги, то питання, поставлені експертові, можуть бути не вирішені. У такому разі експерт повинен заявити клопотання про надання додаткових зразків, необхідних для надання висновку.

Вилучення та приєднання таких документів до матеріалів справи здійснюється під час провадження огляду місця події, обшуку, виїмки.

Як умовно вільні зразки почерку можуть бути використані тексти пояснень, власноруч викладених показань у протоколах допитів та інших документах, виконаних підозрюваним після відкриття кримінального провадження, але не спеціально для провадження експертизи. Слідчий повинен мати на увазі, що підозрюваний може припускати можливість використання таких рукописів як порівняльних матеріалів під час провадження почеркознавчої експертизи й тому, виконуючи їх, навмисно змінювати свій почерк.

Експериментальні зразки поділяють на:

- звичайні, для відбору яких слідчий не створює спеціальних умов;
- спеціальні, для відбору яких слідчий створює спеціальні умови, максимально наближені до умов виконання тексту документа, що підлягає дослідженню.

Експериментальні зразки можуть бути отримані: диктуванням тексту документа чи іншого тексту, заздалегідь підготовленого навмисно для цієї мети. Диктування проводиться в тому темпі, який вибрано слідчим або іншою особою, що провадить відбір зразків; слова при цьому читаються так, як вони вимовляються, знаки пунктуації голосом не відокремлюються. У випадках, коли потрібно ознайомити особу зі змістом документа, що досліджується, то перед тим, як відбирати

експериментальні зразки, складають спеціальний зв'язний текст, у якому були б слова, які використовуються в досліджуваному документі. Якщо в процесі отримання експериментальних зразків буде встановлено навмисне зниження темпу письма, треба збільшити швидкість диктування, а при підвищенні швидкості темпу письма – навпаки. Щоб забезпечити умови для прояву звичної варіативності почерку при отриманні експериментальних зразків, кожний написаний аркуш потрібно прибирати з поля зору особи, що пише, щоб цей текст не був зразком для наступного. При відбиранні зразків цифрового письма треба диктувати три-чотири рази текст, в якому часто згадується аналогічний цифровий запис. Такий цифровий запис повинен бути відображеним на окремих аркушах паперу не менше від десяти разів; самостійним написанням, коли особа, що перевіряється, на пропозицію слідчого й у його присутності пише довільний текст.

Як вільні, так й експериментальні зразки бажано надавати не менше, ніж на п'яти аркушах. При цьому потрібно зазначити, що чим коротший досліджуваний текст, тим більша кількість зразків необхідна.

Вільні зразки підписів надаються, по можливості, не менш, аніж на 10 документах, експериментальні – у кількості не меншій від 20 зразків. При необхідності вирішення питання, чи не виконано підпис від імені однієї особи іншою, на експертизу надають зразки підписів обох осіб.

Підготовка до отримання експериментальних зразків для порівняльного дослідження передбачає:

- вирішення питання про те, які зразки й у якій кількості необхідно одержати; визначення місця та часу їх отримання; визначення способу й умов одержання зразків;
- визначення складу учасників процесуальної дії; винесення постанови про отримання зразків і ознайомлення з нею дійових осіб;
- підготовку науково-технічних засобів, за допомогою яких відбиратимуться зразки; складання письмового плану одержання зразків (у разі необхідності). [5, 243]

Слідчому перед отриманням експериментальних зразків необхідно:

- 1) заздалегідь підготувати матеріал для написання, що відповідає досліджуваному документу за якістю, форматом, чи підібрати бланк, аналогічний бланку документа, а також

приладдя для письма, що відповідає тому, яким виконано текст досліджуваного документа (олівець визначеної твердості та заточення, сип пера тощо);

- 2) скласти текст для диктування, що містить справа сполучення букв (цифр), що є в документі, який підлягає дослідженню (коли в інтересах справи особа, що перевіряється, не повинна знати про те, який саме документ перебуває в розпорядженні слідчого);
- 3) якщо в слідчого чи оперативного працівника є дані про те, що досліджувані, рукописні записи чи підписи виконувалися в незвичних умовах, про що свідчать наявність звивистості, зламів а також нестійкості розміру та нахилу елементів, необхідно створити спеціальні умови, максимально наближені до умов виконання документа (стоячи, в умовах незадовільної видимості, на стіні, в рукавичках, без окулярів та ін.).

Слідчому під час підготовки та провадження цієї процесуальної дії складно, а часом і неможливо, обійтися без кваліфікованої допомоги відповідних спеціалістів. Найчастіше спеціаліст надає допомогу слідчому в створенні умов для отримання експериментальних зразків. Умови для отримання зразків повинні бути максимально наближеними до тих, у яких виник досліджуваний об'єкт. Спеціаліст у галузі почеркознавства може надати допомогу слідчому: в доборі тексту, що буде написаний випробовуваним; у складанні переліку слів і словосполучень, які необхідно написати визначену кількість разів, аби при цьому не акцентувати увагу випробовуваного на написанні слів і сполучень, які можуть цікавити експерта; порадити, в якій послідовності та в яких умовах необхідно здійснювати всі ці операції.

Особи, в якій вчідбирається зразок, слідчим, особою, що здійснює дізнання, прокурором або судом створюються спеціальні умови, найбільш сприятливі для отримання необхідних результатів. Ці умови надалі можуть довільно змінюватись на розсуд слідчого. Зрештою, дії, спрямовані на одержання зразків для порівняння, можуть повторюватися стільки разів, скільки буде визнано за необхідне [7, 37].

При відбиранні експериментальних зразків почерку не можна давати випробовуваному списувати текст із рукопису, що підлягає дослідженню, а треба спочатку запропонувати самостійно скласти будь-який документ (автобіографію, заяву тощо). При цьому необ-

хідно створити випробовуваному звичні для нього умови письма, надати можливість користуватися звичним приладом для письма, окулярами (якщо він їх, зазвичай, використовує) та ін.

Потім треба відібрати в цієї особи зразки почерку під диктування, забезпечивши їй можливість користуватися ручкою, олівцем тощо, аналогічним тому, що використовувався при написанні сумнівного рукопису. Диктування здійснюється в темпі, визначеному слідчим (спеціалістом). Диктувати текст потрібно логічно закінченими реченнями, рівним, спокійним тоном, без виділення та підкреслення голосом особливостей виконання певних слів та їхніх частин, без зазначення розміщення в тексті розділових знаків, тому що диктуванням можна звернути увагу того, хто пише, на графічний матеріал, який цікавить експерта.

Процес відбирання експериментальних зразків почерку бажано повторити через деякий час. Це дасть можливість виявити всі варіанти ознак почерку певної особи. Інтервали в часі при відбиранні зразків можуть становити від декількох годин до декількох днів. Це питання вирішується індивідуально, в кожному конкретному випадку. Наприклад, якщо було помічено, що особа намагалася навмисно змінити свій почерк, потрібно зробити більш тривалу перерву для того, щоб їй було важче пригадати, які саме зміни вона вносила у свій почерк при виконанні попередніх зразків.

У разі навмисної зміни почерку особа може наслідувати шкільний почерк, змінити нахил і розмір почерку. Іноді вносяться зміни в найбільш помітні ознаки почерку.

Безумовно, що в такому разі тільки належні зразки почерку можуть допомогти експертові правильно розв'язати питання стосовно виконавця. Підготовка відповідних зразків можлива після того, як слідчий самостійно чи за допомогою експерта з'ясує особливості внесених до почерку змін.

Одним з різновидів навмисної зміни почерку є виконання рукописних записів літерами на кшталт друкованих або з наслідуванням спеціальних шрифтів. Для встановлення виконавців таких рукописів неодмінно потрібні подібні зразки почерку. Вони можуть бути вільними й експериментальними. Відомо, приміром, що всі особи, які навчаються з технічних училищах, технікумах, інститу-

тах, одержують теоретичні знання та практичний досвід написання креслярським шрифтом, відповідно до ДСГУ. У таких осіб часто можуть бути вилучені вільні зразки почерку, виконані креслярським шрифтом. Якщо таких рукописів не буде виявлено, то необхідно відібрати експериментальні зразки з наслідуванням спеціальних шрифтів. Іноді виникає необхідність досліджувати рукописні записи, виконані лівою рукою. Завжди доцільно відбирати зразки почерку, виконані лівою та правою руками.

Особливе місце в почеркознавчій експертизі посідають цифрові записи. Специфіка матеріалу, що надається на експертизу (зазвичай, обмежений обсяг, порівняно сповільнений темп), вимагає відбирання таких зразків почерку, в яких би використовувалися цифри в різному їх сполученні й обов'язково так, як вони були розташовані в документі, що підлягає дослідженню. Якіснішими зразками, безумовно, є вільні. Не менш важливо мати зразки цифрових записів, виконаних експериментально. При отриманні зразків цифрових записів необхідно брати до уваги особливості досліджуваних цифрових записів (за матеріалом для письма, знаряддям, розміром елементів цифр тощо).

Під час призначення експертиз підписів експертові потрібно надати експериментальні зразки як підписів, так і почерку передбачуваного виконавця.

При відбиранні експериментальних зразків підпису необхідно пам'ятати, що підписи в досліджуваних документах можуть бути виконані: 1) від власного імені; 2) від імені визначеної особи; 3) від імені вигаданої особи.

Це повинно бути відображено в постанові про призначення експертизи.

На експертне дослідження потрібно надати:

- особисті зразки підпису та рукописних записів перевірюваної особи;
- зразки підписів і рукописних записів особи, від імені якої виконано підпис;
- експериментальні зразки, для отримання яких необхідно скласти текст зі словами чи прізвищами, що містили б сполучення літер, наявних у досліджуваному підписі;

- зразки підпису та почерку особи, що перевіряється, в усіх різновидах, зокрема й записи прізвища особи, від імені якої виконано досліджуваний підпис.

Зазвичай, необхідно звертати увагу на такі особливості:

- при відбиранні експериментальних зразків підпису в особи, від імені якої виконано досліджувані підписи, варто запропонувати їй виконати свій підпис у всіх варіантах на окремих аркушах по 10–15 підписів на кожному. Виконання всіх підписів на одному аркуші не дає змоги достовірно диференціювати їхні варіанти;
- у разі необхідності порівняння не тільки з підписами осіб, від імені яких виконано досліджувані підписи, а й з почерком іншого передбачуваного виконавця, при відбиранні експериментальних зразків необхідно запропонувати останньому написати прізвище, ім'я, по батькові особи, від імені якої виконано досліджуваний підпис, не менше від 30 разів, по 5–6 написів на аркуші. Крім цього, доцільно продиктувати заздалегідь складений текст, у якому згадувалося б декілька разів прізвище цієї особи;
- якщо досліджувані підписи виконані від імені вигаданих осіб, то при відбиранні експериментальних зразків почерку потрібно запропонувати передбачуваному виконавцю виконати прізвище, ім'я, по батькові вигаданих осіб, по 3–4 рази на окремих аркушах (таких аркушів має бути не менше від 10 на кожне прізвище) та продиктувати тексти, в яких згадувалися б прізвища вигаданих осіб. Такий тест треба диктувати не менше, ніж 3–4 рази.

Усі експериментальні зразки повинні бути завірені слідчим (суддею) із зазначенням часу, темпу виконання, пози того, хто пише, положення аркуша паперу тощо.

Необхідною умовою наданих на експертизу зразків є їх достовірність, тобто безсумнівна належність рукописів (підписів) особі, зразками почерку якої вони слугують.

Зразки для порівняльного дослідження повинні відповідати таким вимогам (характеризуватися):

- безсумнівною походження – всі документи мають бути отримані з надійних джерел і не викликати сумніву щодо їхнього походження;

- достатністю – обсяг зразків повинен перевищувати обсяг досліджуваного тексту в три-чотири рази; достатня кількість зразків означає такий їх обсяг, який забезпечує можливість повного та всебічного співставлення всіх ознак почерку, які є в досліджуваному тексті;
- порівнюваністю тексту та знаків, у зразках мають бути такі ж фрагменти рукописного, тексту, слова, сполучення букв, як і в досліджуваному тексті;
- порівнюваністю засобів і умов письма – текст має бути виконаний аналогічним приладдям і на аналогічному папері.

Якщо матеріали, що направляються на почеркознавчу експертизу, не відповідають зазначеним вимогам, питання, поставлені перед експертом, можуть залишитися невирішеними. У такому разі експерт порушує клопотання про надання йому додаткових матеріалів, необхідних для провадження експертизи.

Матеріали, що направляються для провадження експертизи, повинні бути упаковані. Упакування має унеможливлювати їх втрату, підміну чи пошкодження.

Про відбирання експериментальних зразків почерку (підписів), згідно зі ст. 160–166 КПК України, складається протокол, який, разом з іншими матеріалами справи, надається експертові.

Обираючи момент призначення почеркознавчої експертизи, потрібно мати на увазі, що призначення експертизи є процесуальною слідчою дією і, таким чином, її проведення можливе лише при відкритому кримінальному провадженні. Призначення експертизи віднесено на розсуд слідчого або суду (крім випадків обов'язкового її призначення), які приймають рішення виходячи з конкретних обставин справи, необхідності застосування наукових, технічних або інших спеціальних знань і неможливості встановлення фактичних даних іншим шляхом. За загальним правилом судова експертиза повинна бути призначена своєчасно. А своєчасність призначення експертизи забезпечується плануванням цієї слідчої дії і, зазвичай, визначається наявністю в слідчого необхідних для її проведення матеріалів. Як тільки слідчий матиме в своєму розпорядженні такі матеріали, експертиза повинна бути призначена невідкладно.

Визначаючи момент призначення експертизи, слід врахувати:

- властивості та стан об'єктів експертного дослідження;

- необхідність та можливість одержання порівняльних зразків;
- особливості експертного дослідження (складність, наявність відповідних методик, час проведення тощо);
- слідчу ситуацію [10, 184].

Вибір моменту призначення експертизи передбачає визначення її місця у системі інших слідчих дій. Призначення та проведення експертизи зумовлені тактичними міркуваннями. Визначення часу призначення експертизи пов'язане з особливостями розслідуваного злочину, слідчою ситуацією, наявністю або відсутністю необхідних матеріалів для призначення експертизи.

Кримінально-процесуальне законодавство не регулює строків проведення судових експертиз. Однак такі строки визначені відомчими нормативними актами [7]. Так, в експертно-криміналістичних підрозділах МВС України експертиза повинна бути проведена протягом 15 діб із дня вручення експертові постанови про її призначення. У науково-дослідних інститутах судової експертизи Міністерства юстиції України термін проведення експертизи становить 10 діб. Одночасно такі нормативні документи передбачають можливість продовження термінів проведення експертиз (якщо експертиза складна чи багатооб'єктна), а також можливість призупинення проведення експертизи (за недостатності матеріалів, зокрема й зразків для порівняльного дослідження). Тож несвоєчасне призначення експертизи може спричинити затягування процесуальних термінів розслідування.

При визначенні предмета судової експертизи необхідно брати до уваги те, що її предмет утворюють факти й обставини, встановлення яких вимагає використання спеціальних знань. Предмет експертизи визначається питаннями, поставленими перед експертом.

На сучасному етапі почеркознавчою експертизою може бути встановлено, що рукописні записи (підписи) в документі виконані: певною особою; однією особою чи різними особами (різні частини записів у одному документі або в кількох док.); навмисно зміненим почерком; лівою рукою (при звичному для виконавця писанні правою рукою); з наслідуванням почерку іншої конкретної особи; особою певної статі; у незвичайному стані (сп'яніння, схвильованості тощо); у незвичних для виконання умовах письма (стоячи, лежачи та ін.).

При формулюванні питань слідчому доцільно скористатися відповідними довідниками або науково-методичними рекомендаціями з питань підготовки та призначення судових експертиз Міністерства юстиції України 2009 р. [6], що містять перелік розв'язуваних почеркознавчою експертизою питань, або допомогою спеціаліста. Такі переліки питань є орієнтовними.

Питання до експерта мають відповідати таким основним вимогам [9, 537]: не виходити за межі спеціальних знань експерта і не мати правовий характер; бути визначеними, конкретними і короткими; мати логічну послідовність; характеризуватися повнотою та мати комплексний характер.

У найбільшій мірі їх застосування направлено на виявлення динамічних властивостей почерку (координація, темп, ритм рухів, а також натиск). У розкритті закономірностей їхнього проявлення криміналісти бачать джерело цінної інформації, яка дуже корисна в цілях дослідження почеркових реалізацій, в особливості мало-об'ємних підписів, коротких записів.

Найбільш актуальною на даний час є розробка автоматизованої системи дослідження коротких почеркових об'єктів. Автоматизовані системи виконують двояку функцію: з одного боку вони допомагають отримати інформацію про об'єкт, яка недоступна іншим шляхом; з іншого – звільняють експерта від стомлюючої нетворчої роботи, зводячи до мінімуму можливість суб'єктивних помилок.

Висновки. Судово-почеркознавча експертиза на сьогодні відіграє неабияку роль у судочинстві. Потреба у її призначенні постає кожного разу, коли для вирішення чи розв'язання певних питань, з'ясування обставин, що мають значення у кримінальному провадженні, виникає необхідність застосування спеціальних знань для дослідження рукописних записів, підписів. Як правило, необхідність у таких дослідженнях виникає у випадках потреби ідентифікації конкретної особи; визначення умов, у яких виконувався почерковий об'єкт; встановлення належності почерку виконавця до групи почерків, приналежності особам певної статі, віку або типу тощо.

Підготовка матеріалів для проведення судово-почеркознавчої експертизи є системою процесуальних, організаційних, технічних дій і тактичних прийомів зі збирання необхідних для проведення

експертного дослідження об'єктів. Варто зауважити, що важливим тактичним положенням підготовки матеріалів є постійна взаємодія слідчого зі спеціалістом-почеркознавцем.

У сучасний період судове почеркознавство є високорозвиненою предметною галуззю теорії судової експертизи і галуззю криміналістики. Характерним для нього є подальший активний розвиток теоретичних засад судового почеркознавства; експериментальних розробок; узагальнень експертної практики; удосконалення існуючих методів і створення нових, більш ефективних методів експертного дослідження почерку. Оцінюючи стан судового почеркознавства на даний момент, не можна назвати його застійним, тому що активні спроби розвивати його загальні та окремі напрями постійно здійснюються; коло питань, що вирішуються експертами-почеркознавцями, постійно розширюється, цьому сприяють теоретичні та експериментальні дослідження у галузі судового почеркознавства. Основними перспективними напрямами роботи у сфері судового почеркознавства можна назвати такі: удосконалення існуючих та розробка нових методик дослідження: створення експертних систем, які базуються на методах експертних оцінок, для вирішення діагностичних та інтеграційних завдань в почеркових об'єктах, виконаних у незвичних умовах; розробка методів, заснованих на комплексному використанні спеціальних знань судового почеркознавства та суміжних експертних галузей.

Список використаних джерел

1. **Белкин Р. С.** Эксперимент в следственной, судебной и экспертной практике / Р. С. Белкин. – М., 1964. – С. 37.
2. **Ивашков В. А.** Особенности составления заключения эксперта при выполнении дактилоскопических экспертиз: Учеб. пособ. / А. В. Ивашков. – М., 1999. – С. 5.
3. **Качурін С. Г.** Тактика проведення судово-почеркознавчої експертизи. Автореф. дис. канд. наук / С. Г. Качурін. – К., 2006. – С. 14.
4. **Крышов И. Ф.** Пути развития тактики экспертизы / И. Ф. Крышов // Сборник научных работ. – Вид. 3. – Вильнюс, 1968. – С. 7.
5. **Кузьмічов В. С.** Криміналістика: навч. посіб. / В. С. Кузьмічов, Г. І. Прокопенко; [за заг. ред. В. Г. Гончаренка, Є. М. Мойсєєва]. – К., 2001. – С. 243.
6. **Науково-методичні рекомендації** з питань підготовки та призначення судових експертиз, затверджені Наказом Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 року № 53/5 (із внесеними змінами 01.06.2009 р. № 965/5).

7. **Постанова про діяльність експертно-криміналістичної служби МВС України**, затверджена Наказом МВС України від 30 серпня 1999 р. № 682. Інструкція про призначення та проведення судових експертиз і Науково-методичні рекомендації з питань підготовки та призначення судових експертиз, затверджені Наказом Міністерства юстиції України від 01 червня 2009 р. № 965/5.
8. **Судебные экспертизы** (возможности, подготовка материалов, назначение, оценка). – К., 1981. – С. 43.
9. **Шепітько В. Ю.** Криміналістика: підручник / В. Ю. Шепітько. – [2-ге вид., переробл. і доп.]. – К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2004. – С. 728.
10. **Шепітько Ю. В.** Криміналістика: підручник / В. Ю. Шепітько. – [4-те вид., переробл. і доп.]. – Х.: Право, 2008. – С. 264.

Анотація

Досліджується питання судово-почеркознавчої експертизи. Показано, що потреба призначення судово-почерковознавчої експертизи виникає лише тоді, коли для вирішення чи розв’язання певних питань, з’ясування обставин, що мають значення у кримінальному провадженні, виникає необхідність застосування спеціальних знань для дослідження рукописних записів, підписів, за допомогою якої можуть підтверджуватися або спростовуватися певні обставини, на які посиляються сторони. Висвітлені деякі проблемні питання сучасної судово-почеркознавчої експертизи в Україні та запропоновано шляхи їх вирішення.

Annotation

Abstract we study the of forensic handwriting examination. It is shown that the nature of the appointment is necessary only when to address or resolve certain issues, clarify the circumstances relevant to the criminal proceedings, there is the need for specialized knowledge for the study of handwritten records, signatures, through which can confirmed or certain circumstances referenced parties. Highlights some problems of modern examination of handwriting in Ukraine and the ways of their solution.

РОЗДІЛ 7

**ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО
ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС**

Федик Є. І.

*к. ю. н., доцент, Львівська комерційна академія,
завідувач кафедри цивільного права та процесу;*

Федик С. Є.

к. ю. н., доцент, Львівський ДУВС

ДО ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТОРГОВЕЛЬНОЇ МАРКИ

Ключові слова: *торговельна марка (ТМ), функції ТМ, види ТМ, принципи ТМ, правова охорона ТМ, охороноздатність ТМ.*

Keywords: *trade mark (ТМ), functions ТМ, kind ТМ, principle ТМ, defence of low ТМ.*

Потреба ефективного правового регулювання торговельних марок (надалі – ТМ) і зокрема забезпечення єдиного режиму охорони прав на них зумовлена економічними зрушеннями у структурі економіки та інноваційній політиці. Однак досягненню необхідного рівня такої ефективності не сприяють наявні розбіжності в існуючих понятійних категоріях стосовно ТМ у чинному законодавстві України співвідносно законодавству країн ЄС.

Проблеми цивільно-правової охорони ТМ є тотожними проблемам у системі правового захисту та охорони об'єктів інтелектуальної власності взагалі. Більше того, вдосконалення національного законодавства з цих питань, його гармонізації до міжнародно-правових норм повинні вважатися пріоритетними.

Питання аналізу понятійного апарату ТМ, змісту цивільних правовідносин у сфері їх використання, чинного законодавства, імплементації міжнародно-правових актів, правового регулювання охороноздатності та правової охорони ТМ в останні роки

досліджувались Бошицьким Ю. Л., Іолкіним Я. О. Малиновською Т. М., Немешем П. Ф., Піхурець О. В. Харитоновою О. І. та іншими науковцями України. Однак низка правових аспектів зазначеного кола питань досі ще є дискусійними.

Подальших досліджень та узагальнень потребують понятійний апарат ТМ, видова характеристика ТМ, умови охороноздатності з метою підвищення рівня ефективності цивільно-правового захисту прав на ТМ.

Символьна фіксація зв'язку між товаровиробником і його продукцією мала місце ще 5000 років до нової ери у багатьох тодішніх країнах. Тому варто вести мову не про зародження торгової марки, а про її еволюцію, оскільки з початку 13-го століття маркування товарів ставало обов'язковим в силу дії спеціальних законів. З часом, особливо в сучасних умовах, об'єкти інтелектуальної власності, одним з яких є і торгова марка, виступають вагомим фактором суспільного розвитку.

Торгова марка, як об'єкт права інтелектуальної власності, є не тільки важливим інструментом у реалізації обороту товарів і послуг на внутрішньому та зовнішньому ринках, сприяючи захисту інтересів виробника і споживача, але й виступає невід'ємним елементом ринкових відносин.

Правове регулювання використання торгової марки в Україні здійснюється внутрішнім законодавством у відповідності до норм міжнародного права у цій сфері. Так, частиною внутрішнього законодавства України вже стали 18 (з 22 діючих) багатосторонніх міжнародних договорів. На сьогодні чинне законодавство України з регламентації правової охорони ТМ налічує значну кількість як ратифікованих міжнародних договорів так й інших нормативно-правових актів, проте вцілому ця нормативна база не має системного характеру свого розвитку, що призводить до виникнення колізій та протиріч у ньому. Тож становлення єдності у питаннях правового регулювання стосовно використання та захисту торговельних марок вимагає забезпечення єдності судової практики, в першу чергу – шляхом приведення законодавства України до вимог Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ) та міжнародної правозастосовчої практики.

Відсутність в Україні належної внутрішньої законодавчої бази в галузі захисту права на ТМ обумовлена насамперед тим, що в умовах

адміністративної економіки вона не могла виконувати роль, що їй відводиться, а її функції мали дещо викривлений характер. Як наслідок – відсутність ефективного механізму захисту прав на ТМ та належної законодавчої бази, де б враховувалися інтереси як тих осіб, яким належить виключне право на ТМ, так і третіх осіб, що діють на внутрішньому і зовнішньому ринках товарів та послуг, що спричинило значну кількість порушень цих прав, оскільки з розвитком ринкових відносин в Україні почастішали прояви недобросовісної конкуренції, пов'язаної з незаконним використанням ТМ, і на жаль, масштаби таких порушень зростають з року в рік. На сьогодні перехід економіки на ринкові засади та значне оновлення законодавства забезпечують ТМ пріоритетне місце серед інструментів ринкової торгівлі.

Правова охорона ТМ захищає споживача від введення його в оману виробником продукції/товару, розвиває добросовісну конкуренцію, надає можливість використовувати репутацію та престиж, не допускаючи ситуації, коли споживач користуватиметься продукцією тих, хто створив ТМ, а не тих, хто не має до неї ніякого відношення. Окрім зазначеного, питання ефективності цивільно-правового захисту ТМ достатньою мірою пов'язані з відсутністю єдиного визначення самого поняття “торговельна марка” як в законодавстві України, так і в науковій думці, хоча у торгово-економічному просторі ЄС застосовується уніфіковане його визначення – “trademark”.

Так, у різних нормативно-правових актах України при визначенні поняття ТМ мають місце не однакові словосполучення, які розкривають понятійну суть шляхом охоплення різних аспектів змісту. У силу цього, необхідність уніфікації визначення самого поняття ТМ має безпосередньо правове значення, оскільки відмінності у понятійних визначеннях стосуються як моменту виникнення права на ТМ, так і питань захисту права на неї.

Разом з тим, чіткість і повнота визначення поняття ТМ вимагають і розгляду питання про поняття об'єкта цивільних прав та об'єкта цивільних правовідносин. Правова наука виходить із того, що ТМ є об'єктом цивільних правовідносин. Однак коректність такого твердження стосовно результатів творчої інтелектуальної діяльності може бути піддана сумніву, адже виходить, що об'єктом права є те ж саме, що є об'єктом зобов'язання.

Тільки поведінка (дія) фізичної особи здатна до реагування на вплив суб'єктивного права і правового обов'язку. Речі та результати творчої діяльності не здатні до такого реагування, тому вони не можуть бути об'єктами права у науковому розумінні. Таке міркування достатньою мірою співзвучне з позицією А. Я. Магазинера та О. І. Іоффе, котрі вважали за необхідне розділити об'єкт цивільних правовідносин на матеріальний і юридичний.

Це твердження безпосередньо повинно стосуватись і ТМ – в разі її реєстрації, використання, надання права на використання, вона стає об'єктом різних прав, а суб'єктивні права – елементами різних цивільних правовідносин, у яких є свій матеріальний і юридичний об'єкт. Так, у правовідносинах з надання права на використання ТМ необхідно розрізняти два об'єкти: нематеріальний об'єкт (напр. – її репутація) і зміст ТМ (сміслові характеристики), а також ще один об'єкт – це дії зобов'язаної особи щодо використання ТМ. Такі дії суб'єктів і будуть “юридичним об'єктом”. У цьому випадку елементами правовідносин є: обов'язок зобов'язаної особи здійснити або не здійснити певну дію; право уповноваженої особи вимагати здійснення або не вчинення зобов'язаною особою певних дій, що в поєднанні становить зміст такої категорії правовідносин.

Загальне визначення поняття ТМ не може бути сформульовано без встановлення і дослідження різних видів ТМ та їх видової класифікації. ТМ можуть бути класифіковані за видами залежно від їхнього зовнішнього оформлення, а також залежно від суб'єктів права на ТМ, що знайшло своє відповідне відображення у чинному законодавстві України – “ТМ може бути представлена будь-яким позначенням, яке виконано графічним способом за умови їх здатності відрізняти товари або послуги одного виробника від однорідних товарів і/або послуг іншого виробника, а їх зовнішня форма вираження може бути різною”. Однак, на відміну від іноземного законодавства, жоден нормативний акт України не конкретизує способи такого зовнішнього оформлення.

У питанні дослідження функцій ТМ необхідним є відмежовувати правові функції і функції економічної дійсності. Правові функції ТМ, як правового феномену, не відрізняються від функцій цивільного права в цілому (охоронна, регулятивна тощо). Ці правові

функції слугують основою для виконання ТМ її економічних функцій, обумовлюючи своєрідність ТМ серед інших об'єктів виняткових прав. Головною ж акумулюючою правовою функцією є – функція індивідуалізації товару, котра вміщує в себе своєрідні “підфункції”: надання товару найменування, зазначення відмінності між товарами, полегшення впізнавання товару, надання повної інформації про товар, спонукання до придбання товару, символізація гарантій. Слід зауважити, що функціональність ТМ в значній мірі залежить і від властивостей самого товару.

Діючим законодавством України не передбачений перелік видів ТМ, проте – враховуючи специфіку об'єкта правового регулювання, ТМ можуть бути класифіковані на словесні, зображувальні, об'ємні, комбіновані тощо.

Словесні марки – у вигляді сполучень літер, слів чи фраз, як вже існуючих чи штучно створених. Основна вимога до них – легка вимова на різних мовах. У словесних марках правовій охороні підлягають як саме слово, так і візуальні елементи такого слова. Питома вага таких ТМ в масі товарних знаків у країнах з високорозвиненою економікою досягає 70 відсотків.

Зображувальні марки – позначення на площині графічних композицій будь-яких форм, котрі часто в символічній формі передають характеристики товарів чи товаровиробників. Головна вимога до цієї категорії ТМ – технологічність, тобто їх придатність для маркування товарів чи послуг.

Об'ємні марки – трьохвимірні фігури чи їх композиції, що не повинні просто повторювати зовнішній вигляд відомого предмета (наприклад, оригінальність упаковки).

Комбіновані марки – поєднання елементів наведених вище марок (наприклад, поєднання малюнка і слова, малюнка і букв, малюнка і цифр, слів і цифр тощо).

Нетрадиційні торговельні марки – світлові, звукові, ароматичні та інші марки. Зазначені марки підлягають реєстрації лише за умови технічної можливості внесення їх до Реєстру та оприлюднення інформації стосовно їх реєстрації.

Ефективне управління ТМ за допомогою правових засобів базується на застосуванні різноманітних класифікаційних ознак ТМ, що

дозволяє визначати їх місце в інформаційній системі та ролі в процесі реалізації стратегічних і оперативних цілей товаровиробника.

Право на ТМ виникає з моменту її реєстрації (видачу відповідного свідоцтва) або використання, хоча стаття 494 Цивільного кодексу України, передбачає, що *“набуття права інтелектуальної власності на торговельну марку засвідчується свідоцтвом”*. Зазначені факти мають одночасно як винятковий так і абсолютний характер.

Винятковість полягає у забороні третім особам використовувати ідентичну або подібну ТМ для маркування виготовлених товарів (або послуг), а також введення їх у товарообіг на території країни де діє охорона ТМ. Абсолютність проявляється в охороні знаку щодо його використання без згоди власника.

Частина 1 ст. 493 ЦК України чітко регламентує, що *“суб'єктами права інтелектуальної власності на торговельну марку є фізичні та юридичні особи”*, тобто – фізичній особі не обов'язково мати правовий статус підприємця, як це має місце в законодавстві Російської Федерації, що є підставою для дискусій в Україні.

Не існує в Україні обмеження і стосовно кількості осіб, які можуть мати права на марку. Таке право може одночасно належати кільком фізичним та (або) юридичним особам (колективна торгова марка).

Право інтелектуальної власності на ТМ може бути визнано не дійсним у судовому порядку з встановлених законом підстав, а Свідоцтво або його частина, визнані не дійсними, вважаються такими, що не набрали чинності від дати подання заявки.

Актуальність і проблемність питань охорони інтелектуальної власності у сучасній Україні, нині є очевидними. Їх розв'язання потребує фундаментальних наукових досліджень та вагомих організаційних змін з метою реформування двох складових частин механізму державної охорони права інтелектуальної власності – чинної нормативно-правової бази та інфраструктури для виконання зазначеного законодавства.

Разом з тим, навіть при швидкому вирішенні означеного кола проблем, ефективність правового захисту права інтелектуальної власності, зокрема права на ТМ, значною мірою буде залежати від рівня “охороноздатності” ТМ як об'єкта права промислової власності. Правовий захист цього виду власності здійснюється за відповідними

нормами ЦК України та Закону України “Про знаки”. Правова охорона і захист ТМ може бути надана за умов додержання основних вимог: вона не повинна суперечити суспільним інтересам, принципам гуманності і моралі та на неї не поширюються підстави для відмови у наданні правової охорони.

Правовій охороні не підлягають ТМ, що не зареєстровані у встановленому правовому порядку. Детально підстави для відмови у наданні правової охорони сформульовані у ст. 6 Закону про знаки шляхом перерахування тих, які не підлягають правовій охороні як ТМ. Так, не можуть отримати правову охорону позначення, які:

- по-перше, не можуть бути у винятковому використанні окремих осіб (однак такі позначення можуть бути включені в знак як не охоронювані елементи, якщо на це мається згода відповідного компетентного органу або їх власників): державні герби, прапори та інші державні символи (емблеми), офіційні назви держав, емблеми, скорочені чи повні найменування міжнародних міжурядових організацій, офіційні контрольні, гарантійні і пробірні клейма, печатки, нагороди та інші відзнаки;
- по-друге, в силу об’єктивних причин не зможуть виконувати функції ТМ, оскільки звичайно не мають розрізняльної здатності та не набули такої внаслідок їх використання; складаються лише з позначень, що є загальноновживаними як позначення товарів і послуг певного виду; складаються лише з позначень чи даних, що є описовими при використанні щодо зазначених у заявці товарів та послуг або у зв’язку з ними, зокрема вказують на вид, якість, склад, кількість, властивості, призначення, цінність товарів і послуг, місце і час виготовлення чи збуту товарів або надання послуг; є оманливими або такими, що можуть ввести в оману щодо товару, послуги або особи, яка виробляє товар або надає послугу; складаються лише з позначень, що є загальноновживаними символами і термінами; відображають лише форму, що обумовлена природним станом товару чи необхідністю отримання технічного результату, або яка надає товарові істотної цінності;
- по-третє, тотожні або схожі настільки, що їх можна сплутати, наприклад, з марками, раніше зареєстрованими чи заявленими на реєстрацію в Україні на ім’я іншої особи для таких

самих або споріднених з ними товарів і послуг; знаками інших осіб, якщо ці знаки охороняються без реєстрації на підставі міжнародних договорів, учасницею яких є Україна, зокрема знаками, визнаними добре відомими відповідно до статті 6 bis Паризької конвенції про охорону промислової власності; фірмовими найменуваннями, що відомі в Україні і належать іншим особам, які одержали право на них до дати подання до Установи заявки щодо таких же або споріднених з ними товарів і послуг; кваліфікованими зазначеннями походження товарів; знаками відповідності (сертифікаційними знаками), зареєстрованими у встановленому порядку;

- по-четверте, відтворюють: промислові зразки, права на які належать в Україні іншим особам; назви відомих в Україні творів науки, літератури і мистецтва або цитати і персонажі з них, твори мистецтва та їх фрагменти без згоди власників авторського права або їх правонаступників; прізвища, імена, псевдоніми та похідні від них, портрети і факсиміле відомих в Україні осіб без їх згоди.

Законодавство закріплює принцип не абсолютної, а відносної новизни позначень, що заявляються як ТМ, тобто новизна позначення обмежується територією України. Це, зокрема, означає, що реєстрація того чи іншого позначення як марки у інших країнах не перешкоджає визнанню даного чи подібного позначення маркою в Україні, якщо тільки інше не впливає з міжнародних угод, учасницею яких є Україна.

При визначенні новизни позначення враховуються: по-перше, ТМ, зареєстровані чи заявлені для реєстрації в Україні; по-друге, марки, хоча і не зареєстровані на території України, але охоронювані на її території в силу міжнародних договорів. Ознака новизни тісно пов'язана з поняттям пріоритету. Новизна марки визначається на дату пріоритету, яка, у свою чергу, встановлюється за загальним правилом за датою надходження правильно оформленої заявки на реєстрацію марки до Установи. Поряд з цим пріоритет марки може встановлюватися за датою подачі першої заявки на марку в іншій країні-учасниці Паризької конвенції з охорони промислової власності (конвенційний пріоритет), якщо в Установу України заявка надійшла протягом шести місяців із зазначеної дати. Виставочний

пріоритет може встановлюватися за датою початку відкритого показу експоната на виставці, якщо в Установу України заявка на марку надійшла протягом шести місяців від зазначеної дати. Пріоритет марки може встановлюватися також за датою міжнародної реєстрації товарного знаку відповідно до міжнародних договорів України.

Заявник, що бажає скористатися правом пріоритету, протягом трьох місяців із дати подачі заявки до Установи подає заяву про пріоритет із посиланням на дату подачі і номер попередньої заявки та її копію з перекладом українською мовою або документ, що підтверджує показ зазначеної марки знака на виставці, якщо ці дії мали місце у державі – учасниці Паризької конвенції з охорони промислової власності. Якщо матеріали подано несвоєчасно, то право на пріоритет заявки вважається втраченим, про що заявнику надсилається повідомлення.

Позначення розглядається як ТМ тільки у взаємозв'язку з товарами і послугами, для розрізнення яких вона використовується. Тому обсяг наданої правової охорони ТМ визначається наведеним у свідоцтві зображенням марки і переліком товарів і послуг, внесених до реєстру, якщо інше не встановлено законом. Отже, якщо особа зареєструвала марку для певної групи товарів і послуг, то її виключні права поширюються лише на використання цієї марки стосовно зазначених товарів та послуг. Що стосується інших груп товарів і послуг, то таке позначення може використовувати будь-яка особа.

У світі існує два принципи надання правової охорони ТМ: реєстраційний принцип і принцип першого використання. Україна належить до країн, що використовують реєстраційний принцип. Це означає, що одержати виключне право на ТМ можна шляхом її реєстрації і отримання охоронного документа. Доречно враховувати, що у цьому випадку правова охорона ТМ обмежується територією тих країн, де вона зареєстрована. Однак із цього загального правила є певні винятки. Відповідно до ч. 3 ст. 494 ЦК України, набуття права інтелектуальної власності на ТМ, яка має міжнародну реєстрацію або визнана в установленому законом порядку добре відомою, не вимагає засвідчення свідоцтвом. Умови охорони прав на добре відому марку передбачені ст. 25 Закону про знаки. Насамперед необхідно, щоб компетентний орган визнав марку добре відомою. Вирішити це питання може Апеляційна палата ДСІВУ або суд. До того

ж рішення Апеляційної палати може бути оскаржено у судовому порядку. При визначенні того, чи є марка добре відомою в Україні, можуть розглядатися, зокрема, такі фактори: ступінь відомості чи визнання марки у відповідному секторі суспільства; тривалість, обсяг та географічний район будь-якого використання марки чи її просування, включаючи рекламування чи оприлюднення та представлення на ярмарках чи виставках товарів чи послуг, щодо яких марка застосовується; тривалість та географічний район будь-яких реєстрацій чи заявок на реєстрацію марки за умови, що вона використовується чи є визнаною; свідчення успішного відстоювання прав на марку, зокрема територія, на якій марка визнана добре відомою компетентними органами; цінність, що асоціюється з маркою. Цей перелік не є вичерпним. У кожній конкретній ситуації компетентний орган у комплексі оцінює усі фактори.

З дати, на яку за визначенням Апеляційної палати чи суду марка стала добре відомою в Україні, їй надається правова охорона в тому ж обсязі, якби вона була заявлена на реєстрацію в Україні. При цьому вона поширюється також на товари і послуги, що не споріднені з тими, для яких марку визнано добре відомою в Україні, якщо її використання іншою особою стосовно таких товарів і послуг вказуватиме на зв'язок між ними та власником добре відомої марки, і його інтересам буде завдано шкоди таким використанням. Таким чином, у випадку визнання марки добре відомою можливе розширення обсягу її правової охорони.

Суттєве місце у площині правового регулювання посідають міжнародні акти, двосторонні договори тощо, учасницею яких виступає Україна. У 2010 р. Міжпарламентською Асамблеєю держав-учасниць СНД був прийнятий Модельний кодекс інтелектуальної власності, підготовлений Україною, який доповнив наявне вже модельне законодавство у сфері ІВ. У будь-якому випадку законодавство у сфері інтелектуальної власності має комплексний характер. Адже, регулюючи режим того чи іншого ОІВ, воно не рідко включає положення цивільного, адміністративного, конституційного, процесуального законодавства тощо. Право інтелектуальної власності загалом, і кожен із його об'єктів зокрема, мають певний зв'язок з іншими галузями права, здійснюючи певний взаємний вплив одне на одне.

Сучасне українське законодавство у сфері інтелектуальної власності виступає як специфічний комплекс нормативно-правових актів, що регулюють суспільні відносини, пов'язані зі сферою творчої, інтелектуальної діяльності, що характеризується і певною самостійністю, і чітким взаємозв'язком із нормами інших галузей права. Можна говорити, що законодавство у сфері інтелектуальної власності – це складна внутрішньо зумовлена єдність законів і підзаконних актів, об'єднаних одним предметом нормативно-правового регулювання (відносини у сфері творчої, інтелектуальної діяльності), узгодженістю імперативно-диспозитивного впливу на суспільні відносини, що виникають з приводу правової охорони та захисту прав інтелектуальної власності, та своєрідною системністю, спричиненою ієрархією норм права інтелектуальної власності. Досліджуючи сутність законодавства у сфері інтелектуальної власності, важливо окреслити його характерні ознаки:

- воно має власну сферу, мету і завдання правового регулювання, окреслені як в Конституції, так і в законах України, підзаконних нормативно-правових актах, що стосуються творчої, інтелектуальної діяльності;
- у регулюванні суспільних відносин з інтелектуальної власності використовуються як імперативний, так і диспозитивний методи правового регулювання;
- нормативно-правові акти, що регулюють сферу інтелектуальної власності, поділяються за предметом правового регулювання і систематизуються у послідовності за їх юридичною силою;
- законодавство у сфері інтелектуальної власності безпосередньо пов'язане з регулюванням статусу ОІВ, суб'єктів інтелектуальної власності, авторського та суміжних прав, прав промислової власності тощо;
- як галузь загальної системи законодавства воно має комплексний характер і включає джерела як публічного, так і приватного права.

Отже, законодавство у сфері інтелектуальної власності є досить складним утворенням нормативно-правових актів. Однак і йому притаманна певна система. Тому воно може називатися системним. Цю рису, поряд з іншими характеристиками, йому надають прави-

ла ієрархії норм, що містяться у правових актах. Використання цих правил дає змогу, у разі виникнення колізій між нормативно-правовими актами, надати перевагу одному нормативно-правовому акту щодо іншого, зокрема, при застосуванні правил вертикальної та горизонтальної ієрархії.

Таким чином, серед основних ознак законодавства у сфері інтелектуальної власності можна виокремити такі, як множинність актів правового регулювання, імперативно-диспозитивний вплив на суспільні відносини, комплексність правових норм, системність нормативно-правових актів, що регулюють інтелектуальну, творчу діяльність. Важливим кроком на шляху вдосконалення державної системи охорони права інтелектуальної власності стала активна діяльність правотворчих органів щодо створення нормативно-правових актів, які закріплюють створення органів державної влади, громадських організацій, визначають функції, повноваження, порядок їх діяльності та взаємодії у вищезазначеній галузі. За роки незалежності в Україні створено розгалужену інфраструктуру системи органів, діяльність яких пов'язана з охороною прав у сфері інтелектуальної власності. Однак, аналіз діяльності цих органів охорони інтелектуальної власності свідчить про недостатній рівень її результативності, оскільки цьому законодавству можна надати ще одну характеристику – суперечливість. Насамперед це стосується наявності ЦК України та спеціальних законів, що регулюють сферу інтелектуальної власності, які й досі не приведені між собою у відповідність. Це ж стосується і багатьох інших галузевих законів, в яких щонайменше понятійний апарат суттєво різниться. Це стосується ГК України, Бюджетного, і Податкового кодексів, тощо. Все це загалом породжує наявність спорів, які нерідко передаються на вирішення до судових органів, з метою захистити порушені права ОІВ.

Таким чином, зазначену вище суперечливість можна визначити як одну з об'єктивних причин для проведення систематизації законодавства у сфері інтелектуальної власності. Іншою причиною можна визначати зловживання. Недаремно ж говорять, що без належного впорядкування законодавчого масиву шляхом систематизації користуватись ним досить важко. А якщо взяти до уваги, що кількість законів із кожним роком зростає, то, зрозуміло, зростають

і труднощі при їх використанні. Зазначене дає змогу говорити, що створення повноцінного законодавства у сфері інтелектуальної власності є запорукою якісного управління економікою держави, побудови механізму сучасної економічної системи України і формування правової держави. Для країн з перехідною економікою, що недавно увійшли до СОТ (а Україна належить до таких країн), проблема забезпечення прав на інтелектуальну власність є надзвичайно важливою. Причому актуальність такого забезпечення стосується будь-яких аспектів сфери інтелектуальної власності.

В умовах формування національного законодавства, що регулює питання захисту ТМ, виникає ціла низка практичних питань, вирішення яких потребує глибоких теоретичних розробок та вироблення науково обґрунтованих рекомендацій щодо створення та формування нової системи захисту. І хоча сьогодні в Україні сформовано організаційну структуру органів, які забезпечують діяльність у сфері правової охорони та захисту прав власників охоронних документів, однак негативні явища у сфері правової охорони та захисту ТМ потребують створення нової інфраструктури, систематизації державних управлінських функцій у цій сфері, адекватного їх перерозподілу між органами виконавчої влади.

На підставі дослідження норм національного законодавства України, положень міжнародних нормативних актів і цивілістичної літератури можна сформулювати перелік позитивних умов щодо надання правової охорони ТМ в Україні:

- існування (об'єктивна форма вираження) ТМ у вигляді умовного позначення (символу) або їх комбінації (за винятком тих позначень, використання яких в якості ТМ прямо заборонено законодавством або неможливо без спеціального дозволу компетентного органу держави);
- розрізняльна здатність ТМ (що розуміється як здатність конкретного умовного позначення ідентифікувати певний товар або послугу і надавати можливість споживачеві розпізнавати цю ТМ і маркований нею товар (послугу) серед інших позначень, що використовуються у відношенні однорідних товарів (послуг);
- дотримання прав і охоронюваних законом інтересів третіх осіб щодо об'єктів, яким раніше була надана правова охорона на

підставі норм національного законодавства та/або міжнародних угод;

- відповідність ТМ публічному порядку, а також принципам гуманності та моралі;
- реєстрація ТМ в порядку передбаченому законодавством (за винятком ТМ, визнаних загальновідомими, а також ТМ, правова охорона яким в Україні надається на підставі міжнародних нормативно-правових актів).

Аналізуючи вищевикладені положення, доцільно можливими є такі висновки:

- у економіко-правовому значенні ТМ варто використовувати назву “торговельна марка”;
- вважати, що фізична особа може бути власником ТМ і без правового статусу суб’єкта підприємницької діяльності;
- у правовідносинах з використання ТМ доцільно розрізняти два взаємопов’язані об’єкти – нематеріальний об’єкт зі змістовими смисловими характеристиками торговельної марки та дії зобов’язаної особи щодо використання ТМ. Тоді дії суб’єктів будуть становити поняття “юридичний об’єкт”. У таких випадках змістом зазначених правовідносин буде обов’язок зобов’язаної особи на дію чи утримання від неї та право уповноваженої особи вимагати вчинення таких дій;
- для забезпечення єдності судової практики з питань використання ТМ необхідним є в першу чергу приведення законодавства України до вимог Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ) та міжнародної правозастосовчої практики;
- поняття “охороноздатність” ТМ охоплює характеристики умовного позначення (в т. ч. комбінації умовних позначень), котрі можна розглядати як критерії (умови) визначення охороноздатності ТМ. Ними можуть бути:
 - 1) наявність об’єктивної форми вираження ТМ у вигляді умовного позначення (символу) або їх комбінації (за винятком тих позначень, використання яких в якості ТМ прямо заборонено законодавством або неможливо без спеціального дозволу компетентного органу держави);

- 2) розрізняльна здатність ТМ (здатність конкретного умовного позначення ідентифікувати певний товар або послугу і надавати можливість споживачеві розпізнавати цю ТМ і маркований нею товар (послугу) серед інших позначень, що використовуються у відношенні однорідних товарів (послуг);
- 3) здатність забезпечити дотримання прав і охоронюваних законом інтересів третіх осіб щодо об'єктів, яким раніше була надана правова охорона на підставі норм національного законодавства та/або міжнародних угод;
- 4) відповідність ТМ публічному порядку, а також принципам гуманності та моралі;
- 5) реєстрація ТМ в порядку передбаченому законодавством (за винятком ТМ, визнаних загальновідомими, а також ТМ, правова охорона яким в Україні надається на підставі міжнародних нормативно-правових актів).

Список використаних джерел

1. **Міжнародно-правові акти з питань товарних знаків:** Директива ЄЕС № 89/104 по гармонізації національних законодавств про товарні знаки. – Офіційний бюлетень № L040 від 11.02.89; Договір про закони щодо товарних знаків від 27.10.1994 р., ООН; Міжнародний документ. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_102; Паризька конвенція про охорону промислової власності: від 20.03.1883 р. – К.: Парламентське видавництво, 2006. – Ст. 27; Мадридська угода з міжнародної реєстрації знаків: від 14.04.1891 р. – К.: Парламентське видавництво, 2007. – Ст. 34; Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (TRIPS) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/981_018/page; Угода світової організації торгівлі про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/981_018;
2. **Чинне законодавство України з питань правового регулювання ТМ:** Цивільний кодекс України від 16 січня 2004 року [Електронний ресурс]. / Верховна Рада України // Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=435-15>; Про охорону прав на знаки для товарів та послуг: Верховна Рада України; Закон від 5 грудня 1993 р. № 3689-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Стаття 36; Про охорону прав на зазначення походження товарів: Верховна Рада України; Закон від 16.06.1999 р. № 752-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 32. – Стаття 267 – Електрон. версія ред. 05.12.2012 р.; Інструкція про подання, розгляд, публікацію та внесення до

- Реестру відомостей про передачу права власності на знак для товарів і послуг та видачу ліцензії на використання знака (міжнародного знака) для товарів і послуг // Офіційний вісник України, 2001. – № 34. – Ст. 1615.
3. **Бошицький Ю. Л.** Поняття, значення торговельної марки та права на неї в контексті розбудови національної ринкової економіки / Ю. Л. Бошицький // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 2. – С. 169–177.
 4. **Іваницька Н. А.** Вдосконалення законодавства, що регулює відносини за ліцензійним договором на використання торговельної марки / Н. Іваницька // Право України. – 2008. – № 9. – С. 107–113.
 5. **Іолкін Я. О.** Торговельні марки в Україні та Європейському союзі. – К.: ТОВ “Лазурит – Поліграф”, 2011. – С. 141.
 6. **Малиновська Т. М.** Цивільно-правовий захист комерційних найменувань, торговельних марок / Т. М. Малиновська // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2011. – № 17. – С. 34–36.
 7. **Немеш П. Ф.** Забезпечення правової охорони торгової марки – необхідна умова інтеграції України до Євросоюзу / П. Ф. Немеш // Європейська та Євроатлантична інтеграція України: стан і перспективи [Текст]: зб. наук. праць. / редкол. Ф. Г. Ващук [та ін.]. – Ужгород: Поліграфцентр “Ліра”. – Вип. 10, 2009. – С. 364–365.
 8. **Піхурець О. В.** Охорона права на торговельну марку (цивільно-правовий аспект): Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. В. Піхурець // Національний університет внутрішніх справ. – Х., 2005. – С. 20.
 9. **Харитонов О. І.** Поняття та види цивільних правовідносин інтелектуальної власності / О. І. Харитонов // Право України. – 2011. – № 3. – С. 66–77.

Анотація

Стаття присвячена актуальним питанням наукового та нормативного аспектів торговельних марок. У ній порушено питання функціонального навантаження торговельних марок, їх видів і специфічних складових в системі цивільних нормативних відносин, з'ясовано критерії захисту торговельних марок.

Annotation

The article is devoted the actually gwuestions trade mark in the scintific and normatively aspects. It contents the gwuestions of functions, its kind and spesifically elements of civil normative relations. There also the criterials of defence of trade mark.

Ратушна Б. П.

*к. ю. н., Львівська комерційна академія,
старший викладач кафедри цивільного права та процесу*

СУД ЯК СУБ'ЄКТ ДОКАЗУВАННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Ключові слова: *судове доказування, змагальний процес, суб'єкти доказування, доказові повноваження, суд, особи, які беруть участь у справі.*

Keywords: *judicial proving, contention process, subjects of judicial proving, evidential plenary powers, court, persons which take part in case.*

Обраний Україною шлях до побудови правової держави та інтеграції у європейський правовий простір вимагає поряд з іншим вдосконалення такої важливої сфери правозастосування як судочинство. Результат такого вдосконалення в значній мірі залежить від повноважень суду у процесі встановлення фактичних обставин справи, адже збалансована і виважена участь суду у доказуванні закладає фундамент для ухвалення справедливого судового рішення.

Питання про суб'єкти судового доказування залишається дискусійним. До означеної проблеми в різний час звертались такі вчені як С. Курильов, В. Комаров, Т. Сахнова, Д. Луспеник, А. Белкін та інші. Дискусія з цього приводу триває багато років і каменем спотикання виступає питання про те, чи належить суд до суб'єктів доказування.

Метою даної статті є дослідження питання про суб'єкти доказування, їх класифікацію та належність до них суду.

Питання доцільності зарахування суду до суб'єктів доказування зазвичай досліджується в площині розмежування чи ототожнення судового доказування і пізнання.

Автори, які розмежовують поняття судового доказування та пізнання, не зараховують до суб'єктів доказування суд [6, 65], а лише

сторони, оскільки “під доказуванням слід розуміти діяльність, яка має на меті переконати суд в істинності фактів, що ним розглядаються” [5, 99].

Другий напрям у розробці теорії судового доказування заперечує протиставлення понять судового доказування та пізнання, відповідно до якого судове доказування визначається як діяльність суб'єктів щодо встановлення за допомогою вказаних процесуальним законом засобів і способів об'єктивної істинності наявності чи відсутності фактів, якими сторони обґрунтовують свої вимоги чи заперечення [4, 217].

Таким чином, суд, поряд з іншими учасниками процесу, зараховується до суб'єктів доказування. Слід погодитись, що визнання за судовим доказуванням єдності логічної і процесуальної діяльності є достатнім аргументом для висновку про те, що суб'єктами доказування є не лише сторони, інші особи, які беруть участь у справі, а і суд [9, 348].

Змагальна модель процесу, яка формується в українському цивільному судочинстві, також є вагомим чинником, з огляду на який одні автори зараховують суд до суб'єктів доказування, інші категорично виступають проти цього. Висловлюються думки про те, що у зв'язку з поглибленням змагальних засад в судочинстві суд перестав бути суб'єктом доказування і “не повинен нічого доказувати за своєю ініціативою, оскільки це – обов'язок сторін, які користуються рівними правами щодо надання доказів, їх дослідження та доведення перед судом переконливості цих доказів.

Отже, сторони виконують функцію суб'єктів доказування при встановленні юридично значущих фактів” [7, 12–17]. Схожу думку поділяє низка авторів, вважаючи, що покладання на суд обов'язку збирати докази не відповідає принципу змагальності, адже цей обов'язок має лежати на сторонах. Також висловлюються погляди про те, що призначення суду в змагальному процесі полягає у вирішенні справи по суті, а не у доказуванні. Функція суду стосовно сторін повинна носити субсидіарний характер – створити необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків і здійснення наданих їм прав.

Такі погляди поділяють інші автори. Зокрема, В. Комаров зазначав, що “роль суду має залежний від змагальності характер сторін

і зводиться до збору доказів. За таких умов суд не може бути суб'єктом доказування, оскільки інше означало б те, що суд має заінтересованість у справі, яку він розглядає. Цей висновок, який є похідним від суб'єктної активності сторін як основних суб'єктів доказування, означає, що суд, здійснюючи правосуддя, ухвалює судові рішення у справі лише на підставі тих юридико-фактологічних даних, які надаються сторонам і ґрунтуються на правовій позиції сторін. Ніяких дій, які спрямовані на додатковий збір доказів у справі з метою перевірки їх тверджень або заперечень, офіційно суд не здійснює. Отже, кінцевою метою судового доказування сторін є переконання суду в наявності своєї правової позиції” [477]. Крім цього, А. Белкін вважав, що “суд стоїть над сторонами в процесі, він судить, а не доказує, йому належить лише на стадії судового слідства функція дослідження та оцінки наданих сторонами доказів. Але реалізація цієї функції ще не значить участі в доказуванні, бо суд не повинен збирати докази, тобто формувати доказову базу” [1, 26].

Іншу позицію займають автори, які вважають, що посилення змагальних засад у процесуальних галузях права України надає сторонам значну ініціативу у формуванні доказового матеріалу, але це не є підставою для виключення суду з кола суб'єктів доказування. Зокрема, С. Васильєв зазначав, що суд і надалі відіграє важливу роль у доказуванні, оскільки “вирішує усі питання, що виникають у судовому доказуванні, безпосередньо досліджує докази, подані іншими суб'єктами доказування, перевіряє істинність даних, поданих як докази, і в результаті їх оцінки встановлює фактичні обставини, що мають значення для правильного вирішення справи” [2, 7].

І справді, визначення ролі суду в доказуванні як пасивного рефері сторін є заохочення сильного, але не правового. Висловлюються думки про суд як суб'єкт доказування “в організаційно-правовому розумінні – коли задовільняються клопотання сторін про витребування доказів, коли здійснюється контроль за своєчасним наданням доказів тощо. Далі, якщо виходити тільки з того, що суд несе відповідальність за доказування (а іншого і бути не може, оскільки у випадку оскарження рішення воно може бути скасоване), то вже цього достатньо, щоб вважати суд суб'єктом доказування” [3, 19].

Слушність висловлених міркувань, на наш погляд, знаходить підтвердження у нормах Цивільного процесуального кодексу України (надалі – ЦПК), який надає суду значні доказові повноваження, починаючи від формування предмета доказування (ст. 130 ЦПК), сприяння у встановленні обставин (ст. 10 ЦПК), та забезпеченні та витребуванні доказів (статті 132, 133, 137 ЦПК) та закінчуючи їх дослідженням (ст. 159 ЦПК) та оцінкою (ст. 212 ЦПК).

Не будучи прихильником неконтрольованої доказової активності суду, слід зазначити, що повноваження суду в процесі доказування мають бути поєднанням серйозно обмежених вимогою безсторонності повноважень суду щодо збирання доказів, практично необмежених повноважень суду щодо оцінки доказів і обмежені лише в окремих моментах повноваження суду щодо організації процесу доказування. Така комбінація в повній мірі відображає вимогу збереження публічності процесу, стимулює активність сторін там, де в силу нейтрального становища її не може проявити суд, і забезпечує дотримання законності в діяльності сторін по доказуванню.

Слід зазначити, що європейська наукова думка розглядає правосуддя як послугу [8, 77], а “громадяни оцінюють роботу судів, наскільки їх задовільняє рівень отриманих ними судових послуг” [11, 21]. Відповідно, суддю слід розглядати як надавача правосудних послуг, якість яких напряму залежить від ефективного процесу доказування, суб'єктом якого, на нашу думку, безперечно, виступає суд.

Класифікація суб'єктів доказування. Важливим питанням при визначенні суб'єктів доказування є правильний вибір критерію їх класифікації. З цього приводу в літературі висловлена думка про те, що базовим моментом класифікації суб'єктів процесуального доказування є процесуальні інтереси при вирішенні справи. В зв'язку з цим суб'єкти доказування можуть поділялись на *лідуючих суб'єктів* (суд), осіб, безпосередньо заінтересованих в результатах справи – суб'єктів – “споживачів” результатів процесу та їх представників, та *інших суб'єктів*, що залучаються в процес доказування (свідки, експерти, перекладачі) [10, 112].

Іншим критерієм класифікації, що, на наш погляд, більше заслуговує на увагу, визначається *підстава* участі у доказуванні, відповідно до якої кожен із суб'єктів доказування відіграє певну, взятую

на себе (в силу закону чи добровільно) роль. Так, суд, прокурор чи законний представник беруть участь в доказуванні з обов'язку, який на них покладений законом, договірний представник здійснює доказування відповідно до вимог договору, тобто, ці особи є суб'єктами обов'язку доказування. Інша група є суб'єктами права доказування, до якої зараховують позивача, відповідача та третіх осіб. Тобто, їх участь у процесі доказування містить елемент добровільності. Крім цього суб'єкти доказування також поділяють на осіб, які обстоюють у доказуванні власні інтереси (сторони та треті особи, стягувач у наказному провадженні) та осіб, які захищають та представляють у доказуванні інтереси інших осіб (прокурор та представники сторін і третіх осіб).

Разом з тим не поділяємо поглядів щодо зараховування до суб'єктів доказування осіб, які сприяють доказуванню і здійсненню правосуддя (свідок, експерт, перекладач, спеціаліст, секретар судового засідання), оскільки, по-перше, такому об'єднанню суперечать різні процесуальні функції зазначених осіб, які сприяють доказуванню та здійсненню правосуддя, а по-друге, ті особи, які мають певну причетність до доказування (свідок, експерт, спеціаліст) не є суб'єктами доказування, а лише залучаються до доказування.

Висновки. Таким чином, суб'єктами доказування є не лише сторони, інші особи, які беруть участь у справі, а й суд. Безперечно, зростаюча доказова активність сторін у цивільному змагально-орієнтованому процесі важлива, але недостатня для правильного встановлення фактичних обставин справи. Адже мета судового доказування полягає не в механічному наповненні справи доказами, наданими сторонами, а у формуванні судом точних висновків на їх основі для обґрунтування рішення, для захисту права. Такі висновки суд може зробити, належно дослідивши надані сторонами докази та давши їм оцінку.

Суд як надавач правосудних послуг має довести сторонам як споживачам таких послуг шляхом обґрунтування у судовому рішенні факт порушення права, для захисту якого проводився судовий розгляд, чи відсутність такого порушення. З огляду на це, суб'єктами доказування у цивільному процесі поряд зі сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, є суд.

Важливим критерієм для класифікації суб'єктів доказування є значимість доказової діяльності суб'єктів доказування для правильного вирішення судової справи.

За цим критерієм суд, сторони та інші особи, які беруть участь у справі, доцільно класифікувати на *основні* та *факультативні* суб'єкти доказування. *Основними* суб'єктами доказування є *сторони*, які *забезпечують* справу доказовим матеріалом, спонукувані бажанням переконати суд у своїй правоті. Суд також належить до основних суб'єктів доказування, оскільки він *встановлює* обставини справи шляхом *дослідження та оцінки* лише тих доказів, які подані сторонами.

Доказова діяльність сторін та суду здійснюється різними процесуальними шляхами через реалізацію доказових прав та обов'язків, які мають бути максимально збалансовані. Збалансування має полягати у ефективній взаємодії та розумному співробітництві.

Інші особи, які беруть участь у цивільній справі, у зв'язку з відсутністю матеріально-правової заінтересованості в результатах розгляду справи відіграють у доказуванні допоміжне, другорядне значення, а тому належать до *факультативних* суб'єктів доказування.

Список використаних джерел

1. **Белкин А. Р.** Теория доказывания / А. Р. Белкин. – М.: Норма, 1999. – 429 с.
2. **Васильев С. В.** Доказывание и доказательства по делам о возмещении вреда, причиненного личности / С. В. Васильев. – Харьков: Факт, 2000. – 199 с.
3. **Власов А. А.** Особенности доказывания в судопроизводстве / А. А. Власов, И. Н. Лукьянова, С. В. Некрасов. – М.: Норма, 2004. – 231 с.
4. **Гражданский процесс:** учебник / под ред. В. В. Комарова. – Х.: Одиссей, 2001. – 704 с.
5. **Гурвич М. А.** Лекции по советскому гражданскому процессу / М. А. Гурвич. – М.: ВЮЗИ, 1950. – 319.
6. **Курылев С. В.** Доказывание и его место в процессе судебного познания / С. В. Курылев // Труды Иркутского государственного ун-та им. А. А. Жданова. – 1955. – Т. 13. – С. 34–67.
7. **Курс цивільного процесу:** підручник / В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін.; за ред. В. В. Комарова. – Х.: Право, 2011. – 1352 с.
8. **Луспеник Д.** Роль суду в цивільному змагальному процесі / Д. Луспеник // Юридичний журнал. – 2004. – № 5. – С. 12–17.
9. **Соломон П. Г.** Судове адміністрування і якість правосуддя / П. Г. Соломон // Судова апеляція. – 2009. – № 3. – С. 73–83.

10. **Сахнова Т. В.** Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты / Т. В. Сахнова. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 696с.
11. **Теория юридического процесса:** под ред. Горшенева В. М. – Харьков. – 1985. – 192 с.
12. **Хосе Хуан Тогаріа.** Системи оцінювання якості послуг правосуддя шляхом опитування громадської думки: Чому? Що? Хто? Як? та Навіщо? // За межами загальнодоступних знань: Емпіричні підходи до забезпечення верховенства права / За ред. . Еріка Дженсена і Томаса Хеллера / Jose Juan Toharia, “Evaluating Systems of Justice through Public Opinion: Why? What? Who? How? And What? for?” sn Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law, edited by Eric Jensen and Thomas Heller (Стенфорд: Вид-во Stanford University Press, 2003. – С. 21–60).
13. **Цюра Т. В.** Суб’єкти доказування та оцінки доказів у цивільному процесі: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Т. В. Цюра; НАН України. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2005. – 17с.

Анотація

Стаття присвячена дослідженню ролі суду у встановленні фактичних обставин справи у змагальному цивільному судочинстві України. З’ясовано наявність у суду доказових повноважень, існування яких свідчить про доцільність його зарахування до суб’єктів доказування. Проаналізовано підставу віднесення суду до суб’єктів доказування сторін та інших осіб, які беруть участь у справі. Здійснено класифікацію суб’єктів доказування.

Annotation

The article is devoted research of role of court in establishment of actual circumstances of case in the contention civil legal proceeding of Ukraine. A presence at the court of evidential plenary powers existence of which testifies about expedience of his put to the subjects of proving is found out. The substanteliness of attributing to the subjects of proving of sides and other persons which take part in case is analysed. Classification of subjects of proving.

РОЗДІЛ 8

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Граб С. О.

*Львівська комерційна академія,
асистент кафедри господарського права та процесу*

МІЖНАРОДНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА НА ОСВІТУ ДЛЯ ОСІБ З ОБМЕЖЕНИМИ ФІЗИЧНИМИ МОЖЛИВОСТЯМИ

Ключові слова: *декларація, дискримінація, право, класифікація, інклюзія, інтеграція, компроміс, міжнародний досвід, організація, діти, інклюзивна освіта.*

Keywords: *declaration, discrimination, law, system, inclusion, integration, compromise, international experience, organization, children, inclusive education.*

Постановка проблеми у загальному вигляді. Важливим елементом для реалізації права на освіту є визначення основних принципів формування політики держав стосовно осіб з обмеженими можливостями здоров'я, які повинні зобов'язувати їх уряди бути відповідальними за впровадження системи, котра працює на усунення умов, що спричиняють дискримінацію та обмеженнями можливості досягнути однакового з іншими громадянами рівня життя, в тому числі, й можливості одержати освіту.

Зв'язок проблеми із важливими науковими чи практичними завданнями. Основним завданням міжнародного регулювання прав інвалідів на освіту є відображення основних норм у національних правових системах. Держави мають визнавати усі принципи, які закріплені у міжнародних документах, щодо рівних можливостей в галузі початкової, середньої та вищої освіти для дітей, молоді та дорослих, що мають інвалідність в інтегрованих структурах, та створити всі умови щодо уникнення дискримінації осіб з особливими потребами.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Міжнародно-правове дослідження цієї теми охоплює висвітлення лише окремих аспектів прав інвалідів у сфері міжнародного захисту прав людини.

Питанням захисту прав інвалідів займалася Лихіна Т. А., яка у своїх роботах досліджувала проблему міжнародного регулювання і національно-правову імплементацію конвенційних норм та зобов'язань у правову систему держав у сфері захисту прав інвалідів.

Іваненко В. А. досліджував питання соціальних прав людини і соціальних обов'язків держав в спектрі міжнародного та конституційного права.

Протягом останніх десяти років дослідженню проблеми залучення дітей з особливими потребами до навчання в загальноосвітніх навчальних закладах, їх реабілітації та соціалізації до суспільних норм займалися такі науковці як Євтухова Т., Ляшенко В., Іванова І., Столяренко О., Шевчук А., Савченко О.

Виділення невирішених раніше частин загальної проблеми. Virшення існуючих проблем у даній сфері повинні сприяти здобуттю вищої освіти, зробити її доступною для всіх, враховуючи інтелектуальні здібності індивіда та створюючи всі умови щодо дотримання положень Конвенції про права інвалідів.

Постановка завдання. Визначити принципи, які закріплені у міжнародних документах, щодо рівних можливостей осіб з особливими потребами на освіту та уникнення їх дискримінації. Дати визначення інклюзивної освіти у міжнародному праві та встановити її важливість у реалізації права на освіту дітей з особливими можливостями.

Викладення основного матеріалу дослідження. Існуючі міжнародні стандарти в галузі основних прав людини передбачають можливості участі кожної людини у суспільному житті, а особливо це стосується осіб з фізичними чи психічними вадами.

Термін “діти з особливими потребами” стосується дітей до 18 років, які потребують додаткової навчальної, медичної і соціальної підтримки з метою покращання здоров'я, розвитку, навчання, участі в громадському житті.

Основним джерелом захисту прав людини з особливими потребами є Конвенції про права інвалідів, яка була ратифікована Україною у 2009 році. В ній зазначається, що всі держави-учасниці

вживають усіх необхідних заходів для забезпечення повного здійснення дітьми-інвалідами всіх прав людини й основоположних свобод нарівні з іншими дітьми. В усіх діях стосовно дітей-інвалідів першочергова увага приділяється реалізації ними своїх основних прав, які передбачені у Конвенції. Держави-учасниці створюють умови, щоб діти-інваліди мали право вільно висловлювати свої погляди з усіх питань, що їх стосуються, отримувати допомогу, яка відповідає інвалідності та вікові, а також реалізації всіх інших прав. Держава гарантує дітям-інвалідам дошкільне виховання, здобуття освіти на рівні, що відповідає їх здібностям і можливостям. Дошкільне виховання, навчання інвалідів здійснюється в загальних або спеціальних дошкільних та навчальних закладах. Професійна підготовка або перепідготовка інвалідів здійснюється з урахуванням медичних показань і протипоказань для наступної трудової діяльності [1].

У міжнародному праві не існує чіткого визначення інклюзивної освіти, а лише гарантується право на освіту людей з особливими можливостями. Вперше це було висвітлено у Загальній декларації прав людини у 1948 р. і тому знайшло своє подальше відображення у всіх міжнародних документах у сфері освіти.

Взагалі термін інклюзія (від англ. inclusion – включення) означає процес збільшення ступеня участі всіх громадян в соціумі, і насамперед, що мають труднощі у фізичному розвитку. Він припускає розробку і застосування таких конкретних рішень, які зможуть дозволити кожній людині рівноправно брати участь в академічному і суспільному житті [2, 8].

Інклюзивна освіта – це система освітніх послуг, що ґрунтується на принципі забезпечення основного права дітей на освіту та права навчатися за місцем проживання, що передбачає навчання дитини з особливими освітніми потребами, зокрема дитини з особливостями психофізичного розвитку, в умовах загальноосвітнього закладу [2, 8].

При інклюзивному навчанні робота з дітьми у загальноосвітніх школах проводиться з використанням спеціальних методів, які враховують індивідуальні можливості кожної дитини в цілому. Ідеологією інклюзивної освіти є виключення будь-якої дискримінації та рівне ставлення до усіх людей, незважаючи на їхні фізичні вади, створення спеціальних умов навчання для дітей з особливими потребами. Така категорія осіб у майбутньому може бути приречена

до неможливості подолання певних життєвих труднощів, неможливістю реалізації себе як повноправного члена суспільства, адже отримані знання не можуть бути ними використані.

В інклюзивних класах діти з особливими потребами включені в освітній процес на загальних підставах, що дає їм можливість освоїти нові форми поведінки, вчать спілкуванню з іншими людьми, вчать виявляти активність, ініціативу до певного роду роботи, досягати згоди у розв'язанні проблем та поставлених завдань, приймати самостійні рішення і нести відповідальність за них.

Саме Декларація ООН про права розумово відсталих осіб, яка була прийнята 20.12.1971 року є одним із перших нормативно-правових документів щодо визнання осіб з порушеннями психофізичного розвитку суспільно-повноцінною в соціальному сенсі меншиною, яка потребує соціального та правового захисту. В основі інклюзії лежить право людини на освіту, проголошене у Всесвітній декларації прав людини у 1948 році, де зазначається: *“Кожен має право на освіту...освіта має бути спрямована на розвиток людської особистості та посилення поваги до прав людини та основних свобод...”* [3]. Також, важливими є положення “Конвенції про права дитини” (ООН, 1989 р.), такі як право дитини не зазнавати дискримінації. Зокрема, у статті 23 йдеться, що дитина з особливими освітніми потребами повинна мати: *“доступ до освіти, виховання, медичного обслуговування, реабілітаційних послуг, професійної підготовки, максимально можливої соціальної інтеграції та індивідуального розвитку, включаючи його чи її культурний та духовний розвиток”*. У Стаття 29 “Цілі освіти” зазначає, що освіта дитини має бути спрямована на розвиток особи, талантів, розумових і фізичних здібностей дитини в найповнішому обсязі, освіта повинна сприяти розвитку потенціалу дитини в усіх сферах [4].

У Конвенції про права дитини зазначається, що “Держави визнають право дитини на освіту, з метою поступової реалізації цього права на основі надання рівних можливостей, де вони повинні:

- забезпечити обов'язковою, доступною, безоплатною освітою всіх дітей;
- сприяти здобуттю середньої освіти у різних формах, в тому числі загальноосвітнє і професійне навчання; зробити їх мож-

ливими і доступними для кожної дитини, а також розробити відповідні заходи, як впровадження безкоштовної освіти та надання, за потреби, фінансової допомоги;

- зробити здобуття вищої освіти доступною для всіх на основі врахування інтелектуальних здібностей у будь-який доречний спосіб;
- забезпечити доступність освітньої і професійної інформації для всіх дітей;
- вживати заходів для регулярного відвідування школи та зменшення випадків відрахування зі школи” [4].

У Декларації прав дитини, яка була прийнята 1959 році зазначається, що дитина, яка є неповноцінною у фізичному, психічному або соціальному відношенні, повинна забезпечуватися спеціальним режимом, освітою і піклуванням, необхідним зважаючи на її особливий стан [5].

Важливу роль у визначенні права на освіту відіграла Саламанська Декларація 1994 року, яка була прийнята на Всесвітній конференції щодо освіти осіб з особливими потребами. Ця Декларація містить заклик до урядів всіх країн затвердити на законодавчому рівні принцип інклюзивної освіти та приймати до загальноосвітніх шкіл усіх дітей, якщо не має виняткових випадків, які унеможливають це [6].

Мета програми дій щодо освіти осіб з особливими освітніми потребами 1994 року полягає в тому, щоб слугувати основою для вироблення політики й спрямовувати діяльність урядів, міжнародних організацій, національних установ з надання допомоги у реалізації положень Саламанської декларації. Кожна особа з проблемами розвитку має право виявити власні побажання щодо своєї освіти в тій мірі, в якій це може бути точно встановлено. Батьки користуються невід’ємним правом на те, щоб з ними консультувалися стосовно форм освіти, які б найкращим чином відповідали потребам, обставинам життя чи сподіванням їхніх дітей. [7, 45]

В “Стандартних правилах забезпечення рівних можливостей для інвалідів”, що були затвердженні 20 грудня 1993 року на 48 сесії Генеральної Асамблеї ООН було визначено умови, за яких має здійснюватися навчання в інтегрованому середовищі. Це, перш за все:

- навчання у звичайних школах передбачає забезпечення послуг перекладачів та інших відповідних допоміжних послуг.

Потрібно гарантувати відповідний доступ та допоміжні послуги, що необхідні для задоволення потреб осіб з різними формами інвалідності;

- відповідальність за освіту інвалідів в інтегрованих структурах мають бути покладені на органи загальної освіти;
- до процесу навчання на всіх рівнях необхідно залучати батьківські громади та організації інвалідів;
- навчанням забезпечити всіх дітей з різними формами та ступенями інвалідності, в т. ч. найтяжчі;
- особливу увагу варто приділяти дітям раннього віку, які є інвалідами, дітям-інвалідам дошкільного віку, дорослим-інвалідам [8].

Аналіз міжнародних документів приводить нас до висновку, що в жодному з них немає визначення поняття інклюзивної освіти. Велика увага приділяється реалізації прав на освіту людям з особливими потребами, процесу здійснення навчання та відсутності дискримінації такої категорії людей. Міжнародний підхід до цього питання базується лише на таких принципах:

- 1) доступність та обов'язковість освіти;
- 2) рівність та відсутність дискримінації;
- 3) право на якісну освіту.

Також важливу роль у розвитку інклюзивної освіти відіграють міжнародні організації, які здійснюють дослідження у сфері розвитку інклюзивної політики різних країн.

Відповідні документи ООН спрямовані на розвиток та підтримку інклюзивної освіти, і в них зазначено:

- аби втілювати інклюзивну освіту, держави мають застосовувати гнучкі навчальні програми, які можна адаптувати до різних потреб дітей;
- необхідно впроваджувати безперервне навчання вчителів та надавати їм всебічну підтримку;
- місцеві громади мають формувати ресурси для забезпечення такої освіти [6, 76].

Організація Економічної Співпраці та Розвитку (OECD) тісно співпрацює з ЮНЕСКО і EUROSTAT і є найбільшим статистичним центром Європейського Союзу. Одним з її операційних підрозділів є Центр освітніх досліджень та інновацій, який ініціює дослідження

та втілення проектів, що мають на меті впровадження реформ [8, 211]. Низка досліджень, які проводила OECD у різних країнах, забезпечила такі основні висновки:

- а) концепція соціальної справедливості, яка ґрунтується на правах людини, зазначає всюди, де це можливо: діти з особливими потребами мають навчатися у загальноосвітніх, а не в окремих навчальних закладах;
- б) різноманітні національні підходи до залучення дітей з особливими потребами до загальноосвітніх закладів забезпечують цінний досвід для ширших дебатів про освітню різноманітність й справедливість [8, 212].

Міжнародний досвід інклюзивної освіти показує, що всі діти з особливими потребами повинні досягати таких самих результатів у навчанні, як і їхні однолітки. Тому виникає багато питань щодо правильного підходу до навчального процесу, який повинен бути доступним, зрозумілим та ефективним для такої категорії осіб. Не кожна дитина витримує такого роду навантаження і тому якась частина просто відмовляється від навчання, адже система до кінця ще не готова задовольнити спеціальні потреби таких дітей. Потрібно розуміти, що школярі, які вибувають, стають відокремленими від загальної системи освіти і позбавляються можливості розвиватися і спілкуватися на загальних підставах. На нашу думку, тільки інклюзивні підходи та принципи дозволять таким учням досягти успіху у навчанні та можливості адаптації у суспільстві.

Особливої уваги в демократичному суспільстві потребують громадяни з обмеженими фізичними можливостями, а тому ще однією з проблем, яку мають вирішити держави, є пошук інструментів соціальної та правової реабілітації, спеціального навчання, адаптації та інтеграції в суспільство молоді з обмеженими фізичними можливостями [9, 33].

Аналіз міжнародного досвіду отримання освіти говорить про те, що інклюзивне навчання є основним джерелом для здобуття освіти людьми з обмеженими можливостями. Однак, діти з особливими потребами мають можливість здобути освіту як в спеціальних навчальних закладах, так і у закладах масового типу.

Російські науковці К. І. Холостова и Н. Д. Дементьева зазначають, що “в теоретико-методологічному розумінні будь-яка особа

має ті чи інші відхилення від середньостатистичної норми і завдяки цьому явищу є самостійною, відмінною від інших особистістю. Кожен індивід має ті чи інші особливі потреби, до яких суспільство повинно пристосовувати свої зовнішні умови. Усе соціальне життя організовується як неперервний процес компромісів в організації функціонування між особистістю та індивідом, групою і суспільством. При цьому повага прав особистості передбачає в той же час визнання прав суспільної спільноти [10, 42].

Висновки з дослідження. Виведення визначення інклюзивної освіти у міжнародному праві має не лише теоретичне, а й практичне значення. Найважливішим завданням міжнародного регулювання прав на освіту осіб з обмеженими фізичними можливостями є закріплення основних норм у національних правових системах. Основу міжнародно-правових обов'язків держав повинні становити норми юридичного характеру, які містяться у Конвенції про права інвалідів. Кожна держава повинна сприяти здобуттю початкової, середньої та вищої освіти, зробити її доступною для всіх на основі врахування інтелектуальних здібностей, а також має створити всі умови щодо уникнення дискримінації осіб з особливими потребами та дотримання положень Конвенції про права інвалідів.

Список використаних джерел

1. **Про права інвалідів:** Конвенція, ратифікована Законом N 1767-VI (1767-17) від 16.12.2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
2. **Карпушенко А. В.** Організація інклюзивної освіти в загальноосвітніх навчальних закладах: Підручник / А. В. Карпушенко. – Канів, 2013. – 123 с.
3. **Загальна декларація прав людини:** Декларація прийнята і проголошена в Резолюції 217 А (III) Генеральної Асамблеї від 10.12.1948. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
4. **Про права дитини:** Конвенція, ратифікована Постановою ВР № 789-XII від 27.02.91 від 20.11.1989 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
5. **Декларація прав дитини:** Декларація прийнята і проголошена в Резолюції 1386 (XIV) Генеральної Асамблеї ООН від 20.11.1959. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
6. **Саламанська декларація прийнята Всесвітньою конференцією з освіти людей з особливими потребами** від 7–10.06.1994. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.notabene.ru>

7. **Софій Н. З., Найда Ю. М.** Концептуальні аспекти інклюзивної освіти. Інклюзивна школа: особливості організації та управління: Навчально-методичний посібник / А. А. Колупаєва, Ю. М. Найда, Н. З. Софій та ін. За заг. ред. Даниленко Л. І. – К., 2007. – 128 с.
8. **Стандартні правила забезпечення рівних можливостей для інвалідів** від 20.12.1993 затвердженні 20 грудня 1993 року на 48 сесії Генеральної Асамблеї ООН [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
9. **Колупаєва А. А.** Досвід реалізації інклюзивної освіти в країнах Європи: Монографія / А. А. Колупаєва. – К.: Педагогічна думка, 2007. – 458 с.
10. **Быкова Е. А.** Международно-правовой механизм контроля за соблюдением обязательств государств в области защиты прав ребенка. / Е. А. Быкова // Вестн. МГУ: Сер. И. Право. 2004. – № 2. – С. 95–106.

Анотація

Стаття присвячена дослідженню права інвалідів на освіту у міжнародному праві та її важливість у здійсненні навчання дітей з особливими можливостями. Особливу увагу приділено питанню визначення стандартів, які закріплені у міжнародних документах, щодо рівних можливостей осіб з особливими потребами на освіту та уникнення їх дискримінації при реалізації такого права.

Annotation

The article is dedicated to a research of the rights of disable people for being educated and the importance of international law in handicapped children education. Particular attention is paid for determination standards that are reflected in international documents of equal opportunities for people with disabilities for education and avoiding discrimination in the implementation of this right.

Музика Я. І.

*Львівська комерційна академія,
ст. викл. кафедри господарського права та процесу*

ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ ЧЛЕНІВ ВСЕСВІТНЬОЇ МИТНОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ

Ключові слова: *види членів міжнародних організацій, форми членства у міжнародних організаціях, члени ВМО, представництво у ВМО, фінансування діяльності ВМО, правовий статус членів ВМО.*

Keywords: *types of members of international organizations, forms of membership in international organizations, members of the WCO, representation in WCO, financing of WCO, the legal status of WCO Members.*

Постановка проблеми у загальному вигляді. Митні відносини належать до тих сфер міжнародно-правового регулювання, в яких зацікавлені практично всі держави сучасного світу. Про це свідчить і значна кількість держав-членів Всесвітньої Митної Організації, яка робить її однією із найбільших міжнародних організацій за колом учасників. Саме тому актуальним є дослідження основних засада та особливостей членства в Всесвітній Митній Організації.

Інститут членства в міжнародній організації є одним із найважливіших у системі права міжнародних організацій. Він слугує юридичним оформлення участі держави в роботі міжнародної організації. Норми, що його формують, визначають порядок, характер і зміст участі членів міжнародної організації в її роботі, а також основні форми цієї участі.

На важливості інституту членства в міжнародній організації наголошують і в доктрині права міжнародних організацій. Як слушно наголошував В. Моравецький: “Склад членів грає вирішальну роль у здатності організації до дії” [1, с. 51]. Інший представник науки

міжнародного права, Т. І. Левицький вказує, що: “В кінцевому рахунку існування самої міжнародної організації залежить від держав-членів цієї організації” [2, 50].

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання членства в міжнародних організаціях досить детально досліджені вітчизняною і зарубіжною доктринами міжнародного права. Про них йдеться в працях таких відомих вчених-міжнародників як Г. М. Вельямінова, О. Н. Журека, Л. А. Левіна, Т. І. Левицького, В. Моравецького, Т. Н. Нешатаєвої, Е. А. Шибаєвої, І. І. Лукашука та інших. Крім цього, вказаним питанням присвячено норми установчих документів окремих міжнародних організацій, які, на жаль, рідко аналізуються науковцями і висвітлюються в доктрині. Саме тому, слід констатувати, що питання членства у Всесвітній Митній Організації залишилось поза увагою юристів-міжнародників.

Викладення основного матеріалу дослідження. Власне, саме поняття “членство в міжнародні організації” в доктрині міжнародного права розглядається як: “інститут права міжнародних організацій, який об’єднує норми, що регулюють порядок і умови вступу, види членства, сукупність їх прав та обов’язків, питання призупинення та припинення участі в міжнародних організаціях, а також відповідальність держав як членів організації” [3, 17–19].

Існують різні види членства в міжнародних організаціях. Зокрема, І. І. Лукашук виділяв:

- а) повне членство – члени володіють повним об’ємом прав та обов’язків відповідно до статуту міжнародної організації;
- б) асоційоване членство – від повного членства відрізняється відсутністю права брати участь у голосуванні і бути обраним у виконавчі органи;
- в) статус спостерігача;
- г) консультативний статус [4, 56].

Окрім того, в доктрині міжнародного права виділяють й інші статуси членів міжнародної організації, зокрема Є. О. Шибаєва, М. Поточний, Т. І. Левицький та ін. виділяють *первісних членів та тих, що приєдналися*. До першої категорії відносяться держави, які брали участь в розробці установчого акту, а також держави, що не брали участі в його розробці, але підписали і ратифікували його із самого початку [5, с. 27–28].

Відповідно, первісними членами Всесвітньої Митної Організації слід вважати ті держави, які приєдналися до Конвенції про створення Ради Митного Співробітництва з моменту її підписання і до її вступу в дію, тобто з 15 грудня 1950 р. до 4 жовтня 1951 р. Такими є 12 держав – Бельгія, Франція, Західна Німеччина, Греція, Ісландія, Італія, Люксембург, Нідерланди, Норвегія, Португалія, Швеція, Об'єднане Королівство Великобританії та Північної Ірландії [6].

Щодо другого виду – *ті, що приєдналися*, то їх визначають як: “...держави, що стали членами організації після початку її діяльності шляхом приєднання до установчого акту у відповідності із встановленими правилами” [7, с. 56]. До Всесвітньої Митної Організації належить 167 держав-членів, які приєдналися до її Статуту протягом наступних 60 років після його вступу в силу.

Проте в доктрині наголошують, що за будь-якого з цих видів членства об'єм прав та обов'язків буде однаковий. Як вказує Т. І. Левицький, єдиною різницею між членами в цьому випадку є об'єктивні обставини – первісні члени не потребують проходити спеціальні процедури стосовно вступу в міжнародну організацію [2, с. 52–53]. Якщо проаналізувати Статут Всесвітньої Митної Організації, то можна побачити, що згідно ст. 2 в ньому передбачені дві форми членства:

- повне;
- як спостерігача [8].

Інші форми членства, зокрема “асоційоване”, не передбачаються. Така множинність видів членства є характерною і для інших міжнародних організацій. Так, Статут Продовольчої та сільськогосподарської Організації ООН (ФАО), а саме його ст. II, як види членства передбачає “повне” та “асоційоване” [9]. Також і п. b ст. 5 Статуту Ради Європи передбачає можливість асоційованого членства в Раді Європи [10].

Відповідно до частини першої ст. II Статуту Всесвітньої Митної Організації 1950 р. її членами є: “(I) Договірні Сторони цієї Конвенції” [8]. Крім держав, членами Всесвітньої Митної Організації можуть бути, згідно з підпунктом II) пункту а) ст. II, Уряди окремих митних територій. До таких відносяться залежні території, які наділені правом самоуправління (напр. заморські території Франції, Великобританії, Нідерландів і т. п.) [8].

Аналогічні вимоги, щодо членства окремих територій чи груп територій в міжнародній організації, можна знайти і в установчих актах інших міжнародних організацій. Зокрема така ситуація врегульована згідно з п. 11 ст. 2 Статуту Продовольчої та сільськогосподарської Організації ООН (ФАО). Щоправда в цьому випадку, вони можуть претендувати виключно на асоційоване членство [9].

Що ж до другої форми членства, то в частині четвертій ст. II Статуту Всесвітньої Митної Організації встановлено, що спостерігачами можуть бути держави, які не є членами Організації або ж інші міжнародні організації [8]. В той же час, спостерігачі мають обмеження стосовно участі в окремих аспектах діяльності Організації. Так, вони не можуть брати участь в роботі Генеральної Політичної Комісії Всесвітньої Митної Організації [11, 277].

Крім цього, в функціонуванні окремих органів Всесвітньої Митної Організації, можуть брати участь і представники суб'єктів, які не є її членами. Так, в роботі Комітету з Гармонізованої системи, окрім представників держав та міжнародних організацій, що володіють статусом членів та спостерігачів відповідно, можуть брати участь і представники митних та економічних союзів, таких як АСЕАН, НАФТА та ін. [12].

В практиці міжнародних правовідносин на сучасному етапі зустрічаються й інші варіанти участі одних міжнародних організацій в функціонуванні інших. Наприклад, відповідно до Статуту Продовольчої та сільськогосподарської Організації ООН (ФАО), регіональні організації економічної інтеграції можуть набувати повне членство в цій міжнародній організації [9]. Щоправда в цьому випадку виникає необхідність у врегулюванні проблеми співвідношення членства цих організацій із паралельним членством держав, що входять також і до їх складу.

Для вступу в будь-яку міжнародну організацію, держави-кандидати повинні відповідати певним критеріям, які зафіксовані в її установчому акті (статуті). При цьому, як відзначав К. Іглтон, вони є критеріями *ipso facto*, що означає, що ним повинні відповідати як і ті держави, які приєдналися до міжнародної організації в подальшому, так і держави-засновниці [13, 304].

Водночас Статут Всесвітньої Митної Організації не містить жодних спеціальних вимог до держав, які прагнуть приєднатися до цієї

Організації, окрім необхідності ратифікувати Статут і депонувати документ про приєднання до Конвенції про створення Ради Митного Співробітництва у Міністерстві закордонних справ Бельгії [8].

Таким чином, до Урядів окремих митних територій пред'являються три вимоги щодо членства в Організації згідно з ст. II Статуту:

- 1) він має бути запропонований Договірною Стороною, відповідальною за здійснення його дипломатичних відносин;
- 2) він має самостійно займатися зовнішньою торгівлею;
- 3) вступ має отримати схвалення Ради Всесвітньої Митної Організації [8].

Такі вимоги, пов'язані із сферою діяльності міжнародної організації, загалом є характерними для міжнародних організацій зі спеціальною правоздатністю. Однак, якщо мова йде про міжнародні організації універсального характеру, там будуть пред'являтися значно більш загальні вимоги. Наприклад, в Статуті Ради Європи передбачається, що "Кожний член Ради Європи обов'язково повинен визнати принципи верховенства права та здійснення прав людини і основних свобод всіма особами, які знаходяться під його юрисдикцією, а також повинен відверто та ефективно співпрацювати в досягненні мети Ради" [10].

Станом на сьогодні членами Всесвітньої Митної Організації є 179 держав. За часом вступу, останніми є Південний Судан (18.07.2012), Сомалі (10.04.2012) та Гвінея-Бісау (19.08.2010 р.) [14].

До членів Всесвітньої Митної Організації не можуть застосовуватися жодні критерії щодо розподілу їх на окремі групи окрім тих, які передбачені Статутом. В той же час, як відзначає С. В. Ківалов: "Ґрунтуючись на цілому спектрі чинників, таких як робоча мова, географічна наближеність, вже існуючий порядок регіональних структур інших міжнародних організацій, було прийнято рішення про заснування шести робочих регіонів ВМО, а саме:

- Східна та Південна Африка (Ботсвана, Бурунді, Коморські острови, Ефіопія, Кенія, Лесото, Мадагаскар, Малаві, Маврикій, Мозамбік, Намібія, Руанда, Південно Африканська Республіка, Свазіленд, Танзанія, Уганда, Замбія, Зімбабве);
- Західна та Центральна Африка (Ангола, Буркіна-Фасо, Камерун, Кабо-Верде, Центральнаафриканська Республіка, Конго,

- Кот-Д'Івуар, Габон, Гамбія, Гана, Гвінея, Ліберія, Малі, Мавританія, Нігер, Нігерія, Сенегал, Сьєрра-Леоне, Того, Заір);
- Північна Африка, Близький та Середній Схід (Алжир, Єгипет, Ірак, Ізраїль, Йорданія, Ліван, Лівія, Марокко, Катар, Саудівська Аравія, Судан, Сирія, Туніс, Об'єднані Арабські Емірати);
 - Далекий Схід, Південна та Південно-Східна Азія, Австралія та Тихоокеанські острови (Австралійський Союз, Бангладеш, Китайська Народна Республіка, Гонконг, Індія, Індонезія, Іран, Японія, Корея, Макао, Малайзія, Монголія, М'янма, Непал, Нова Зеландія, Пакистан, Філіппіни, Сінгапур, Шрі-Ланка, Таїланд, В'єтнам)²;
 - Північна, Південна, Центральна Америка та Карибський басейн (Аргентина, Багамські острови, Бермудські острови, Бразилія, Канада, Чилі, Колумбія, Куба, Гватемала, Гаяна, Гаїті, Ямайка, Мексика, Парагвай, Перу, Тринідад і Тобаго, Сполучені Штати Америки, Уругвай)³;
 - Європа (Албанія, Вірменія, Австрія, Азербайджан, Бельгія, Болгарія, Хорватія, Кіпр, Чехія, Данія, Естонія, Фінляндія, Франція, Німеччина, Греція, Угорщина, Ісландія, Ірландія, Італія, Казахстан, Латвія, Литва, Люксембург, Мальта, Нідерланди, Норвегія, Польща, Португалія, Румунія, Росія, Словаччина, Словенія, Іспанія, Швеція, Швейцарія, Туреччина, Туркменістан, Україна, Об'єднане Королівство Великобританії та Північної Ірландії, Узбекистан) [16, 6].

Як відзначає К. Борисов, Всесвітня Митна Організація, в рамках співпраці своїх членів на регіональному рівні, створила мережу регіональних вузлів (центрів) зв'язку з обміну інформацією в галузі боротьби з незаконним обігом наркотиків та іншими митними правопорушеннями. Такі центри розміщуються в одній зі столиць держав, що входять до цього регіону. Наприклад, центр зв'язку для країн Центральної та Східної Європи знаходиться у м. Варшава (Польща) [17, 300–310].

² Гонконг та Макао входять до складу Китаю і є членами Всесвітньої Митної Організації на правах окремих митних територій.

³ Бермудські острови перебувають під суверенітетом Великобританії і є членом Всесвітньої Митної Організації на правах окремої митної території

Аналогічна практика створення центрів (офісів) для співпраці держав-членів на регіональному рівні існує і в рамках інших міжнародних організацій. Так, в ст. Х Статуту Продовольчої та Сільськогосподарської Організації ООН (ФАО) встановлено, що в її рамках може бути прийняте “...рішення щодо регіональних та субрегіональних офісів” [9].

Крім того, географічний принцип, в певних випадках, застосовується при формуванні окремих органів Всесвітньої Митної Організації. Так, членський склад такого органу цієї Організації як Генеральна Політична Комісія формується за таким принципом: від Східної і Південної Африки – 1; від Європи – 7; від Далекого Сходу, Південної і Південно-Східної Азії, Австралії та островів Тихого океану – 4; від Північної Африки, Близького і Середнього Сходу – 1; від Північної, Південної та Центральної Америки і країн Карибського басейну – 3; від Західної і Центральної Африки – 1 [11, 277].

Якщо, говорити про права та обов’язки членів Всесвітньої Митної Організації, то, як вже йшлося вище, вони прописані у її Статуті. Так, відповідно до пункту с) ст. II, кожний член Ради призначає як своїх представників одного делегата. В роботі делегатам допомагають також заступник (один або більше), а також можуть призначатися радники [8]. Крім того, як вказується в пункті а) ст. VI з числа делегатів, щороку обирається Голова Організації, а також двоє або більше його заступників [8].

Крім того, в ст. Х встановлюється також те, що держави-члени призначають своїх представників у Постійний технічний комітет Всесвітньої Митної Організації. Як і у випадку делегатів, представники в технічному комітеті можуть мати заступників, а також в ході їх діяльності їм можуть асистувати експерти [8].

При цьому, не встановлюються вимоги, чи повинні такі представники обіймати певні фахові посади в адміністративних органах держави, що їх делегує, наприклад в їх митних службах (адміністраціях). В той же час, практика міжнародних правовідносин допускає можливість закріплення таких вимог в установчих актах міжнародних організацій. Наприклад, в Статуті Ради Європи передбачається, що в Комітеті Міністрів, який є виконавчим органом цієї міжнародної організації, держави мають бути представлені на рівні міністрів

закордонних справ, а в разі якщо вони не мають змоги брати участь у роботі, то їх замісникам бажано теж бути в ранзі членів уряду [10].

Загальноприйнятою є і норма, щодо можливості призначення додаткових осіб, функціями яких має бути допомога делегатам держав-членів під час їх діяльності. Так, в п. II ст. II Статуту Продовольчої та сільськогосподарської Організації ООН (ФАО) щодо представництва в Конференції ФАО, встановлено, що: “Кожна країна-член та асоційований член можуть призначати замісників, помічників і консультантів свого делегата” [9]. Аналогічні положення містяться і у п. 1 ст. 5 щодо представництва у Раді ФАО [9].

Практика започаткування співпраці в рамках міжнародних організацій на регіональному і локальному рівні є досить поширеною. Найчастіше вона використовується в міжнародних організаціях з великою кількістю членів, для підвищення ефективності та результативності міжнародного співробітництва у предметній сфері діяльності.

Делегати беруть участь в роботі основних органів Всесвітньої Митної Організації і прийнятті рішень. Згідно з пунктом *a* статті VIII, кожен член Організації, має право брати участь в обговоренні і прийнятті рішень з будь якого питання. Винятком з цього є прийняття рекомендацій щодо конвенцій, до яких держава не приєдналася – в цьому разі, в обговоренні та прийнятті рішень беруть участь тільки ті держави, які є сторонами конвенції [8].

В пункті *b*) статті VIII прописано процедуру голосування. Так, передбачається, що рішення приймається більшістю в дві третини голосів присутніх держав-членів. В той же час, необхідною умовою є наявність кворуму, а саме присутність не менше половини держав-членів, які мають право голосу з даного питання [8].

Єдиною підставою для позбавлення держави-члена права голосу, яка передбачена в Статуті Всесвітньої Митної Організації згідно з пунктом *c*) ст. XII, є несплата членських внесків [8]. Аналогічні жорсткі вимоги щодо необхідності дотримання фінансових умов членства і позбавлення голосу в разі їх порушення містять установчі акти й інших міжнародних організацій. Наприклад, в Статуті Продовольчої та сільськогосподарської Організації ООН (ФАО), а саме в п. 3 ст. IV встановлено, що: “Країна-член, яка має заборгованість за платежами своїх фінансових внесків до Організації, не має права

голосу на Конференції, якщо розмір її заборгованості дорівнює або перевищує суму внесків, які вона мала сплатити за два попередні календарні роки” [9]. У випадку членства в Раді Європи, то відповідно до ст. IX Статуту Ради Європи: “Якщо член Ради не виконав своїх фінансових зобов’язань, Комітет Міністрів може тимчасово позбавити його права представництва у Комітеті та Консультативній асамблеї до того часу, поки він не виконає ці зобов’язання” [10].

Якщо вести мову про фінансові аспекти членства в Всесвітній Митній Організації, то дане питання врегульоване в ст. XII Статуту. Зокрема, пунктом б) цієї статті передбачається, що видатки, з приводу діяльності Організації несуть її держави-члени. Розмір видатків кожної держави встановлюється відповідно до шкали, яка визначається Радою Організації. Внески є щорічними, крім того, держави-члени зобов’язані сплачувати їх в повному розмірі за той рік, коли вони приєдналися до Організації та/або вийшли з неї [8]. Також, в пункті а) статті XII встановлено, що видатки щодо роботи делегації в рамках Організації несе кожен член особисто [8].

Порівнюючи врегулювання цього аспекту з іншими організаціями, варто наголосити на тому, що в цілому дані положення не містять будь-яких специфічних особливостей. Так, в ст. XVIII Статуту Продовольчої та сільськогосподарської Організації ООН (ФАО), встановлено, що: “Кожна країна-член та асоційований член зобов’язується щорічно вносити до Організації свою частку бюджету, яка визначається Конференцією” [9]. В той же час в ній наголошується на диференціації розміру внесків держав членів та асоційованих членів, а у випадку членів та спостерігачів Всесвітньої Митної Організації таке розрізнення не проводиться.

С. М. Перепьолкін надає конкретні дані, щодо фінансових умов членства в Всесвітній Митній Організації. Так, валютою в якій вносяться платежі, раніше виступав бельгійський франк, зараз, після введення з 1 січня 2002 р. єдиної валюти для більшості держав-членів Європейського Союзу – “євро”, саме ця грошова одиниця і грає роль розрахункової валюти. Найбільшими фінансовими частками є внески США – 120625000 (25%), Японії – 80915250 (16,77%), Німеччини – 39468500 (8,18%), Франції – 24848750 (5,15%), Великобританії – 22484500 (4,66%), Італії – 20361500 (4,22%). Розмір

внесків держав-членів Всесвітньої Митної Організації може рік від року змінюватись, але існує мінімальний внесок, який теж майже щорічно змінюється, не сплативши який держава не має права голосу у ВМО та стає неактивною [11, 279].

Слід відзначити, що в Всесвітній Митній Організації, допускається можливість фінансування державами-члена окремих проєктів і аспектів функціонування організації, ініціаторами якої вони виступають. Наприклад, Російська Федерація внесла пропозицію про впровадження російської мови як робочої мови Комітету з Гармонізованої системи. При цьому, як вказує С. М. Перепьолкін, було наголошено, що Уряд Російської Федерації повністю бере на себе всі витрати, пов'язані з перекладом документів Всесвітньої Митної Організації в цій сфері російською мовою. Як наслідок, дану ініціативу було підтримано і станом на сьогодні російська мова є однією з робочих мов Комітету з Гармонізованої системи [11, 288].

Крім того, держави-члени Всесвітньої Митної Організації мають й інші зобов'язання пов'язані з їх членством в ній. Наприклад до таких належить зобов'язання щодо надання інформації. Так, згідно з ст. IV Статут Організації, члени повинні надавати будь-яку запитувану інформацію і документи, необхідні для здійснення нею своїх функцій. Винятком з цього правила є тільки секретна інформація: "...розкриття якої буде перешкоджати застосуванню його законів або іншим чином суперечити державним інтересам або зачіпати законні торговельні інтереси будь-якого підприємства, як державного, так і приватного" [8].

Схожі положення, щодо зобов'язань із надання інформації містяться і в установчих актах, інших міжнародних організацій, зокрема Продовольчої та сільськогосподарської Організації ООН (ФАО). Відповідно до п. 2 ст. XI: "...усі держави-члени та асоційовані члени також регулярно передають... статистичну, технічну та іншу інформацію, опубліковану або в інший спосіб видану урядом або таку, яку уряд може без затримки отримати" [9]. В той же час, норми, які б встановлювали винятки з цього правила, в цьому випадку не прописані.

Окремі зобов'язання держав-членів були прописані і в Додатку до Конвенції про створення Ради Митного Співробітництва (Статуту Всесвітньої Митної Організації) "Правоздатність, привілеї та імуні-

тети Ради". Зокрема в Розділі 9 ст. 3 вказується, що держави-члени зобов'язані вживати необхідних адміністративних заходів для звільнення від сплати суми мита або податку або її повернення в разі, якщо Організація робить великі закупівлі майна для офіційних цілей [18].

Крім того, держави-члени, відповідно до Розділу 1 Ст. IV Додатку до Статуту, зобов'язані надавати Всесвітній Митній Організації на своїй території режим, не менш сприятливий, ніж той, що може бути наданий іншому уряду і його дипломатичному представництву, стосовно першочерговості, тарифів і зборів на послуги зв'язку, а також інформаційні послуги. Також Розділ II Додатку передбачає, що офіційна кореспонденція та офіційні повідомлення Організації не підлягають цензурі, за винятком відповідних заходів забезпечення безпеки [18].

Висновки. Підсумовуючи, вважаємо за доцільне відзначити, що членство в Всесвітній Митній Організації в цілому відповідає тенденціям регулювання інституту членства в міжнародних організаціях. За кількісним складом своїх членів, ця Організація належить до найчисельніших. В той же час, аналіз положень Статуту Організації, що стосуються питання членства в ній, дозволяє виділити низку особливостей, зокрема:

- членами Всесвітньої Митної Організації можуть бути як держави, так і уряди окремих митних територій, за умови згоди держави, до складу якої вони входять або під суверенітетом якої перебувають;
- участь міжнародних організацій у роботі Всесвітньої Митної Організації, можлива виключно на правах спостерігачів;
- не передбачені інші форми членства, що використовуються в практиці міжнародних правовідносин (асоційоване, неповне і т. п.).

Попри ці окремі особливості, членство в Всесвітній Митній Організації відповідає основним засадам інституту членства в міжнародних організаціях на сучасному етапі.

Список використаних джерел

1. Моравецкий В. Функции международной организации. Перевод с чешского / В. Моравецкий.; Под ред.: Морозов Г. И. (Вступ. ст.); Пер.: Борин Г. Б., Прудков Н. Г. – М.: Прогресс, 1976. – 384 с.

2. **Левицкий Т. И.** Юридическая природа и правовое положение Совета Европы. Дис... канд. юрид. наук: 12.00.10 / Т. И. Левицкий – М., 1993. – 263 с.
3. **Крылов Н. Б.** Принципы участия государств в системе ООН / Н. Б. Крылов – М.: Междунар. отношения, 1986. – 120 с.
4. **Лукашук И. И.** Международное право. Особенная часть. Изд. 3-е, перераб. и доп. / И. И. Лукашук – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 544 с.
5. **Поточный М.** Правовые вопросы структуры и деятельности международных организаций. Учебное пособие / М. Поточный, Е. А. Шибаева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1988. – 192 с.
6. **POSITION AS REGARDS RATIFICATIONS AND ACCESSIONS** (as of 30 June 2012) Convention establishing a Customs Co-operation Council Entered into force: 4 November 1952 // The official web-site of the World Customs Organisation. [Electronic source]. Cit. 11.12.2012. Retrieved from – <http://www.wcoomd.org/en/about-us/legal-instruments/conventions.aspx>.
7. **Шибаева Е. А.** Специализированные учреждения ООН. Международно-правовые аспекты / Е. А. Шибаева – М.: Междунар. отношения, 1966. – 112 с.
8. **Конвенція про створення Ради Митного Співробітництва** від 15 грудня 1950 р. // Офіційний вісник України від 08.04.2005 р. – 2005. – № 12. – Ст. 313.
9. **Статут Продовольчої та сільськогосподарської організації ООН** // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. Цит. 17.01.2013. Доступно з – http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_c17.
10. **Статут Ради Європи** від 05.05.1949 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. Цит. 23.12.2012. Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_001.
11. **Міжнародне право ХХІ століття: сучасний стан та перспективи розвитку** (до 60-ліття проф. В. М. Репецького) / М. М. Микієвич, М. В. Буроменський, В. В. Гутник [та ін.]; за ред. д. ю. н., проф. М. М. Микієвича. – Львів: ЛА “Піраміда”, 2013. – 320 с.
12. **Mandat du Comité du Système harmonisé.** / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.wcoomd.org/fr/about-us/wco-working-bodies/tarif_and_trade/harmonized_system_committee.aspx.
13. **Eagleton C. International Government 3rd ed.** / C. Eagleton. – New-York: The Ronald Press Co.: 1957. – 665 p.
14. **List of Members with membership date** // The official web-site of the World Customs Organisation. [Electronic source]. Cit. 11. 12. 2012. Retrieved from – <http://www.wcoomd.org/en/about-us/wco-members/~media/WCO/Public/Global/PDF/About%20us/WCO%20Members/List%20of%20Members%20with%20membership%20date.aspx>.
15. **Постанова Верховної Ради України** Про приєднання України до Конвенції про створення Ради Митного Співробітництва 1950 року № 2479-ХІІ від 19.06.1992 р. // Верховна Рада України. – Офіц. вид. – Відомості Верховної Ради України від 01.09.1992. – 1992. – № 35. – Ст. 522.

16. **Ківалов С. В.** Всесвітня митна організація: історія та сучасність / С. В. Ківалов // Митна справа. – 2009. – № 6. – С. 3–9.
17. **Борисов К. Г.** Международное таможенное право. 2-е изд., доп. / К. Г. Борисов – М.: Изд-во РУДН, 2001. – 616 с.
18. **Додаток до Конвенції про створення Ради Митного Співробітництва** від 15 грудня 1950 р. “Правоздатність, привілеї та імунітети Ради” // Офіційний вісник України від 08.04.2005 р. – 2005 р. – № 12. – Ст. 313.

Анотація

В статті проаналізовано доктринальні підходи до інституту членства в міжнародних організаціях, вказано на їх форми та види. Відображено динаміку вступу держав у Всесвітню Митну Організацію та розподіл їх на робочі регіони за географічним принципом. Досліджено порядок набуття та правовий статус членів Всесвітньої Митної Організації.

Annotation

This paper analyzes the doctrinal approaches to the institution's membership in international organizations, are on their forms and types. Displaying dynamics States since the World Customs Organization and distribution of the working regions geographically. Investigated the order of acquisition and legal status of members of the World Customs Organization.

Чабан О. М.

*к. ю. н., Львівська комерційна академія,
старший викладач кафедри цивільного права та процесу.*

МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО ЯК ГАЛУЗЬ ПРАВА УКРАЇНИ

Ключові слова: *міжнародне приватне право, галузь права, предмет міжнародного приватного права, методи правового регулювання в міжнародному приватному праві, система міжнародного приватного права.*

Keywords: *private international law, field of law, the subject of private international law, methods of legal regulation of private international law, private international law system.*

В науковій літературі тривалий час йдуть дискусії щодо місця міжнародного приватного права в системі права України. Поширеною серед фахівців є думка, що міжнародне приватне право є складовою внутрішньодержавного права, тобто частиною національної правової системи [1, 28]. До того ж міжнародне приватне право відноситься до однієї з найдинамічніших галузей права, яка увесь час перебуває у постійному розвитку та удосконалюється [2, 4]. Як стверджує С. Г. Кузьменко, міжнародне приватне право належить до комплексних галузей права, оскільки міжнародне приватне право як галузь права регулює різноманітні невідомі, приватноправові відносини з “іноземним елементом” [3, 4].

На думку В. Л. Чубарева, міжнародне приватне право – це галузь права, що складається з сукупності норм, які регулюють приватні (невідомі) відносини, пов’язані з присутністю в цих відносинах “іноземного елементу” [1, 27]. На думку І. В. Мироненка, міжнародне приватне право – складний комплекс правових норм, які регулюють приватноправові відносини, що мають міжнародний характер [4, 10].

У доктрині висловлювалась і протилежна думка, за якою міжнародне приватне право слід розглядати лише як складову міжнародного публічного права [1, 28–29]. Вважаємо, що це є спірне твердження, оскільки є певні критерії, за якими можна відмежувати міжнародне приватне право від міжнародного права (приміром, предмет правового регулювання, суб'єкти правових відносин, джерела правового регулювання, місце в правовій системі тощо).

Зовсім іншу позицію відстоює В. В. Гаврилов. На його думку, міжнародне приватне право є штучним утворенням, яке неможливо розглядати ані як частину міжнародного, ані як частину внутрішньодержавного права. Не утворює воно і власної системи права, оскільки саме складається з норм різних правових систем. Міжнародне приватне право – це, швидше, навчально-методичний і науковий термін, який використовується для позначення сукупності правових норм міжнародного та національного походження, що перебувають у тісній взаємодії і регулюють особливу групу певною мірою відокремлених суспільних відносин міжнародного неміждержавного невладного характеру [1, 33].

Метою даної статті є дослідження предмета, методів правового регулювання та системи міжнародного приватного права.

Для того щоб стверджувати, що певна сукупність правових норм, яка регулює відповідні відносини, є галуззю права, вона повинна відповідати певним ознакам. На думку О. Ф. Скакун, галузь права – відносно самостійна сукупність норм права, що регулює якісно однорідну сферу (рід) суспільних відносин і володіє тільки їй властивим режимом правового регулювання (тобто предметом, методом, метою, способами, типом правового регулювання) і є підсистемою системи права [5, 298]. Кваліфікуючими ознаками галузі права є предмет, методи правового регулювання та система.

Основним нормативно-правовим актом законодавства України, що регулює міжнародні приватні відносини, є Закон України “Про міжнародне приватне право” від 23.06.2005 р. (з наступними змінами). В преамбулі вказаного Закону визначено, що цей Закон встановлює порядок урегулювання приватноправових відносин, які хоча б через один із своїх елементів пов'язані з одним або кількома правопорядками, іншими, ніж український правопорядок. Правові норми,

що містяться в Законі України “Про міжнародне приватне право”, за змістом відповідають преамбулі цього Закону. Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України “Про міжнародне приватне право” приватноправові відносини – відносини, які ґрунтуються на засадах юридичної рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності, суб’єктами яких є фізичні та юридичні особи. Тому міжнародне приватне право регулює відносини, яким притаманні такі дві ознаки в сукупності: 1) це – приватні відносини; 2) один із елементів цих правовідносин пов’язаний з однією або кількома правовими системами, іншими, ніж українська, тобто це є міжнародні відносини.

Приватноправові відносини в міжнародному приватному праві – це не тільки особисті немайнові і майнові відносини, що охоплюються власне цивільним правом (власності, інтелектуальної власності, зобов’язальні, в тому числі деліктні, спадкові), але також відносини, врегульовані нормами господарського (комерційного), сімейного, трудового та процесуального права в їх приватноправовому аспекті [4, 11].

У певних випадках норми міжнародного приватного права безпосередньо не врегульовують ті чи інші суспільні відносини по суті, а лише визначають, право якої держави підлягає застосуванню. Вирішення питання про право, яке підлягає застосуванню до міжнародних приватноправових відносин, є головним завданням міжнародного приватного права. Це питання завжди виникає в межах відповідного національного правопорядку, тому у вітчизняному праві існують правові приписи щодо того, в яких випадках виникає це питання і як воно повинно вирішуватися.

Предметом міжнародного приватного права як галузі права є міжнародні приватні правовідносини або, використовуючи спеціальні терміни міжнародного приватного права, приватноправові відносини з іноземним елементом. Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України “Про міжнародне приватне право” іноземний елемент – ознака, яка характеризує приватноправові відносини, що регулюються цим Законом, та виявляються в одній або кількох з таких форм:

- хоча б один учасник правовідносин є громадянином України, який проживає за межами України, іноземцем, особою без громадянства або іноземною юридичною особою;

- об’єкт правовідносин знаходиться на території іноземної держави;
- юридичний факт, який створює, змінює або припиняє правовідносини, мав чи має місце на території іноземної держави.

Іноземний елемент одночасно може виражатися у трьох вказаних формах. Для того, щоб приватноправові відносини визнавалися предметом міжнародного приватного права, цілком достатньо, щоб іноземний елемент виявлявся в одній із форм.

Г. С. Фединяк вказує, що в нормі, в якій визначено поняття та форми іноземного елемента, держава як суб’єкт приватноправових відносин не зазначена. Водночас ст. 30 Закону за назвою “Участь держави та юридичних осіб публічного права у приватноправових відносинах з іноземним елементом” передбачає застосування правил цього Закону до приватноправових відносин з іноземним елементом за участю держави та юридичних осіб публічного права на загальних підставах, якщо інше не передбачено законом. Таким чином, цим Законом держава та юридичні особи публічного права все-таки визнаються учасниками приватноправових відносин з іноземним елементом [6, 313–314].

На нашу думку, учасником приватноправових відносин також може бути іноземна організація, яка не є юридичною особою відповідно до права іноземної держави. Прямим підтвердженням цього є реч. 2 ч. 1 ст. 27 Закону України “Про міжнародне приватне право”, де передбачено, якщо така організація діє на території України, до її діяльності застосовується законодавство України, яке регулює діяльність юридичних осіб, якщо інше не впливає з вимог законодавства чи суті правовідносин.

Наступна ознака галузі права – наявність відповідних методів правового регулювання. В теорії права розрізняють загальні та спеціальні методи правового регулювання. До загальних методів правового регулювання належать диспозитивний (цивільно-правовий) та імперативний (адміністративно-правовий) методи. Для регулювання міжнародних приватних відносин застосовуються обидва методи. Диспозитивний метод правового регулювання передбачає рівність суб’єктів відповідних відносин, відсутність у будь-якого з них владних повноважень по відношенню до іншого суб’єкта та можливості

для учасників правових відносин самостійно врегулювати свою поведінку у визначених законодавством межах. Прикладом застосування імперативного методу є інститут застереження про публічний порядок, взаємності, імунітету іноземної держави тощо.

Наявність в приватноправових відносинах іноземного елементу обумовлює застосування для врегулювання приватних відносин спеціальних методів правового регулювання. Такими є колізійний та матеріально-правовий методи правового регулювання суспільних відносин. Матеріально-правовий метод має також назву прямого або уніфікованого.

Якщо для врегулювання приватних відносин з іноземним елементом уніфікованої міжнародно-правової норми немає і учасники правовідносин не здійснили вибір права, що застосовується до змісту правових відносин, то вирішити колізійну проблему вибору застосовного права можна двома способами: 1) застосовувати національне право або 2) дозволити врегулювати відповідні відносини правом іноземної держави. Тому існує проблема вибору між національним та іноземним правом, яка вирішується колізійною нормою.

Метод колізійного регулювання – це спосіб вирішення питання про те, право якої держави підлягає застосуванню для врегулювання відносин з іноземним елементом. Як слушно зауважив Є. Т. Усенко, зміст даного методу зводиться до одностороннього “санкціонування однією державою застосування владних актів (законів) інших держав на своїй території чи визнання юридичних наслідків цих актів” [1, 76].

Наприклад, у реч. 1 ч. 1 ст. 18 Закону “Про міжнародне приватне право” встановлено, що цивільна дієздатність фізичної особи визначається її особистим законом. Згідно з ч. 1 ст. 16 вказаного Закону особистим законом фізичної особи вважається право держави, громадянином якої вона є. Тобто діє правило: якщо іноземний громадянин визнається дієздатним за законодавством держави громадянства, він вважатиметься дієздатним і в державі перебування. Це означає, що у випадку, коли відносини пов’язані з присутністю в ній іноземного громадянина, наприклад, англійця, питання стосовно його дієздатності повинно вирішуватися відповідно до англійського права, де встановлено, що повної дієздатності фізична

особа досягає у 21 рік, а не у 18, як це визначено цивільним законодавством України. Тобто зміст колізійного методу полягає у тому, що не врегульовуючи відповідні відносини по суті, він дає можливість визначити, право якої держави підлягає застосуванню.

Матеріально-правовий метод регулювання приватноправових відносин застосовується для врегулювання поведінки учасників приватних відносин по суті. В науковій літературі зазначено, що застосування матеріально-правового методу здійснюється після вирішення колізійних проблем, коли вже визначено право, що підлягає застосуванню до правовідносин [3, 20]. Після вибору застосовного права здійснюється регулювання міжнародних приватноправових відносин по суті за допомогою матеріально-правових норм, що містяться у відповідному національному законодавстві. Це можуть бути норми, які регулюють тільки правовідносини з іноземним елементом, а також норми, що регулюють правовідносини, в яких відсутній іноземний елемент.

Як зазначає І. В. Мироненко, матеріально-правові норми безпосередньо застосовуються для врегулювання відносин за участю іноземного елемента, минаючи таку стадію як вибір компетентного права, як це має місце за умов колізійного регулювання [4, 13]. Так, згідно з ч. 5 ст. 4 Закону України “Про міжнародне приватне право” визначення права, що підлягає застосуванню до приватноправових відносин на підставі колізійних норм, не здійснюється, якщо міжнародним договором України передбачено застосування до відповідних відносин матеріально-правових норм. Тобто у випадку існування міжнародного договору, що регулює приватноправові відносини по суті, вибір застосовного права не здійснюється.

Загалом, при вирішенні питання щодо застосовного права до міжнародних приватноправових відносин цілком природним виглядає бажання замінити “різномірні положення національного законодавства окремих країн системою однорідних нормативних приписів, призначених для безпосереднього врегулювання міжнародних невіддільних відносин”. Створення таких однакових матеріально-правових норм дістало назву уніфікація, внаслідок чого і метод подібного регулювання відповідних відносин отримав назву уніфікованого (або прямого). Як зазначає В. В. Гаврилов, спочатку

цей метод застосовувався тільки у сфері міжнародної торгівлі – сфері, для врегулювання якої національне право було найменш пристосовано, а потім був розповсюдженим і на інші інститути міжнародного приватного права [1, 59].

З наведеного випливає, що у процесі уніфікації створюються норми, які є міжнародними за своїм характером. Внаслідок цього сутність прямого методу зводиться до заміни норм національного законодавства двох (чи більше) правових систем, які претендують на врегулювання певних відносин, новими матеріально-правовими нормами. Саме вони будуть застосовуватись у відповідних випадках судами всіх держав, що взяли участь у створенні цієї нової норми незалежно від того, в який саме спосіб вона може бути трансформованою в їхні національні системи права [1, 59–60].

Наприклад, загальна позовна давність в Австрії встановлена тривалістю 3 роки, у Німеччині – 30 років, у Нідерландах – 20, у Швейцарії та за законодавством деяких штатів США – 10, у Греції і Данії – 5 років тощо. Тобто, спектр використаних законодавцями рішень з даного питання є вкрай широким, у зв'язку з чим здійснення уніфікації положень про загальну тривалість позовної давності є необхідним. З цього питання було ухвалено Конвенцію про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів (1974 р.), якою встановлена тривалість позовної давності у 4 роки. Конвенцію було ратифіковано Верховною Радою України 14.07.1993 р.

Матеріально-правовий метод регулювання має один суттєвий недолік. Справа в тому, що застосування цього методу не завжди можливе. Наприклад, для уніфікації на універсальному рівні віку, з якого у фізичної особи виникає повна цивільна дієздатність, необхідно досягти згоди між великою кількістю держав з найрізноманітнішими правопорядками, такими, наприклад, як Індія, Китай, ряд мусульманських країн тощо. Зрозуміло, уніфікацію можна чекати досить-таки довго, а може, навіть, не дочекатися ніколи. Втім, відповідні відносини виникають і потребують вирішення, яке не може бути відкладеним на невизначений термін. Внаслідок цього, за відсутності кращої альтернативи, законодавці та правозастосовні органи вимушені звертатися до колізійного методу правового регулювання [1, 74].

Наступною ознакою галузі права, як зазначає О. Ф. Скакун, є своєрідність обсягу, кількості інститутів, що її складають, наявність чи відсутність підгалузей права [5, 298]. Система галузі права – це її структурна побудова.

Система міжнародного приватного права складається з двох частин: загальна та особлива. До загальної частини відносяться такі правові інститути як: предмет, методи правового регулювання та система міжнародного приватного права, джерела міжнародного приватного права, застосування колізійних норм та іноземного права, суб'єкти міжнародного приватного права. До особливої частини включаються такі правові інститути: речове право, зовнішньоекономічні контракти, міжнародні перевезення, кредитно-розрахункові відносини в міжнародному приватному праві, міжнародно-правовий захист інтелектуальної власності, деліктні зобов'язання, спадкове право, правове регулювання міжнародних трудових відносин, правове регулювання сімейних відносин в міжнародному приватному праві, міжнародний комерційний арбітраж, визнання і виконання рішень іноземних судів і арбітражів.

Деякі вчені (О. Р. Кібенко, В. Л. Чубарев) виділяють спеціальну частину міжнародного приватного права – міжнародний цивільний процес, що поділяється на два інститути за суб'єктами правозастосування: 1) міжнародний цивільний процес; 2) міжнародний комерційний арбітраж [1, 35].

Таким чином, поділяємо точку зору тих вчених, які відстоюють позицію щодо існування міжнародного приватного права як галузі права України. Визначення можна запропонувати таке. Міжнародне приватне право – галузь права, що складається з сукупності правових норм, які регулюють приватноправові відносини з іноземним елементом. Зважаючи на те, що предмет правового регулювання даної галузі права складають всі види приватних відносин (цивільні, трудові, сімейні, господарські, процесуальні), однак це не вказує на комплексний характер цієї галузі права, оскільки об'єднуючим критерієм цих відносин є зв'язок хоча б одного з елементів приватноправових відносин з одним або кількома правопорядками, іншими, ніж український правопорядок.

Список використаних джерел

1. **Чубарев В. Л.** Міжнародне приватне право: навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2006. – 608 с.
2. **Васильченко В. В.** Науково-практичний коментар Закону України “Про міжнародне приватне право” / В. Л. Васильченко. – К.: Істина, 2007. – 200 с.
3. **Міжнародне приватне право:** навчальний посібник / [За заг. ред. С. Г. Кузьменка]. – К.: Центр учбової літератури, 2010. – 316 с.
4. **Мироненко І. В.** Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / І. В. Мироненко. – К.: Алерта, 2012. – 272 с.
5. **Скакун О. Ф.** Теорія права і держави: Підручник / О. Ф. Скакун – 2-ге видання. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – 520 с.
6. **Федияк Г. С.** Цивільно-правова природа транснаціональних корпорацій та їх договорів з приймаючою державою: Монографія / Г. С. Федияк. – К.: Атіка, 2008. – 344 с.

Анотація

В статті досліджуються основні ознаки міжнародного приватного права як галузі права. Подана характеристика приватноправових відносин з іноземним елементом. Проаналізовані методи правового регулювання в міжнародному приватному праві. Встановлені правові інститути, які становлять систему міжнародного приватного права.

Annotation

Main features of private international law as a field of law are investigated in the paper. The characteristic of private relations with a foreign element is provided. The methods of legal regulation of private international law are analyzed. The legal institutions that make up the system of private international law are established.

РОЗДІЛ 9

ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Мацько М. А.

к. ю. н., доцент, Львівська комерційна академія, доцент кафедри цивільного права та процесу, Заслужений юрист України.

ПЕНСІЙНІ ПРАВОВІДНОСИНИ В УКРАЇНІ: НАПРЯМИ РЕФОРМУВАННЯ ПЕНСІЙНОЇ СИСТЕМИ

Ключові слова: пенсія, пенсіонери, пенсійні правовідносини, солідарна пенсійна система, накопичувальна пенсійна система, недержавне пенсійне забезпечення, соціальне забезпечення, реформування пенсійної системи.

Keywords: *retirement, retired, retirement relationship, PAYG pension system funded pension system, private pension provision, social security, pension reform.*

Постановка проблеми. В Україні сформована якісно нова галузь права – право соціального забезпечення, що його розглядають в потрійному значенні: по-перше, як об'єктивно існуючу галузь у вітчизняній системі права, по-друге, як правову науку й по-третє, як навчальну дисципліну, що її вивчають у навчальних закладах.

Предметом правового регулювання права соціального забезпечення є соціально-забезпечувальні правовідносини. Їх основу становлять пенсійні правовідносини, до яких привернута особлива увага законодавця, органів виконавчої влади й місцевого самоврядування, Пенсійного фонду й науковців правових і соціально-економічних наук, що проводять наукові дослідження в цій життєво важливій сфері суспільного життя. У зв'язку з істотними змінами в законодавстві, виникла потреба дослідити характерні ознаки пенсійних правовідносин у нинішній період загострення політичної й економічної ситуації в Україні в порівняльному плані з правовим регулюванням цих відносин у минулому.

Стан дослідження. Дослідженню стану законодавчої бази пенсійної системи, аналізу змісту пенсійних законів та інших нормативно-правових актів, рівню їх відповідності назрілим умовам, приділялася й приділяється увага такими вченими правознавцями як Н. Болотіна, О. Мочульська, П. Пилипенко, С. Прилипка, С. Синчук, І. Сирота, Н. Хуторян, І. Чанишева, О. Ярошенко та ін.

Потреба у висвітленні стану пенсійного забезпечення у минулому й напряду його поліпшення у майбутньому зумовлювалася й зумовлюється тим, що пенсії є життєво важливим джерелом існування численних громадян пенсійного віку, службовців і посадових осіб, які мають достатню вислугу років у державних органах, осіб, які працювали на посадах суддів, прокурорів, слідчих, проходили службу в Збройних Силах України, органах внутрішніх справ, інших осіб, а також інвалідів, сімей, які втратили годувальника тощо.

Станом на 1 листопада 2014р. на обліку в органах Пенсійного фонду України перебувало 12,1 млн. пенсіонерів. З початку 2014 р. 441 тисячі громадянам призначено пенсії, 462 тисячам пенсіонерам, які працюють, здійснено індивідуальні перерахунки пенсійних виплат з урахуванням страхового стажу, набутого після призначення або попереднього перерахунку пенсій [1].

У соціально-економічній літературі підставно відзначається, що нинішній стан пенсійного забезпечення не відповідає основним принципам діяльності соціально орієнтованої держави, якою визнається Україна. Автори наукових праць переважно зосереджують увагу на висвітленні солідарної системи пенсійного забезпечення і, зважаючи на нові законодавчі акти, пропонують якнайшвидше приступити до другого рівня призначення й виплати пенсій, маючи на увазі накопичувальну систему, а також радять запроваджувати третій рівень виплати пенсій – недержавне пенсійне забезпечення. З нашого погляду, реалізація положень Закону України “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування” від 9 липня 2003 р. (далі – Закон № 1058) [2] може бути прискорена, якщо буде вироблена нова концепція реформування пенсійної системи, в якій поєднувалися б обов’язки держави та фізичної особи (громадянина). Особа повинна відчувати свою відповідальність за своє майбутнє. Ще в Концепції про соціальне забезпечення населення України, що

її схвалено постановою Верховної Ради України 21 грудня 1993 р. [3] зверталася увага на те, що на громадян, які самостійно забезпечують себе роботою, включаючи підприємців; осіб, зайнятих творчою діяльністю, членів кооперативів, фермерів поширюються лише ті соціальні гарантії, у фінансуванні яких вони беруть участь. Держава має забезпечувати найважливіші нормативи – рівень прожиткового мінімуму, мінімальні розміри зарплати і пенсій. Цією Концепцією закладено основи правової і нормативної бази соціального забезпечення населення й певною мірою вироблено механізми, які виходячи з реальних можливостей економіки, забезпечують дотримання державних гарантій, зокрема стосовно пенсійного забезпечення.

Відповідно до названої Концепції, в якій вирішальне значення в пенсійному забезпеченні надається соціальному страхуванню. Верховна Рада України 14 січня 1998 р. ухвалила “Основи законодавства України про загальнообов’язкове державне соціальне страхування” № 16/98-ВР [4]. Вони стали правовою основою здійснення соціального страхування для матеріального забезпечення громадян при настанні соціальних ризиків (пенсійного віку, інвалідності та ін.).

Після ухвалення цього законодавчого акта активізувалася провотворча діяльність у сфері соціально-забезпечувальних правовідносин. Нове законодавство відходить від, властивий колишній радянській державі практиці, патерналістської турботи, аліментарності (утриманства) здатних до участі в соціальному забезпеченні громадян. Змінюються умови й порядок надання матеріального забезпечення. У згаданому пенсійному Законі від 9 липня 2003 р. особливе значення надається страховому (трудовому) стажу. Відсутність такої умови як наявність необхідного страхового стажу виключає можливість призначення пенсій за віком чи з інвалідності від загальних захворювань або каліцтва, не пов’язаного з виробництвом. У зв’язку з цим відпала можливість у призначенні так званих “соціальних пенсій”, які призначалися особам пенсійного віку на підставі Закону України “Про пенсійне забезпечення” від 5 листопада 1991 р. Громадянам, які досягли пенсійного віку та інвалідам від загальних захворювань, при певних умовах може призначатися державна соціальна допомога відповідно до Закону України “Про державну соціальну допомогу особам, які не мають права на пенсію, та інвалідам” від 18 травня 2004 р. [6].

Метою статті є дослідження механізму взаємодії держави і самих громадян як суб'єктів соціально-забезпечувальних правовідносин у наповненні Пенсійного фонду, поліпшенні матеріального забезпечення пенсіонерів, переходу до другого рівня пенсійної системи – накопичувальної системи і використанні можливостей недержавного пенсійного забезпечення. На основі узагальнення законодавства й практики його застосування внести пропозиції щодо уніфікації пенсійного законодавства, використання правових засобів для ефективного функціонування пенсійної системи України

Виклад основного матеріалу. Зі змісту Основ законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 14 січня 1998 р. [4] впливають принципи солідарності й субсидіювання. Тому буде справедливим, коли в соціально-забезпечувальних правовідносинах застосовуватиметься механізм взаємодії держави та особи, інакше – застрахованої особи, страхувальника і страховика від невинуватеного ухилення виконувати соціальні обов'язки. Застраховані на випадок безробіття працівники зобов'язані сплачувати страхові внески до Фонду на випадок безробіття, але ж вони не сплачують страхові внески до Фонду від нещасних випадків, оскільки законодавством такий обов'язок покладено на страхувальника (роботодавця). На державу в особі Пенсійного фонду та його територіальних органів покладається обов'язок надання пенсійного забезпечення всім застрахованим особам, які працювали в цій державі на підставі трудового договору або на інших підставах і сплачували страхові внески до Пенсійного фонду. Характерно, що найновіші правові акти встановлюють правило про призначення й виплати пенсій засудженим особам, які перебувають у місцях позбавлення волі, звичайно, при наявності на це законних підстав, зокрема необхідного страхового стажу. При цьому варто зазначити, що до страхового стажу, який дає право на пенсію, включаються не тільки періоди роботи за трудовим договором, але й такі періоди як догляд за дитиною до досягнення нею трирічного віку, перебування жінки у відпустці у зв'язку з вагітністю й пологами.

Деяким особам надається пенсійне забезпечення незалежно від тривалості страхового стажу. Так, пенсія з інвалідності, яка настала внаслідок нещасного випадку на виробництві або професійного

захворювання призначається застрахованим працівникам незалежно від тривалості страхового стажу. Непрацездатним членам сім'ї загиблого на виробництві працівника, пенсія внаслідок втрати годувальника призначається його сім'ї незалежно від тривалості страхового стажу її годувальника. Це один із характерних прикладів, коли пенсія призначається не на підставі загальних пенсійних законів, а на підставі окремого Закону “Про загальнообов’язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності” від 23 вересня 1999 р. [7]. Отже, без участі однієї зі сторін щодо майбутнього матеріального забезпечення, у соціально-забезпечувальних правовідносинах мають місце вияви аліментарності, коли інша сторона виконувала обов’язки в інтересах майбутнього пенсіонера або непрацездатних членів його сім'ї.

Рівень пенсійного забезпечення ще не повною мірою пов’язаний безпосередньо зі страховим стажем, сумою сплачених внесків, трудовим внеском у суспільний продукт. Діючий механізм наповнення Пенсійного фонду повинен бути спрямований на систему “персоніфікованих пенсійних рахунків”, в якій кожен, хто сплачує внески на свій особистий пенсійний рахунок, стає його власником і достеменно знає, яку суму грошей ним заощаджено на старість. Мова йде про другий рівень пенсійної системи – накопичувальну систему. Її учасниками мають стати особи, яким на дату запровадження цієї системи виповниться не більше 35 років. Передбачається, що молоді громадяни будуть сплачувати страхові внески у розмірах на перших порах 2 відсотки з поступовим підвищенням їх до 7 відсотків від середнього заробітку. Кошти будуть нагромаджуватися та інвестуватися в економіку країни й стануть вагомим додатком до основної пенсії за солідарною пенсійною системою, що являє собою перший рівень пенсійного забезпечення і з якої виплачуються пенсії усім пенсіонерам. У випадку смерті пенсіонера залишки коштів на його індивідуальному рахунку успадковуються спадкоємцями. Загалом у накопичувальній системі передбачено довічну пенсію та пенсію на визначений строк.

Запровадження персоніфікованої системи пенсійного забезпечення стане важливим організаційно-управлінським заходом на

шляху до ліквідації “зрівнялівки” і виходу працівників з-під “тіні” неофіційної економіки.

Для окреслення напряму поступового переходу від солідарної системи пенсійного забезпечення до накопичувальної системи пенсійного страхування, скорочення виплат з Пенсійного фонду, зменшення розриву між максимальними і мінімальними розмірами пенсій, 8 липня 2011р. ухвалено Закон України “Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи”, що набрав чинності з 1 жовтня 2011р. (далі – Закон № 3668) [8]. Закон ухвалювався у році, коли дефіцит бюджету Пенсійного фонду становив понад 20 млрд. гривень, або майже 10% від загальних видатків бюджету названого Фонду. В попередньому (2010 р.) з державного бюджету на покриття бюджету Пенсійного фонду України виділено майже 34,4 млрд. грн. Доречно зазначимо, що в 2014 р. лише в одному місяці листопаді на виплату пенсій спрямовано 20,7 млрд. грн. З огляду на критичний фінансовий стан країни стає зрозумілим, чому держава змушена вдаватися до ухвалення непопулярних рішень і заходів, зокрема до підвищення пенсійного віку для жінок та осіб, для яких передбачено спеціальні пенсії, а заодно й збільшення страхового стажу для пенсійного забезпечення, обмеження максимальних розмірів пенсій, стягування податку з пенсіонерів, які отримують надто великі суми пенсій.

Законом № 3668 текст ст. 26 Закону України “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування” викладено в редакції, згідно з якою особи мають право на призначення пенсії за віком після досягнення віку 60 років. Це стосується як чоловіків, так і жінок, але підвищення пенсійного віку для жінок передбачено здійснювати поступово. У період до 1 січня 2015 р. жінкам після досягнення 55 років надано право оформляти пенсію за віком при умові звільнення з роботи та наявності необхідного страхового стажу. Однак у такому разі розмір їх пенсії зменшується на 0,5 відсотка за кожний повний чи неповний місяць дострокового виходу на пенсію. Виплата достроково призначеної пенсії припиняється, якщо до досягнення 60-річного віку жінка працевлаштувалася.

Новим законодавством істотно підвищено вимогу про більшу тривалість страхового стажу як необхідної умови для призначення

пенсій у солідарній системі. Під страховим стажем розуміють період (строк) протягом якого особа підлягає загальнообов'язковому державному пенсійному страхуванню та за яким щомісяця нею або за неї сплачені страхові внески в сумі не меншій, ніж мінімальний страховий внесок. Поняття страхового стажу повною мірою не співпадає з поняттям трудового стажу. Юридичне значення надається саме страховому стажу. В минулому для призначення пенсії за віком чоловікам достатньо було мати страховий стаж 25 років, а для жінок 20 років, тепер же страховий стаж збільшено на 10 років. Мінімальний розмір пенсії за віком за наявності у чоловіків 35 років, а у жінок 30 років страхового стажу встановлюється в розмірі прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність. До 1 жовтня 2011 р. пенсія за віком могла призначатися у незначному розмірі за наявності страхового стажу не менше 5 років, тепер же страховий стаж повинен становити не менше 15 років. Рівно ж пенсія з інвалідності від загальних захворювань для осіб, які досягли пенсійного віку, призначається при наявності страхового стажу не менше 15 років.

Найновіші окремі законодавчі акти разом з тим містять чимало схвальних положень, які сприятливо позначаються на збільшенні тривалості страхового стажу. Так, Законом України “Про внесення змін до деяких законів України щодо призначення та індексації пенсії” від 14 травня 2013 р. № 231-VII, який набрав чинності з 1 липня того ж року, передбачено зарахування до страхового стажу періодів перебування у відпустці у зв'язку з вагітністю та пологами, під час якої жінка отримує допомогу з цих підстав як така, що підлягає загальнообов'язковому державному пенсійному страхуванню. Для жінок і для чоловіків не змінюються вимоги про страховий стаж і вік для призначення пільгової пенсії за віком та за вислугу років відповідно до Закону України “Про пенсійне забезпечення” від 5 листопада 1991 р. [5]. Стосовно стажу також внесено зміни до статті 24 Закону України “Про наукову і науково – технічну діяльність”, згідно з якими науковим (науково-педагогічним) працівникам, які визнані інвалідами I, II, III груп, призначається пенсія з інвалідності в розмірі пенсії наукового (науково-педагогічного) працівника незалежно від віку за наявності стажу наукової роботи 15 років для жінок і 20 років для чоловіків та меншої тривалості страхового стажу. Для призначення

пенсії з інвалідності за нормами цього Закону є визнання особи інвалідом у період роботи на науковій (науково-педагогічній) посаді, а особам із числа інвалідів з дитинства час настання інвалідності не є вирішальною умовою для цього виду пенсійного забезпечення.

Особливе значення страховий стаж має для працівників, звільнених з роботи у зв'язку зі змінами в організації виробництва й праці, скорочення чисельності або штату працівників, а також виявленої невідповідності працівників займаний посаді або виконуваних робіт чи за станом здоров'я, якщо до настання пенсійного віку їм залишилося півтора року. За наявності страхового стажу для працівників – чоловіків 35 років, а для працівниць – жінок 30 років, їм достроково може бути призначена пенсія за віком відповідно до Законів України “Про зайнятість населення” від 5 липня 2012 р. та “Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні” від 16 грудня 1993 р. (з наступними змінами).

Чимало працівників після досягнення пенсійного віку, не оформляючи пенсій, продовжують працювати, щоб мати більший страховий стаж, а отже, одержувати в майбутньому більшу пенсію. У такому разі пенсія за віком призначатиметься з урахуванням страхового стажу на день звернення за призначенням пенсії з підвищенням її розміру на 0,5 відсотка – за кожний повний місяць страхового стажу після досягнення пенсійного віку при відстроченні виходу на пенсію на строк до 60 місяців і на 0,75 відсотка за кожний повний місяць страхового стажу після досягнення пенсійного віку при відстроченні виходу на пенсію на строк понад 60 місяців.

Характеризуючи загальний стан пенсійних правовідносин, варто зосередити увагу на зміни законодавства стосовно спеціальних пенсій. Ці зміни полягають у підвищенні вимог для призначення таких пенсій, в обмеженні їх розмірів та оподаткуванні надто великих пенсійних виплат. Спеціальні пенсії призначаються відповідним особам при збільшенні віку з 60 до 62 років (поступово) для чоловіків і при досягненні 60 років жінкам при збільшенні стажу служби. Так, наприклад, загальний стаж для прокурорів збільшено з 20 до 25 років і збільшено стаж вислуги років на посаді прокурора чи слідчого з 10 до 15 років (поступово).

Щодо розмірів спеціальних пенсій, то вони зменшуються з 90 до 80% для службовців і посадових осіб Кабінету Міністрів, відповідних

осіб Нацбанку, органів місцевого самоврядування, судової експертизи, установ засобів масової інформації та наукових і науково – педагогічних установ і закладів, а для суддів, прокурорів, державних службовців і народних депутатів – до 70%. Норми про такі обмеження містяться в Законі України “Про запобігання фінансової катастрофи та, створення передумов для економічного зростання в Україні” від 27 березня 2014 р. № 1166-VII (далі – Закон № 1166 [9]). Цим же Законом внесено зміни до статті 164 Податкового кодексу України. Згідно з підпунктом 164.2.19 вказаної статті суми пенсій (включаючи суми їх індексацій, нараховану відповідно до закону) або щомісячного грошового утримання, отримуваних платником податку з Пенсійного фонду України чи бюджету згідно із законом, якщо розмір перевищує десять тисяч гривень на місяць – у частині такого перевищення підлягають оподаткуванню.

Норми Закону № 1166 щодо змін про визначення розмірів спеціальних пенсій відтворюються в найновіших правових документах вищої юридичної сили. Наприклад новий Закон від 14 жовтня 2014 р. “Про прокуратуру” [10] встановив, що для прокурорів пенсія призначається в розмірі 70 відсотків від суми їхньої місячної (чинної) заробітної плати.

Аналіз чинного законодавства також дає можливість виявляти позитивну тенденцію у правовому регулюванні пенсійних правовідносин без істотних відмінностей з огляду на категорії майбутніх пенсіонерів. Досить зважити, що у недалекому минулому народним депутатом у разі закінчення їх депутатських повноважень призначалася достроково пенсія за два роки до досягнення пенсійного віку. В теперішній час таким правом вони можуть скористатися лише за півтора року до настання зазначеного віку, як це встановлено для інших категорій пенсіонерів. У новому Законі “Про Кабінет Міністрів України” від 27 лютого 2014 р. у ст. 57 сформульовано положення, згідно з яким пенсійне забезпечення колишніх членів Кабінету Міністрів України здійснюється в порядку та на умовах, визначених Законом України “Про державну службу” [11].

На шляху подолання разючих відмінностей у розриві між мінімальними і максимальними розмірами пенсій встановлено межу їх нарахування й виплат. Максимальний розмір пенсій (крім пенсійних

виплат, що будуть здійснюватися з Накопичувального пенсійного фонду) або щомісячного довічного грошового утримання (з урахуванням надбавок, підвищень, додаткової пенсії, цільової грошової допомоги, пенсії за особливі заслуги перед Україною, індексації та інших доплат до пенсії, встановлених законодавством, крім доплати до надбавок окремим категоріям осіб, які мають особливі заслуги перед Батьківщиною), призначених (перерахованих) відповідно до Митного кодексу України, постанови Верховної Ради України від 13 жовтня 1995 р. “Про затвердження Положення про помічника – консультанта народного депутата України”, законів України “Про державну службу”, “Про прокуратуру”, “Про статус народного депутата України” та інших законодавчих актів України не може перевищувати 10 прожиткових мінімумів, установлених для осіб, які втратили працездатність. Доречно зазначено, що у Державному бюджеті на 2014р. прожитковий мінімум для осіб, які втратили працездатність визначено в сумі 949 грн. на місяць

Разом з тим у п. 2 прикінцевих та перехідних положень Закону № 3668 зазначено, що обмеження пенсій (щомісячного довічного грошового утримання) максимальним розміром, установленим цим же Законом, не поширюються на пенсіонерів, яким пенсія (щомісячне довічне грошове утримання) призначена до набрання чинності зазначеним Законом. Однак до пенсійних виплат, що перевищують, установлений Законом максимальний розмір, індексація не застосовується.

Виникає запитання, чи за рахунок подальшого обмеження максимальних розмірів спеціальних пенсій буде змога істотно зменшити дефіцит Пенсійного фонду? Перш ніж відповісти на це запитання проаналізуємо дані статистики про наявну кількість усіх пенсіонерів, у тому числі тих, які отримують спеціальні пенсії (наводимо кількість пенсіонерів і середні суми виплат). Станом на 1 січня 2013 р. загальна чисельність пенсіонерів становила 13629789 осіб (це значно більше, ніж у 2014 р.), з них отримували пенсію за віком 10501410 (1464,33 грн.); з інвалідності – 2513546 (1359,13 грн.); в разі втрати годувальника – 508377 (1252,77 грн.); соціальні пенсії з минулих років – 134274 (920,40 грн.); довічне грошове утримання суддів – 1362 (7835,83 грн.); пенсії за вислугу років – 680770 (2172,12 грн.); пенсії військовослужбовцям – 603901 (2349,93 грн.). Середній розмір пенсійної виплати становив 1470,73 грн. [12].

З наведеної статистики видно, що спеціальні пенсії отримує лише 1286033 пенсіонерів, тобто приблизно кожна десята особа. Отже, суть реформування пенсійної системи зводиться не до якомога найбільшої зрівнялівки в нарахуванні й виплаті пенсій. Розрив у розмірах пенсій виправданий, оскільки матеріальне забезпечення кожного залежить від його внеску в загальнодержавну справу, від важливості й складності роботи, її кваліфікаційного рівня та якості, психо-емоційних затрат особи в процесі служби, ризиків у процесі роботи, ставлення до виконання трудових обов'язків, тривалості роботи, суми сплати внесків до Пенсійного фонду та інших факторів. Особа повинна заслужити пенсію як винагороду за минулу трудову діяльність. Пенсія є компенсацією втраченого чи зменшеного заробітку (доходу) соціально незабезпеченій особи, яка зазнала впливу соціального ризику – непрацездатності. За визначенням С. Синчук пенсія – це грошове систематичне забезпечення, яке здійснюється зобов'язаними відповідно до закону чи договору суб'єктами з метою компенсації втраченого (або зменшеного) внаслідок довічної або тривалої непрацездатності особи заробітку та (чи) доходу [13].

Нинішнє економічне становище України не дозволяє змінювати законодавство у бік зниження пенсійного віку й страхового стажу як невід'ємних умов для надання гідного пенсійного забезпечення. В Україні, до речі, найнижчий вік виходу жінками на пенсію. У більшості країн світу пенсії за віком призначаються жінкам при досягненні 60 років, а чоловікам після 65-річного віку. При цьому в ряді країн помітна тенденція до підвищення пенсійного віку. Так, законодавчий орган Португалії в рамках політики жорстокої економії ухвалив рішення про підвищення пенсійного віку в країні з 65 до 66 років. Очікують, що цей захід разом зі значним скороченням серед держслужбовців допоможе заощадити країні 4,8 млрд. євро бюджетних коштів.

Видається, що подальше реформування пенсійної системи має відбуватися при збереженні нині визначеного законом пенсійного віку з недопущенням більшого, ніж тепер, розриву між мінімальним і максимальним розміром пенсій. Необхідно, як це пропонує С. В. Науменкова спромогтися забезпечення стабільного функціонування пенсійної системи; забезпечення соціальної справедливості у солідарній пенсійній системі; формування ефективної системи недерж-

жавного пенсійного забезпечення; удосконалення спрощення механізму та забезпечення зрозумілості пенсійної системи для громадян і роботодавців; забезпечення громадського контролю за функціонуванням Пенсійного фонду; уніфікації пенсійного законодавства [14]. А найголовнішою проблемою в цій сфері, як нами вже зазначалося, є перехід до другого рівня пенсійної системи – накопичувальної системи.

Актуальною є проблема уніфікації розрізненого пенсійного законодавства. Важливо розробити проект Пенсійного кодексу та затвердити його парламентом. Разом з тим на порядок денний необхідно ставити питання про ухвалення окремих законодавчих актів стосовно: соціального захисту (зі спеціальними розділами про соціальне забезпечення, а особливо – пенсійне; а) учасників Антитерористичної операції; б) вимушено внутрішньо (в межах України) переміщених осіб.

Окремими законодавчими актами учасники АТО отримали статус учасників бойових дій відповідно до Закону України “Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту” (1993 р.), а стосовно переміщених осіб Верховна Рада України 20 жовтня 2014 р. ухвалила Закон “Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб” (Голос України. – 2014. – 21 листопада. – № 225. – С. 11–13), в якому стосовно пенсійного забезпечення лише зазначається, що воно здійснюється відповідно до законодавства (п. 1 ст. 7). Пенсійне забезпечення названих категорій осіб має свої особливості, на які належить зважити у спеціальних законодавчих і підзаконних нормативно – правових актах.

Українське суспільство заслужило мати глибоко обґрунтовану, чітко окреслену, належно структуризовану пенсійну систему. В цьому напрямі значну роль повинна відігравати наука права соціального забезпечення.

Список використаних джерел

1. **Наповнення бюджету** – завдання пріоритетне // Пенсійний кур’єр. – 2014. – 21 лист. – № 47. – С. 3.
2. **Закон України** від 9 липня 2003 р. № 1058 “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування” // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 49–51. – Ст. 376.
3. **Концепція соціального забезпечення населення України**: Схвалена постановою Верховної Ради України від 21 грудня 1993 р. № 3758-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 6. – Ст. 31.

4. **Основи законодавства України** про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування від 14 січня 1998 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 23. – Ст. 121.
5. **Закон України** від 5 листопада 1991р. № 1788–ХІІ “Про пенсійне забезпечення” // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 3. – Ст. 10.
6. **Закон України** від 18 травня 2004р. “Про державну соціальну допомогу особам, які не мають права на пенсію, та інвалідам” // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 33–34. – Ст. 404.
7. **Закон України** від 23 вересня 1999 р. “Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності” // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 46–47. – Ст. 403.
8. **Закон України** від 8 липня 2011 р. № 3668 “Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи” // Голос України. – 2011. – 13 вересня. – № 169. – С. 7–18.
9. **Закон України** від 27 березня 2014 р. № 1166–VII “Про запобігання фінансовій катастрофи та створення передумов для економічного зростання в Україні” // Голос України. – 2014. – 31 березня. – № 60–61. – С. 24–30.
10. **Закон України** від 14 жовтня 2014 р. ”Про прокуратуру” // Голос України. – 2014. – 25 жовтня. – № 206. – С. 11–21.
11. **Закон України** від 27 лютого 2014р. “Про Кабінет Міністрів України”// Голос України. – 2014. – 1 березня. – № 39. – С. 6–9.
12. **Машкін В.** Національний план дій – дорожня карта пенсійної реформи// Пенсійний кур'єр. - 2013. - 5 квітня. – № 14. – С. 3.
13. **Синчук С.** Правові проблеми понятійного апарату пенсійного законодавства // Право України. – 2012. – № 6. – С. 30.
14. **Науменкова С.** Недержавне пенсійне забезпечення в Україні/ С. В. Науменкова. – К.:Знання. – 2010. – С. 13.

Анотація

У статті досліджено стан пенсійних правовідносин з відображенням істотних змін у пенсійному законодавстві, зосереджено увагу на напрямках поліпшення пенсійного забезпечення громадян при взаємодії держави та особи, запровадженні накопичувальної пенсійної системи і недержавного пенсійного забезпечення, внесено пропозиції щодо подальшого реформування пенсійної системи України.

Annotation

This article explores the state pension relationships with display significant changes in pension legislation, focus on improving the areas of pensions of citizens in cooperation between the state and individuals implementing funded pension system and private pension provision, included proposals for further reform of the pension system in Ukraine.

РОЗДІЛ 10

**СУДОВА МЕДИЦИНА
ТА ПСИХІАТРІЯ**

Найда А. І.

*к. м. н., доцент, Львівська комерційна академія,
доцент кафедри кримінального права та процесу;*

Малик О. Р.

*к. м. н., доцент, Львівський національний медичний університет
імені Данила Галицького, доцент кафедри патологічної анатомії
та судової медицини.*

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК СУДОВОЇ МЕДИЦИНИ НА ЛЬВІВЩИНІ

Ключові слова: *судова медицина, історичний розвиток.*

Keywords: *forensic medicine, historical development.*

Формування судової медицини на західноукраїнських землях відбувалося під значним впливом західноєвропейських правових систем і на основі досягнень медицини Німеччини, Австрії, Польщі, а тому історичний досвід використання здобутків класичної медицини для цілей юриспруденції, досвід теоретичної розробки проблем судової медицини та підготовки відповідних кадрів судово-медичних експертів може бути особливо актуальним тепер для незалежної України, яка активно прагне увійти в систему європейської демократії та в різні європейські структури. З цього погляду Західна Україна може розглядатися як історичний міст між Західною Європою і слов'янським Сходом.

Є підстави стверджувати, що зародження судової медицини зумовлене не стільки рівнем розвитку лікування, скільки характером правових відносин.

Постановка проблеми. Значні зміни у суспільно-економічному житті України, які породили соціальні явища, характерні для становлення незалежної держави, привели до реформування судової

системи та демократизації судочинства, а отже, й до перебудови експертної допомоги громадянам та державним установам.

Аналіз останніх досліджень. Відомо, що в Польщі опубліковано чимало праць, присвячених історії діяльності судових медиків, починаючи з давнини і до наших часів, де, зокрема, висвітлюється робота судових лікарів Львова. Але в них віддзеркалена діяльність судових медиків, пов'язана з викладанням судової медицини студентам-правникам, студентам лікарського відділу Львівського університету, наукові здобутки, а їхня практична діяльність не показана (Л. Фінкель, С. Стажинській 1894 (1); В. Серадський 1928 (2), 1937 (3); Б. Скаржинський, 1957 (4); Б. Попельський, 1961 (5); З. Траунфельнер 1991 (6); Баран, 1997 (7)).

Історіографія судової медицини на теренах Західної України у XVIII, XIX та першій половині XX століття радянською історичною медичною наукою не вивчалася, з різних причин замовчувалась. Істориками медицини Польщі вона трактувалася у світлі політики полонізації західноукраїнських земель, тому їхні праці потребують критичної оцінки. Тому бажано показати еволюцію судово-лікарської експертизи у Галичині в умовах різних утворень, що історично склалися на цій території за різних форм правової практики, якої не було з інших регіонах України за часів Російської імперії та Радянського Союзу. Аналізуючи джерела формування судово-лікарської думки на Львівщині за Австро-Угорської імперії, Польщі, порівнюючи діяльність судових медиків в ті часи з роботою нині діючих судово-медичних закладів, хотілось би, образно кажучи, навести мости між минулим та сучасним, усвідомити місце лікаря судово-медичного експерта в юридичній практиці за конституційних часів у державах Західної Європи та в умовах одержавлення судово-медичних закладів, як практичної галузі охорони здоров'я в період існування СРСР.

Виклад основного матеріалу. У XIX сторіччі за часів австрійського панування у Львові була створена дворічна медико-хірургічна студія з п'ятьма кафедрами, де на кафедрі загальної патології передбачалося викладання судової медицини у вигляді окремих тем. У 1817 р. університет у Львові відновив свою роботу, проте без лікарського відділу [3], тому Медико-хірургічна студія продовжувала

свою діяльність. Судова медицина у ній була окремим предметом. Упродовж 1805–1847 рр. судову медицину, а також декілька інших предметів викладав В. Жердінський. Пізніше, у 1851 р., – І. Гавранек. З 1852 по 1871 р. викладачем з цього предмета став Ф. Гатшер, найвідоміший професор Медико-хірургічної студії, яка називалася ще інститутом. Одночасно Ф. Гатшер був надзвичайним професором Львівського університету, де викладав судову медицину юристам. Після від'їзду Гатшера його обов'язки протягом трьох років виконував Ю. Вейгель, лікар-практик, член Ради м. Львова. У Медико-хірургічній студії проводили практичні заняття з судової медицини, зокрема розтини трупів у Суспільному шпиталі. Викладачі студії складали також колективні висновки у спірних справах, що розглядалися судами.

У 1872–1874 рр. Медико-хірургічна студія була ліквідована, і протягом 20 років у Львові не було лікарського навчального закладу. Судову медицину вивчали тільки на відділі права в університеті. Ю. Вейгель після ліквідації студії до 1879 року працював в університеті на посаді так званого заступника викладача. Згодом його замінив доцент Л. Фейгель (1845–1893). У результаті наполегливих клопотань Міністерство дозволило у 1884 р. відкрити самостійну кафедру судової медицини на відділі права, доручивши керівництво Л. Фейгелю, і водночас йому було надано звання надзвичайного професора. Він був останнім викладачем судової медицини до відкриття лікарського відділу. Л. Фейгель працював у Закладі патологічної анатомії у Кракові, декілька років був прозектором Суспільного шпиталю у Львові й одночасно судовим лікарем. У 1879 р. здобув ступінь доцента на відділі права, захистивши роботу “Отруєння окисом вуглецю, особливо світильним газом, з судово-лікарської точки зору”. Він був першим у Львові викладачем судової медицини, що захистив дисертацію. У 1883 р. у Львові він видав “Підручник судової медицини”, який був компіляцією німецьких підручників. Протягом 1894–1895 академічного року після смерті Л. Фейгеля львівським студентам-правникам викладав професор Л. Вахгольц.

У другій половині XIX ст. в Австро-Угорській імперії було запроваджено призначення лікарів-експертів як судових лікарів. Про це свідчить розпорядження міністерства внутрішніх справ Австро-

Угорської імперії для Галицького намісництва про порядок призначення лікарів експертів (1848) [6]. Вони були зобов'язані проводити судові огляди, судово-лікарські та санітарно-поліційні розтини. Ці дипломовані спеціалісти перебували на адміністративній службі як повітові, міські або гминні лікарі. З 21 вересня 1898 року на лікарському відділі (по-сучасному – медичному факультеті) Львівського університету була відкрита кафедра та заклад судової медицини, яку організував та якою 42 роки керував професор В. Серадський [5, 6]. На кафедрі та в закладі зосереджувалася уся практична, навчальна і наукова діяльність судових медиків Львова й Галичини. Із статей, кафедральних звітів тих часів відомо, що упродовж тих років до Другої світової війни щорічно проводились: до 1918 р. – 225 розтинів, з 1918 по 1930 р. – 300 розтинів, з 1931 по 1940 р. – 400 розтинів. Загалом це були судово-лікарські, санітарно-поліційні та наукові розтини. Функції судових лікарів могли виконувати всі дипломовані спеціалісти.

У Малопольщі (куди входила територія Західної України) були посади судових лікарів, передусім в університетських містах. Відповідно до кримінальної інструкції, чинної у Польщі, трьох медичних експертів персонально призначали та затверджували судді кримінального суду. Тому розтини завжди здійснювалися особисто професором, тобто керівником кафедри та закладу судової медицини, який був затверджений кримінальним судом на роль судового лікарського експерта спеціальною угодою.

У закладі проводили судово-хімічні дослідження для визначення наявності етилового алкоголю, а також у випадках отруєнь чадним газом. Крім того, розроблялися серо-гематологічні дослідження в судово-медичному аспекті. Проте через брак коштів в університеті (тобто матеріального забезпечення), за словами В. Серадського, не було змоги розширити роботу судово-медичної лабораторії при закладі [2, 3].

На жаль, у центральному державному історичному архіві України у Львові. Львівському обласному архіві, в архівах Львівського університету та Львівського медичного університету не збереглися пам'ятки діяльності кафедри та закладу судової медицини, за якими можна було б повести ретельний аналіз. Тому ми вдалися до інших джерел – до статистичних даних про рух населення, про загальну смертність та число смертей неприродним способом [8, 9, 10] порівняно з практикою Львівського окружного суду [11, 12].

Після возз'єднання Західної України з СРСР у 1939 році на її території було докорінно змінені правовідносини у суспільстві, запроваджується законодавство УРСР (СРСР), згідно з якими формуються державні інститути судово-слідчих органів, охорони здоров'я і, в тому числі, організована державна судова експертиза, зокрема, судово-медична в системі народного комісаріату охорони здоров'я з утворенням судово-медичної служби у вигляді, по-сучасному, піраміди. Судова медична експертиза в державі стає відомчою з жорстким підпорядкуванням центру [13].

У Львові з березня 1940 року започаткована міська судово-медична експертиза, яку організував доцент В. П. Ципковський.

З перших днів новоствореної служби судово-медичні експертизи та дослідження виконувалися за вимогами органів розслідування, створеними на Львівщині – міліції, прокуратури та НКВС. Запроваджується в діловодстві українська мова. Штат експертизи становив 14 лікарів, більшість з яких були польськими судовими лікарями. Наприклад, відомий вчений Польщі, проф. В. Л. Попельський тоді виконував функції судово-медичного експерта-біолога. У складі експертизи була судово-медична лабораторія з біологічним та судово-хімічним відділеннями. З 1 серпня 1940 року вперше запроваджено чергування судових медиків на дому для обслуговування виїздів на місця подій. Чергувало п'ять лікарів, у тому числі і В. П. Ципковський. Райони Львівщини обслуговували міжрайонні судово-медичні експерти, з яких не всі мали відповідну підготовку з судової медицини і тому було організовано їх навчання на базі судово-медичної експертизи у Львові [14, 15]. Цю діяльність перервала війна між гітлерівською Німеччиною й СРСР.

За повоєнні роки до 1959 року Львівська область в адміністративно-територіальному поділі України була значно меншою, ніж сучасна. Чисельність її населення було в межах 1170,3–1255,8 тис. осіб. Історично склалося так, що у Львівській області переважали сільські райони з високим відсотком сільського населення. Після адміністративного перерозподілу, у 1959 р. під час якого відбулося об'єднання з Дрогобицькою областю, кількість населення налічували в межах 2111,4 тис. осіб. З індустріалізацією Львівщини десятиріччями серед населення спостерігаються кількісні та якісні суспільні

зрушення. Збільшується чисельність населення, яка в 1994 р. зросла до 2778,3 тис. із значним відпливом сільського населення області. Крім того, з іншого боку, нині простежується значне загострення криміногенної обстановки у суспільстві.

На цьому соціально-економічному тлі розвивається діяльність Львівської обласної судово-медичної експертизи, яку ми спробуємо висвітлити у цій роботі. Після звільнення Львова та області від німецької окупації судово-медичну експертизу проводили тільки у м. Львові двоє лікарів: судовий медик, доктор А. В. Козовський, який водночас тимчасово виконував обов'язки завідувача кафедри судової медицини Львівського медичного інституту та лікар-патологоанатом Бізнер (ім'я невідоме). З 27 квітня 1945 року відновилась діяльність Львівської обласної судово-медичної експертизи під керівництвом професора В. П. Ципковського, призначеного на посаду обласного судово-медичного експерта. Усю діяльність судово-медичної експертизи проводили згідно з діючим на ті часи законодавством і перебували під значним впливом таких новостворених силових закладів, як НКВС, КДБ, прокуратура. В архіві Львівської обласної судово-медичної експертизи відображені особливі напрями діяльності закладу.

Згідно з звітом обласної судово-медичної експертизи за 1945 рік, видно, що штат складався з восьми лікарів, які провели 1136 судово-медичних розтинів, 1972 оглядів живих осіб і 15 комісійних експертиз за матеріалами кримінальних справ. На 1949 рік у штаті було 19 лікарів і обсяг експертної роботи становив 919 судово-медичних розтинів та 12391 судово-медичних оглядів. У 1959 р., коли сталося об'єднання Львівської та Дрогобицької областей, в експертизі вже працювало 23 судово-медичні експерти, які виконали 1368 розтинів, провели 12391 огляд потерпілих та інших осіб. Зауважимо, що обсяг експертної роботи, поданий нами, був без урахування діяльності спеціалістів судово-медичної лабораторії. З 1960 по 1997 р. відбуваються значні зміни колективу обласного бюро як в якісному, так і кількісному відношеннях, що особливо помітно за останні роки. Лікарський склад у 1960 р. становив 27 спеціалістів з вищою освітою, у 1997 р. – уже 55 осіб. Це також торкається середнього та молодшого медичного персоналу, технічних працівників. У виконанні експертної роботи простежується тенденція до її розширення.

Важливо коротко висвітлити ще одну з найвідповідальніших ланок у діяльності судово-медичного закладу – роботу нині діючого відділу судово-медичної експертизи речових доказів, який був сформований згідно з наказом Міністерства охорони здоров'я України [16] (на базі судово-медичної лабораторії). Він був започаткований двома відділеннями ще в червні 1945 р., складався з біологічного та судово-хімічного відділень і мав у штаті двох спеціалістів. Наприкінці 1947 р. почало функціонувати патогістологічне відділення, яке очолив професор М. В. Войно-Ясенецький. У 1958 р. був створений фізико-технічний кабінет, у 1961 р. перейменований у фізико-технічну лабораторію. На сьогодні (згідно з наказом МОЗ України від 1995 р.) у відділі судово-медичної експертизи речових доказів обласного бюро (колишньої судово-медичної лабораторії) є п'ять відділень – судово-імунологічне, судово-токсикологічне, судово-гістологічне, судово-цитологічне та медико-криміналістичне) [17].

Висновки. Отже, судова медицина на Львівщині, яка має свої давні специфічні корені набула подальшого свого розвитку й на сьогодні має риси стійкої усталеної державної структури, що виконує весь обсяг експертних досліджень, потреба в яких чим раз зростає в сучасних негативних соціальних умовах. Особливість судової медицини полягає в тому, що вона сформована на ґрунті західно-європейського розвитку науки та практики, однак збагачувалась та розвивалась упродовж останніх 75 років на основі української наукової школи судових медиків.

Список використаних джерел:

1. **Finkel L., Starzynski S.** Historia Uniwersytetu Lwowskiego. – Lwow. 1894.
2. **Sieradzki W.** L'institut Medico-Legal de l'universite de Iwow (Leopol. Pologne) // Reprinted form Methods and Problems of Medical Education. Ninth Series. – New York: The Rockefeller Foundation, 1928.
3. **Sieradzki W.** Kilka slow o Lwowskim Wydzial Lekazskim /;Polska gazeta Lekarska. – 1937. – 41ip.
4. **Скаржинський Б.** Историко-медицинская наука в Польше /Пер. с франц. – М.: Медгиз, 1957.
5. **Popielski B.** Pamieci Prof. Dr. Wlodzimierza Siezadzkiego //Archiwum Medycyny Sadowej. Psychiatrii Sadowej i Kryminalistyki. – 1961 – T. 13.

6. **Traunfellner Z.** Dzieje Polskiej mysli sadowolekarskiej: Studia i materialy z dziejow nauki Polskiej. – Warszawa. 1991. – Seria 2. – Zeszyt 3.
7. **Baran E.** Nauka i nauczanie medycyny Sadowej we Lwowie (zarys historyczni) // Archiwum Medycyny Sadowej i Kryminologii. – 1997. – Т. 47. – № 2.
8. **Wiadomosci statystyczne o miescie Lwowie** 1912. – 1922. – 1926. Т. 15.
9. **Wiadomosci statystyczne o miescie Lwowie** 1923. – 1925. – 1928. Т. 16.
10. **Miesiecznik statystyczny** 1924–1937 r // Lwow w cyfrach. – Rok 1932.
11. **Львівський обласний державний архів.** – Ф. II. – Оп. 1–6.
12. **Центральний державний історичний архів у Львові.**
13. **Збірник узаконень та розпоряджень** Роб.-Сел. Уряду України. 1924. – Відділ 2. – № 19–20.
14. **Архів Львівського обласного бюро судово-медичної експертизи.** Книга наказів за 1940–1941 рр.
15. **Там же.** – Ф. I. – Оп. I. – Од. зб. 1–5.
16. **Наказ МОЗ України** № 6 від 17 січня 1995р. “Про розвиток та вдосконалення судово-медичної служби України.” – К., 1995.
17. **Найда А., Нартиков В.** 55 років діяльності Львівського обласного бюро судово-медичної експертизи: Лікарський збірник. – Львів-Чикаго, 2000. – Нова серія, т. VIII, с. 61–68.

Анотація

Судова медицина на Львівщині, яка має свої давні специфічні корені набула подальшого свого розвитку й на сьогодні має риси стійкої усталеної державної структури, що виконує весь обсяг експертних досліджень, потреба в яких чим раз зростає в сучасних негативних соціальних умовах. Особливість судової медицини полягає в тому, що вона сформована на ґрунті західно-європейського розвитку науки та практики, однак збагачувалась та розвивалась упродовж останніх 75 років на основі української наукової школи судових медиків.

Annotation

Forensic medicine in Lviv region which has its own old specific roots has acquired its further development and nowadays shows the features of stable, well-established government institution performing the whole scope of forensic studies which are being in growing demand under the current negative social conditions. The special feature of forensic medicine is that it was founded on the basis of West European advances in science and practice, although for the last 75 years it has been enriched and developed on the grounds of Ukrainian scientific school of medicolegists.

РОЗДІЛ 11

РЕЦЕНЗІЇ

Назар Ю. С.

*к. ю. н., доцент, Львівський державний університет
внутрішніх справ, начальник кафедри
адміністративного права та адміністративного процесу.*

ҐРУНТОВНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я В УКРАЇНІ⁴

У сучасних умовах інтеграція України до Європейського співтовариства у багатьох аспектах залежить від ефективності реформ, що повинні здійснюватися практично в усіх сферах суспільного життя. Важливою соціальною сферою, яка потребує негайного реформування є сфера охорони здоров'я, адже низький рівень охорони здоров'я населення України є однією з основних причин погіршення демографічної ситуації та скорочення середньої тривалості життя. Важливість зміни підходів до державної політики у цій сфері підтверджується й тим, що розроблення Концепції та Стратегії реформування системи охорони здоров'я України і впровадження останньої передбачено Планом заходів з імплементації Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, на 2014–2017 роки. Для розроблення таких документів передбачається залучення як співробітників Міністерства охорони здоров'я України, так й європейських експертів. У зв'язку з цим опублікування європейським видавництвом "LAP LAMBERT Academic Publishing" монографії З. С. Гладуна "Административное право и охрана здоровья населения в Украине", в якій серед іншого досліджено напрями удосконалення правової

⁴ **Гладун З.** Административное право и охрана здоровья населения в Украине: монография. – Saarbrücken: «LAP LAMBERT Academic Publishing», 2014. – 652 с.

бази регулювання відносин у сфері охорони здоров'я та проблеми гармонізації українського медичного законодавства з нормами міжнародного права, є актуальним та корисним для прогнозування перспектив публічного управління у сфері охорони здоров'я в Україні.

Досліджуючи основні аспекти впливу адміністративного права на охорону здоров'я населення в Україні, автор здійснив комплексний аналіз механізму, об'єктів та суб'єктів адміністративно-правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я. У монографії здійснена ґрунтовна характеристика здоров'я людини як наукової категорії та об'єкта правової охорони, а також проаналізовано специфіку функціонування органів державної влади і місцевого самоврядування, суб'єктів державного й громадського контролю як учасників адміністративно-правових відносин у сфері охорони здоров'я. У роботі запропоновано шляхи удосконалення правової бази регулювання адміністративно-правових відносин, які виникають у сфері охорони здоров'я, визначено основні проблеми гармонізації українського медичного законодавства з нормами міжнародного права.

Робота З. С. Гладуна відзначається логікою викладення матеріалу дослідження на основі системного аналізу теоретичних та практичних аспектів адміністративно-правових відносин у сфері охорони здоров'я. Особливо глибоко проаналізовано у монографії питання діяльності органів державної влади у сфері охорони здоров'я у сучасних умовах. Зокрема, автор, досліджуючи повноваження центральних та місцевих органів виконавчої влади, відзначає, що департамент охорони здоров'я державної обласної адміністрації є достатньо потужним спеціалізованим галузевим органом виконавчої влади, організаційна структура якого відповідає критеріям самостійного суб'єкта. У зв'язку з цим пропонується передати функції щодо ліцензування окремих видів діяльності у сфері охорони здоров'я до компетенції місцевих органів виконавчої влади.

Необхідно погодитись із висловленою автором думкою про доцільність законодавчого закріплення гарантованого обсягу надання безкоштовної медичної допомоги і переліку та умов надання платних послуг у сфері охорони здоров'я. Крім того, автор цілком справедливо відзначає необхідність передбачити адміністративну відповідальність за порушення правил збереження та поширення інформації про стан здоров'я особи.

Безсумнівною заслугою автора є детальне дослідження концептуальних основ механізму адміністративно-правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я. Він переконливо обґрунтував необхідність кодифікації правових норм у сфері охорони здоров'я шляхом прийняття Медичного кодексу України та запропонував структуру цього нормативно-правового акту.

Монографія є результатом тривалої творчої роботи, основні положення якої одержані на підставі особистих досліджень і висновків автора, аналізу великої кількості літературних джерел та правозастосовчих актів. Окремі положення, що раніше були предметом наукового дослідження в літературі, розглядаються в роботі по-новому, враховуючи сучасний рівень правових знань про адміністративно-правову охорону здоров'я населення та тенденції розвитку українського законодавства.

Основні теоретичні та практичні результати дослідження відображено в останньому розділі монографії, присвяченому питанням удосконалення адміністративно-правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я населення у сучасних умовах глобалізації світу. Серед основних пропозицій, висловлених автором на підставі аналізу досягнень організації охорони здоров'я в зарубіжних країнах, слід відзначити рекомендацію щодо доцільності впровадження в українське законодавство сучасної концепції прав і свобод людини і громадянина шляхом прийняття Закону України "Про права пацієнтів". Також цікавою є пропозиція щодо запровадження інституту Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у сфері охорони здоров'я з метою ефективного розгляду скарг пацієнтів і їх родичів, а також своєчасного прийняття заходів відповідного реагування.

Монографія З. С. Гладуна є ґрунтовним науковим дослідженням, що являє собою приклад комплексного підходу до вирішення складних наукових проблем. Робота виконана на високому теоретико-методологічному рівні та відрізняється глибиною правового аналізу, виваженістю й коректністю наукової полеміки, вмільм підбором матеріалу. Одержані автором науково обґрунтовані результати розв'язують важливу для юридичної науки і публічно-управлінської діяльності проблему. Робота визначає, доповнює та уточнює низку положень теоретичного, правового та практичного характеру, є своєчасною й корисною науковою працею.

НАУКОВИЙ ВІСНИК ЛЬВІВСЬКОЇ КОМЕРЦІЙНОЇ АКАДЕМІЇ

Головний редактор – Богдан Щур
Літературний редактор – Марія Голик
Комп'ютерне верстання – Василь Яблонський

**Повне або часткове передрукування матеріалів, виданих у журналі
“Науковий вісник Львівської комерційної академії”,
допускається лише з письмового дозволу редакції.**

**При передрукуванні матеріалів
посилання на “Науковий вісник Львівської комерційної академії”
обов’язкове.**

Свідоцтво про державну реєстрацію КВ № 21698-1598Р від 02.11.2015

Адреса редакції:

Львівська комерційна академія,
вул. Туган-Барановського, 10, м. Львів, 79000, Україна,
тел.275-65-50, факс 260-04-05, e-mail: urist@ukr.net
сайт наукового вісника: www.lac.lviv.ua

Підписано до друку 9.02.2015 р.

Формат 60 × 84^{1/16}. Папір офсетний № 1. Гарнітура Minion.

Друк на різнографі. Обл-вид. арк. 17,08. Ум. друк. арк. 20.

ТзОВ «Фірма «Камула»

м. Львів, вул. Некрасова, 57,

тел. (032) 244-87-81, 050-370-50-55,

e-mail: iduma@ukr.net

Свідоцтво Держреєстрації: серія ДК № 1258 від 06.03.2003 р.

Науковий вісник Львівської комерційної академії. Серія юридична.
36. наук. праць. – Львів: Камула, 2015. – Вип. № 1. – 344 с.