ВІСНИК
Академії адвокатури України

▼ право: наука. практика

число 3 (13) 2008

Заснований у жовтні 2004 року

Виходить 3 рази на рік

Свідоцтво
про державну реєстрацію
Серія КВ № 8325
від 20.01.2004 року

Рекомендовано
до друку
Вченою радою
Академії адвокатури України
27.10.08 протокол № 2

Засновник і видавець
Академія адвокатури України

Адреса редакції:
02032, м. Київ,
бульвар Тараса Шевченка, 27.
Тел.: (044) 246-57-88, 246-57-40.

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

КИЇВ 2008

УДК 34

Вісник Академії адвокатури України. – К.: Видавничий центр Академії адвокатури України, 2008. – Вип. 13.

Видання висвітлює питання, пов'язані з побудовою демократичної правової держави, проведенням правової реформи, розвитком різних галузей права, наукові та практичні проблеми юриспруденції, наукові дискусії з проблем права.

Журнал розрахований на наукових та практичних працівників, викладачів вищої школи, аспірантів та студентів юридичних вищих навчальних закладів.

Редколегія "Вісника Академії адвокатури України"

Гончаренко В.Г. — *д-р юр. наук, проф., академік АПрНУ (голова редколегії)*
Захарова О.С. — *канд. юр. наук, доц. (заст. голови редколегії)*
Бояров В.І. — *канд. юр. наук, доц. (вчений секретар редколегії)*
Антонюк Н.М. — *канд. пед. наук, доц.*
Булгакова І.В. — *канд. юр. наук, доц.*
Варфоломеєва Т.В. — *д-р юр. наук, чл.-кор. АПрНУ*
Воронова Л.К. — *д-р юр. наук, проф., академік АПрНУ*
Гончаренко С.В. — *канд. юр. наук, доц.*
Дзера О.В. — *д-р юр. наук, проф., чл.-кор. АПрНУ*
Конончук Т.І. — *канд. філол. наук, доц.*
Кузнєцова Н.С. — *д-р юр. наук, проф., академік АПрНУ*
Кучинська О.П. — *канд. юр. наук, доц.*
Мироненко Н.М. — *д-р юр. наук, проф., чл.-кор. АПрНУ*
Мількова К.В. — *відповідальний координатор роботи в редколегії*
Мунтян В.Л. — *д-р юр. наук, проф.*
Нор В.Т. — *д-р юр. наук, проф., чл.-кор. АПрНУ*
Пацурківський П. С. — *д-р юр. наук, проф.*
Ромовська З.В. — *д-р юр. наук, проф.*
Фалалєєва Л.Г. — *канд. юр. наук, доц.*
Фесенко Є.В. — *д-р юр. наук, доц.*
Чубарєв В.Л. — *д-р юр. наук, проф.*

Підписано до друку 27.10.08. Формат 70x100/16. Папір офсетний. Офсетний друк.
Умов.-друк.арк. 12,31. Обл.-вид. арк. 11,88. Тираж 150 пр. Замовлення №3505. Ціна договірна.

Набір та верстка виконані у видавничому центрі Академії адвокатури України.
02032, м. Київ, бульвар Тараса Шевченка, 27.

Адреса редакції: 02032, м. Київ, бульвар Тараса Шевченка, 27.
Тел.: (044) 246-57-88, 246-57-40.

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

© Академія адвокатури України, 2008

ЗМІСТ

ГОНЧАРЕНКО В.Г.
Про призначення судової експертизи адвокатом 5

КРИЛОВА І.І.
Поняття, класифікація та правове значення актів органів державної влади 11

МІЛЬКОВА К.В.
Теоретичні питання класифікації охоронних правовідносин 17

ЄФРЕМОВА І.І.
Проблеми фінансової спроможності місцевого самоврядування 24

КОВАЛЬЧУК І.В.
Передумови виникнення інституту усиновлення на території України 29

ЖУПИНА О.С.
Встановлення суб'єкта злочину під час порушення кримінальної справи у сфері службової діяльності 35

САРНАВСЬКИЙ О.М.
Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 262 КК України 42

ПОЧЕЧУЕВА О.С.
Особенности этических норм в деятельности адвоката-защитника и представителя в уголовном судопроизводстве 49

ЛЕГКИХ К.В.
Поняття "спеціальні юридичні знання" та форми їх використання у кримінальному процесі 54

КУРДЮКОВ В.В.
Кримінальний процес як двоєдина форма пізнання і доказування у кримінальних справах 61

КУЛІКОВ О.П.
Кримінально-процесуальні заходи забезпечення активної позиції учасників процесу 67

КОПЕТЮК М.І.
Деякі особливості і правові наслідки відмови прокурора від державного обвинувачення 73

ЄНІ О.В.
Клопотання та інші форми звернень у кримінальному процесі України 78

КОНОВАЛОВА Г.В.
Участь адвоката-захисника у кримінальних справах в умовах застосування на досудовому слідстві до окремих учасників заходів безпеки 83

КОМАРНИЦЬКА О.Б.
Дві інстанції для судового розгляду справ приватного обвинувачення 88

СЕГАЙ М.Я., БОНДАР В.С.
Інтегративна модель використання спеціальних криміналістичних знань у кримінальному судочинстві 92

МИХАЙЛОВ М.А.
Метод криминалистической идентификации как основа биометрических технологий 96

КОГУТИЧ І.І.
Окремі аспекти "судової криміналістики" 104
АРХИПОВА А.Н., КИТАЕВ Н.Н.
Роль одорологической экспертизы при расследовании убийства "без трупа" 108
БУРАК О.В.
Реформування судової системи в Україні 111
ХЛИВНЮК А.М.
Участь Державної судової адміністрації України у фінансуванні судів 118
РУДЕНКО А.В.
Забезпечення доступності адміністративного судочинства 126
ПТУХА С.С.
Проблеми теорії і практики застосування концепцій "культурної спадщини" та "спільної спадщини людства" у сучасному міжнародному праві 135
ГРЕБЕНЮК М.С.
Роль Конференції ООН з торгівлі і розвитку (ЮНКТАД) у формуванні міжнародного права на розвиток 143

Вимоги до оформлення наукових статей, що подаються до "Вісника Академії адвокатури України" 150

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

Про призначення судової експертизи адвокатом

Заголовок статті може викликати подив, адже призначення судової експертизи адвокатом законодавством України не передбачено. Проте це зроблено цілком свідомо, щоб продемонструвати тверду впевненість, що бажане невдовзі стане дійсним, бо цього вимагають принципи правової держави, незаперечні права людини і проголошена узаконена декларація про домінування у всіх суспільних відносинах принципу верховенства права.

Розглядаючи це, на перший погляд, дуже окреме питання нашого судочинства, ми зіткнулися з необхідністю почати обґрунтування нашої позиції з аналізу загальних положень теорії права, логіки конституційних норм, постулатів кримінального процесу й систематичного тлумачення приписів Кримінально-процесуального кодексу України. Інакше наші висновки і рекомендації щодо конкретно поставленого питання будуть мало переконливими, а тому – безперспективними.

В ч. 4 ст. 29 Конституції України без всяких виключень зазначається, що кожний заарештований чи затриманий має право і йому повинна бути надана можливість захищати себе особисто та користуватися ***правовою*** (підкреслення наше. – В.Г.) допомогою захисника [8, 12]. Очевидно, що ***правову*** допомогу в точному розумінні цього слова може здійснити не будь-який захисник, а лише дипломований юрист, уповноважений законом виконувати таку роботу, тобто адвокат. Не менш очевидним у цьому випадку є й те, що законодавець недвозначно вводить в дію принцип рівності, реалізація якого забезпечується дією принципів диспозитивності і змагальності, бо захищатись можна не від будь-чого взагалі, а від конкретно висловленого обвинувачення чи підозри (змагальність), і орган, який здійснив арешт чи затримання, зобов'язаний забезпечити можливість захищатися чи одержувати правову допомогу (диспозитивність).

Далі в Конституції цей канон утверджується ще з більшою силою. В ч. 2 ст. 63 чітко зазначається, що підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист [8, 26], причому в ч. 2 ст. 59 Конституції на державу й суспільство покладається обов'язок забезпечити здійснення права на захист та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні (наприклад, в органах досудового слідства. – В.Г.) через адвокатуру [8, 25]. З цього випливає гранично очевидний висновок, що захист від підозри або обвинувачення починається вже на досудових стадіях процесу, причому держава зобов'язана забезпечити рівність обвинувачення й захисту через їх змагальність, яку своїми діями уособлюють професійно рівнозначні юристи. Це повністю узгоджується з панівною правовою доктриною, що кримінальний процес за своєю сутністю є процесом обвинувальним і обов'язково починається з висунення публічного докору конкрет-

© В.Г. Гончаренко, 2008

ному чи гіпотетичному суб'єкту щодо аномальних діянь, які Кримінальним кодексом віднесені до числа злочинів [7, 103]. Регулювання кримінально-правових відносин відбувається, в основному, через кримінальний процес, який є способом захисту кримінального матеріального права і здійснюється через три визначальні функції: обвинувачення, захисту і вирішення справи по суті. З порушенням кримінальної справи зразу ж виникає функція обвинувачення, яка детермінує негайну появу функції захисту, що, власне, і випливає із ст. 29, 59 і 63 Конституції [3, 38]. Таким чином, за будь-яких умов обвинувачення викликає до життя захист, а захист може існувати лише як протистояння обвинуваченню, бо інакше захист є безпредметним, причому ініціатором цього протистояння є, безумовно, обвинувачення [5, 90].

Функції обвинувачення і захисту існують одночасно і на основі рівності аж до зникнення першої з них за будь-яких процесуальних підстав, створюючи режим змагальності і підкоряючись його правилам. Інакше і не може бути, бо змагальність обвинувального і захисного начал є серцевиною кримінального процесу, умовою і способом досягнення істини, тобто виконання завдань правосуддя в цілому. Нам у зв'язку з цим надзвичайно імпонує висловлювання В.М. Юрчишина, який під принципом змагальності розуміє "сукупність закріплених у законі приписів, процесуальних правил і методів їх виконання, які діють у всіх стадіях кримінального процесу, ґрунтуються на доступі до правосуддя, зіткненні протилежних інтересів наділених рівними правами сторін, чіткому розподілі та розмежуванні функцій" [15, 79]. Загалом подібну позицію займають й інші вчені [9, 95; 14, 121].

В зв'язку з цим викликає серйозні сумніви норма ст. 129 Конституції, яка знаходиться в розділі VШ "Правосуддя" і в своїй частині 3 визначає засади ***судочинства***, зокрема, рівність всіх учасників судового процесу перед законом і судом, змагальність сторін, забезпечення обвинуваченому права на захист [8, 61]. В цьому ж ключі сформульована й норма ст. 16^1 КПК, яка була введена через п'ять років після прийняття Конституції: "Розгляд справ у судах відбувається на засадах змагальності" [10, 49].

А сумніви виникають з багатьох підстав. Перша з них належить до числа понятійно-термінологічних у зв'язку з вживанням термінів "правосуддя" і "судочинство" та визначенням місця досудового слідства і переліку засад його здійснення, оскільки в Конституції мова йде лише про засади судової діяльності. Справа в тому, що кримінальне судочинство не може здійснюватись без досудового слідства (за мізерним виключенням справ приватного обвинувачення), про яке в Конституції немає жодного слова, а між тим саме там з'являється обвинувачення і саме на нього, зокрема, спрямована дія ст. 59 і 63 Конституції. Між іншим, ніхто інший, як судді санкціонують взяття під варту підозрюваних або обвинувачених на досудовому слідстві та дають санкцію на проведення обшуку в жилих приміщеннях на цій же стадії процесу, здійснюючи тим самим акти правосуддя. Крім того, саме на досудовому слідстві можуть прийматись визначні в сенсі захисту прав людини рішення про закриття законно порушених справ за відсутністю події злочину або відсутністю складу злочину, в тому числі в результаті протистояння обвинувачення й захисту. До якої ж категорії актів державної влади можна віднести ці рішення, як не до актів правосуддя, адже вони в загальнообов'язковому порядку знімають офіційно з невинуватої людини підозру або обвинувачення?

Тому, на нашу думку, слід розмежувати поняття правосуддя (судження про право в органах, які забезпечують і здійснюють судовий захист) і судочинство (чинення справ у судах). Тоді ми матимемо загальні засади правосуддя, серед яких визначальними мають бути рівність сторін, змагальність, диспозитивність, забезпечення обвинуваченому права на захист, обов'язковість рішень уповноважених органів правосуддя, а також специфічні засади судочинства, як складової і вирішальної частини правосуддя, наприклад, гласність судового процесу,

забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду та ін.

Аналізуючи ст. 129 Конституції, ми не можемо залишити поза увагою деякі недоречності, хоча вони прямо й не стосуються теми нашого дослідження. Мова йде про два пункти частини 3 цієї статті. У п. 2) до засад судочинства віднесено рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом, що є спотвореним утвердженням рівності сторін, адже наведене формулювання ніяк не відповідає розмаїттю їхніх прав і обов'язків, процесуальних інтересів, характеру і меж відповідальності тощо. Що ж стосується п. 6) про забезпечення обвинуваченому права на захист, то законодавець volens nolens розповсюдив цю засаду на стадію досудового слідства, хоча визначав засади судочинства, бо ***обвинувачений*** є процесуальною фігурою саме досудового слідства, а в суді він перетворюється на ***підсудного.***

Таким чином, ми можемо вже перейти до аналізу підстав і можливостей реалізації захистом (адвокатом) принципів рівності сторін, змагальності й диспозитивності у використанні спеціальних знань, в тому числі – й у призначенні судових експертиз. В п. 13) ч. 2 ст. 48 КПК та в ст. 6 Закону України "Про адвокатуру" адвокату при здійсненні ним професійної діяльності надано право, зокрема, одержувати письмові висновки фахівців з питань, що потребують спеціальних знань [1, 33; 10, 130], хоча в переліку джерел доказів, передбачених ч. 2 ст. 65 КПК висновок фахівців не значиться. Варто повідомити, що в деяких країнах пострадянського простору право одержувати допомогу від спеціалістів в галузі науки і техніки звучить ще скромніше, наприклад, в ст. 103 КПК Республіки Бєларусь адвокату надається право запитувати думку спеціалістів щодо питань, які вимагають спеціальних знань [6, 74].

Надання адвокату права використовувати під час збирання доказів спеціальні знання не через клопотання до слідчого, а безпосередньо звертаючись до відповідних експертних установ і окремих фахівців, безумовно, є позитивним кроком в утвердженні рівності та змагальності суб'єктів доказування в кримінальному процесі, бо вводить в діяльність адвоката загальнонауковий метод експертних оцінок і тим самим розширює і збагачує його пізнавальні можливості [2, 24; 12, 71; 13, 45]. Але юридичне доказування, будучи окремим випадком пізнання, вимагає обов'язкового дотримання процесуальної форми, без чого встановлені важливі для справи факти не можуть використовуватись для обґрунтування юридичних рішень, тобто вони не матимуть ознаки допустимості.

На жаль, автори коментарів до КПК, Закону "Про адвокатуру" та Закону "Про судову експертизу" змушені незворушно коментувати надане адвокату право отримувати письмові висновки фахівців з питань, що потребують спеціальних знань, підкреслюючи, що це право не слід плутати з правом проведення експертиз, але не пояснюючи, у якій процесуальній формі такі висновки фахівця можуть використовуватись як докази або зовсім замовчуючи цю обставину [1, 39; 4, 6; 10, 133], без чого питання про допуск цих висновків в процес доказування просто повисає в повітрі.

Оскільки введення в закон права захисника звертатися до фахівця для отримання висновків із спеціальних питань і відсутність процесуальної можливості реалізації результатів здійснення цього права в доказуванні є цілковитим фарисейством, покликаним створити нічого не варту видимість рівності сторін при законодавчому утвердженні цілковитого домінування обвинувачення, то практика, спираючись на свої потреби і пропозиції деяких вчених, пішла шляхом використання висновків фахівців у доказуванні як передбачених ч. 2 ст. 65 КПК "інших документів", а самих фахівців, що дали висновки, в разі потреби як свідків [12, 77].

Цей юридичний пасаж є теоретично повністю неспроможним, а тому ні за яких умов не може впроваджуватись у практику. Справа в тому, що будь-який ***висновок*** (експерта, фахівця, вченого) є результатом особистого дослідження, а тому він може бути лише персональним, належить до

категорії особистих доказів, а документ є об'єктивізованим викладом або засвідченням спеціальними знаками обставин, причому в сенсі ст. 83 КПК ці обставини повинні ще й мати значення для справи [10, 224, 238; 12, 28]. Інакше кажучи, висновок створюється і несе нове знання, а документ ("інший документ") лише викладає або засвідчує вже існуючі, встановлені факти. Тому штучне віднесення "висновків фахівця" до "інших документів" в царині теорії доказів є абсолютно неспроможним. До цього слід додати (хоч це й не має ніякого принципового значення), що фахівець як процесуальна фігура в розглядуваному нами аспекті не несе ніякої відповідальності за завідомо неправильний висновок або за відмову від виконання покладених на нього обов'язків в сенсі ст. 384 або 385 КК України, що взагалі омертвляє реалізацію наданого адвокату права та може поставити його у вкрай сумнівне становище, коли він, будучи впевненим у своїй правоті, оперуватиме висновком фахівця, не маючи ніяких гарантій його доброякісності.

Що ж стосується пропозицій про можливість допиту фахівця, якого залучає адвокат для вирішення якогось питання із застосуванням спеціальних знань, як свідка, то тут лежить на поверхні явне ігнорування змісту понять окремих учасників процесу та їх функцій. Особа набуває статус свідка, якщо вона володіє інформацією про обставини, які підлягають встановленню або перевірці у кримінальній справі. Інформація про обставини справи може бути одержана свідком як в результаті особистого, безпосереднього сприйняття фактів, так і зі слів інших осіб, які бачили або іншим шляхом їх сприймали. Тому свідок є абсолютно незамінним [10, 208–210]. Фахівцем же може бути будь-яка особа, яка має відповідні спеціальні знання, його за певних умов можна відвести й замінити, і від нього зовсім не вимагається, щоб він щось знав про обставини справи, а тим більше – давав щодо них показання. Цю пропоновану процедуру допиту фахівця можна охарактеризувати як ерзац-допит quasi-експерта.

Між тим, використання адвокатом спеціальних знань у формі судової експертизи є дуже бажаним, бо являє собою надійний і дієвий засіб піднесення рівня ефективності функції захисту, наповнення живим змістом дію принципів рівності та змагальності [2, 23].

Проте весь проведений нами аналіз правових норм і практики застосування спеціальних знань показує, що призначення експертизи в нашому процесі належить до виключної компетенції слідчого та суду, а тому можливості адвоката в цій сфері нікчемні, в зв'язку з чим, як правильно зазначає В.О. Попелюшко, монополія на експертизи "практично перекреслює щонайменше такі принципи цивілізованого кримінального судочинства як забезпечення обвинуваченому права на захист та змагальність" [12, 75]. Більше того, в літературі можна зустріти не безспірну, але цікаву і принципову пропозицію про необхідність надання обвинуваченому права самостійно збирати будь-які дані, які можуть бути визнані доказами в кримінальній справі [11, 29]. Отже, вже можна побачити паростки знакової і достатньо прогресивної тенденції посилення нормативного і наукового забезпечення функції захисту у відправленні правосуддя, що має бути оцінено як безумовний позитив.

Складну ситуацію, що виникла в зв'язку з наданням адвокату права користуватись спеціальними знаннями через фахівця, теоретично і законодавчо можна бездоганно вирішити двома нерівнозначними, але так чи інакше прийнятними шляхами. Перший шлях зводиться до того, щоб, як пропонує, наприклад, В.О. Попелюшко, висновок фахівця з питань, які відносяться до його професійної компетенції, отриманий на запит захисника, мав таке ж доказове значення, як і висновок експерта, та перебував в ряду доказів кримінальної справи як окремий самостійний їх вид [12, 78]. Дійсно, це зняло б всі сумніви щодо допустимості висновку фахівця як джерела доказів, а факти, викладені в ньому, були б не менш авторитетними, ніж викладені у висновку експерта. Але це надто формаль-

ний, кількісний підхід, реалізація якого, вирішивши одні завдання, поставила б нові. По-перше, і експерт, і фахівець в сенсі їхньої обізнаності визначаються однаково як особи, що володіють науковими, технічними або іншими спеціальними знаннями (або знаннями в галузі науки, техніки, мистецтва чи ремесла), тобто експерт стає експертом саме тому, що він є фахівцем, а кожний фахівець в пізнавальному плані може бути експертом. Тому вживання різних термінів до статусу осіб, які виконують абсолютно однакові пізнавальні функції тільки тому, що результатами їхньої праці користуються різні учасники процесу, є теоретичним безглуздям. По-друге, оперування в процесуальному спілкуванні різними термінами, які означають однакові за сутністю результати досліджень і можуть стосуватися одних і тих же фактів, породжуватиме небажану плутанину. По-третє, немає ніяких підстав вважати запит адвоката щодо проведення спеціалізованих досліджень обов'язковим для виконання керівниками експертної установи чи приватним фахівцем, рівно як немає визначеності щодо обов'язку слідчого приєднати до справи висновок спеціаліста, представлений йому адвокатом. Таким чином, цей шлях, хоч і вирішує справу, але породжує при цьому безліч небажаних теоретичних і процесуальних проблем.

Другий шлях є більш радикальним та принциповим і полягає в тому, щоб законодавець закріпив право адвоката-захисника ***призначати*** судові експертизи, які можна назвати експертизами захисту, при цьому забезпечив йому можливість обирати для проведення експертизи конкретного експерта та за обумовлених обставин брати участь разом з обвинуваченим у експертних дослідженнях [12, 76; 13, 49]. У такий спосіб могло б бути вирішеним і наболіле питання про можливість проведення альтернативної експертизи. Супутньо з розглянутим основним питанням неодмінно мають вирішитись і питання про обов'язковість для керівництва експертної установи чи приватного фахівця на договірній основі проведення експертного дослідження на підставі листа адвоката про призначення експертизи, а також про обов'язок слідчого приєднати до справи без всяких обмовок матеріали такої експертизи. Позитивне вирішення цього і низки пов'язаних з цим питань, безумовно, буде сприяти утвердженню в правосудді не декларативної, а реальної рівності.

Список літератури:

1. ***Варфоломеєва Т.В.*** Науково-практичний коментар до Закону України "Про адвокатуру" / Т.В. Варфоломеєва, С.В. Гончаренко. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 432 с.
2. ***Гончаренко В.Г.*** Спеціальні знання: генезис, предмет, рівні, форми використання в доказуванні / В.Г. Гончаренко, В.В. Курдюков, К.В. Легких // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – Число 2(9). – С. 22–34.
3. ***Гончаренко В.Г.*** Принцип науковості як методологія юридичного нормотворення / В.Г. Гончаренко // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – Число 3(10). – С. 32–44.
4. 4. Експертизи в судовій практиці / За заг. ред. В.Г. Гончаренка. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 388 с.
5. ***Захаров П.С.*** Роль адвоката у процесі доказування на досудовому слідстві в Україні / П.С. Захаров // Вісник Академії адвокатури України. – 2008. – Число 1(11). – С. 87–91.
6. ***Зорин Р.Г.*** Инициатива защитника по доказыванию как противодействие обвинению в уголовном судопроизводстве / Р.Г. Зорин // Вісник Академії адвокатури України. – 2008. – Число 1(11). – С. 74–77.
7. ***Ісмаілова Л.Б.*** Функція обвинувачення в кримінальному судочинстві в контексті рівності сторін / Л.Б. Ісмаілова // Вісник Академії адвокатури України. – 2006. – Вип. 1(5). – С. 102–110.
8. Конституція України. – К.: Преса України, 1997. – 80 с.

9. Кримінальний процес України. Підручник / За ред. Ю.М. Грошевого та В.М. Хотинця. – Харків: Право, 2000. – 494 с.

10. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Т. Маляренка, В.Г. Гончаренка. – К.: Юрисконсульт, КНТ, 2008. – 896 с.

11. ***Подгорецький М.А.*** Шляхи вдосконалення реалізації конституційного права обвинуваченого на захист / М.А. Подгорецький // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – Число 1(8). – С. 28–33.

12. ***Попелюшко В.О.*** Спеціальні знання в кримінальному процесі та захист / В.О. Попелюшко // Вісник Академії адвокатури України. – 2006. – Вип. 3(7). – С. 71–81.

13. ***Селина Е.*** Состязательность в применении специальных познаний по уголовным делам / Е.В. Селина // Российская юстиция. – 2003. – № 3. – С. 14–15.

14. ***Строгович М.С.*** Курс советского уголовного процесса / М.С. Строгович. – М.: Наука, 1968. – Т. 1. – 470 с.

15. ***Юрчишин В.М.*** Реалізація принципу змагальності в кримінальному судочинстві / В.М. Юрчишин // Вісник Академії адвокатури України. – 2008. – Число 1(11). – С. 78–81.

РЕЗЮМЕ

В статье на основе анализа конституционного и уголовно-процессуального законодательства, а также практики использования адвокатом специальных знаний решается вопрос о праве адвоката назначать обязательные для проведения судебные экспертизы.

SUMMARY

The problem connecting with the right of lawyer to set obligatory legal examinations is investigated by the author on the base of the constitutional and criminal

Подано 05.09.08

І.І. Крилова
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник професор В.Г. Гончаренко)

Поняття, класифікація та правове значення актів органів державної влади

Ключові слова: *юридичний (правовий акт), акти органів державної влади, класифікація.*

Як відомо, держава через свої правові акти встановлює типові правила поведінки людей у всіх сферах життя суспільства і забезпечує їх дотримання. Не зважаючи на те, що акти органів державної влади є найвагомішим за обсягом різновидом юридичних актів, в юридичній літературі з причини відсутності загальновстановленого визначення поняття "юридичний акт", відсутнє також загальнотеоретичне визначення термінів "акт органу державної влади" чи "акт державної влади", що надає підстави для проведення наукових досліджень з цього питання.

Проаналізувавши юридичну літературу, ми дійшли висновку, що багато уваги приділяється з'ясуванню юридичної природи окремих видів актів, але комплексні дослідження системи юридичних актів, наявність єдиного підходу до їх назв та їх класифікація майже відсутні, що значно ускладнює практику їх визначення, їх співвідношення та правового значення, та створює можливість співіснувати багатьом різним поглядам на це питання [4, 143–144].

Ми не претендуємо на безспірність своєї позиції, а лише спробуємо дати своє визначення поняття "акти органів державної влади", зробити загальну класифікацію актів органів державної влади та визначити їх правове значення.

Початковим етапом систематизації повинен бути відбір актів органів державної влади із умовної "групи юридичних актів".

Зазначимо, що під юридичними чи правовими актами ми розуміємо правомірні дії особи, здебільше у формі офіційних письмових документів, які зумовлюють певні правові наслідки, створюють юридичний стан і спрямовані на врегулювання суспільних відносин [4, 144].

Правильне розуміння поняття "акти органів державної влади" багато в чому залежить від правильного трактування терміну, від того, який смисл вкладають в такі об'ємні та важливі поняття "державна влада" та "органи державної влади", які, до речі, не завжди трактуються однозначно та мають багато значень в юридичній літературі.

У науковій літературі державна влада традиційно визначається як здатність суб'єктів, що виступають від імені держави, впливати на поведінку людей та їхніх об'єднань за допомогою державного апарату. За своєю сутністю державна влада є знаряддям здійснення волі панівної частини суспільства в межах усієї країни і проявляється у вигляді системи публічно-політичних відносин владарювання і підпорядкування, які забезпечуються можливістю застосування примусу з боку державних

© І.І. Крилова, 2008

владних структур [6, 46; 9, 49–51; 11, 36; 13, 101].

Щодо термінів "державний орган", "орган держави", "орган державної влади", то вони, здебільше, сприймаються тотожними та визначаються як складова частина державного механізму, наділена владними повноваженнями, обсяг яких визначається законодавством [3, 88; 5, 92; 6, 86; 10, 5253; 11, 91]. Не розрізняє ці терміни і Конституція України, в якій вживаються синонімами терміни "орган державної влади" та "державний орган".

В юридичному словнику акти органів державної влади визначаються як юридична форма здійснення повноважень органів державної влади. Форма актів державної влади (закон, постанова, інструкція, указ, наказ та ін.), порядок їх видання і набуття чинності залежить від належності органу, що видає акт, до тієї чи іншої функції влади та від його компетенції і встановлюється законом або іншим нормативним актом. Акти органів державної влади можуть бути нормативними (закони і підзаконні) і ненормативними або правозастосовчими (завжди підзаконні) [13, 20–21].

Тобто, іншими словами, акти органів державної влади можна назвати **зовнішнім проявом або способом зовнішнього прояву (як правило, у письмовій формі) здійснення своїх повноважень органами державної влади, шляхом закріплення правового виразу державної влади, оскільки самі органи державної влади створені для реалізації державної влади.**

Важливим засобом і способом розпізнання актів органів державної влади є їх класифікація за певними критеріями, тобто розподілення їх по класах, розрядах чи видах залежно від їх спільних ознак чи властивостей, що дозволяє виявити загальні й відмінні риси актів органів державної влади, їх співвідношення та сутність.

Критерії класифікації більш-менш розроблені науковцями та використовувані на практиці вельми різноманітні. Традиційно в теорії держави та права нормативно-правові акти класифікуються за такими критеріями: 1) за юридичною силою – на закони і підзаконні нормативно-правові акти; 2) за суб'єктами видання – на акти народу (прийняті референдумом), акти органів держави, органів місцевого самоврядування, спільні акти органів держави і недержавних організацій; 3) за сферою дії – на акти загальної дії, акти місцевої дії, відомчі акти, акти внутрішньої дії; 4) за галузями законодавства – на адміністративні, цивільні, кримінальні, інші; 5) за характером волевиявлення компетентного суб'єкта – на акти встановлення норм права, акти зміни норм права, акти скасування норм права; 6) за ступенем абстрактності правових норм – на первинні та конкретизаційні; 7) за часом дії – акти невизначеної дії та акти визначеного строку [1, 199; 2, 408; 6, 149–151; 9, 120].

Наш підхід до класифікації актів органів державної влади базується на певних принципах, таких як всебічність класифікації (охоплення всіх актів органів державної влади) та дотримання єдиного підходу, який може відобразити найбільш суттєві з позиції класифікації ознаки актів органів державної влади.

На нашу думку, до найбільш суттєвих критеріїв класифікації актів органів державної влади відносяться такі: за суб'єктом видання, прийняття чи ухвалення; за нормативністю; за юридичною силою (за формою); за ступенем загальності правових норм; за характером правового регулювання; за сферою дії; за часом дії.

Коротко охарактеризуємо виділені нами критерії. Класифікація актів органів державної влади за таким критерієм як суб'єкт їх видання, прийняття чи ухвалення має істотне значення, оскільки такі акти є способом зовнішнього прояву здійснення органами державної влади їх функцій – функцій держави. Суб'єкт державної влади, який видає акт, зумовлює характер вирішуваних в цьому акті питань, їх значення для суспільства, юридичну силу, форму, механізм виконання та правові наслідки.

Слід зауважити, що класифікація актів органів державної влади за суб'єктами видання, прийняття чи ухвалення має певну специфіку, оскільки законодавчо не визначено систему органів державної влади, які

є суб'єктами видання актів, а складові такої категорії як органи державної влади не є постійними та незмінними.

Теоретично система органів державної влади, яку називають апаратом держави, є юридично оформленою системою всіх державних органів, що здійснюють безпосередню практичну роботу з управління суспільством, виконання завдань і функцій держави [11, 89]. Практично Конституцією України визначено певні органи державної влади, а правовий статус інших визначається законами чи підзаконними правовими актами, оскільки інші органи державної влади утворюються та ліквідуються в залежності від необхідності реалізації тих чи інших функцій держави.

В теорії держави та права України можна зустріти систему державних органів влади, складовими якої є: вищий представницький орган державної влади; глава держави; вищий виконавчий орган влади; представницькі органи влади на місцях; виконавчі органи влади на місцях; судові органи влади; правоохоронні та контрольно-наглядові органи. Але більшість науковців уникають чіткого визначення системи та видів органів державної влади, а виділяють їх за певними загальними ознаками, а саме: зміст діяльності органу державної влади; правові форми діяльності; спосіб утворення; персональний склад; територія, на яку поширюються повноваження; час функціонування та ін.

Найчастіше органи державної влади класифікують в залежності від змісту їх діяльності на законодавчі (Верховна Рада України), виконавчі (Кабінет Міністрів України), органи правосуддя (від Верховного Суду України до місцевих судів), правоохоронні (міліція, органи безпеки), контрольно-наглядові (прокуратура, державні інспекції); за способом утворення – виборні (представницькі органи), призначувані (місцеві держадміністрації, органи прокуратури); за територією, на яку поширюються повноваження органів державної влади – загальнодержавні, місцеві (локальні); за часом функціонування – постійні та тимчасові [6, 86–87; 11, 94–95].

Отже, здійснюючи класифікацію актів органів державної влади за суб'єктом видання, прийняття чи ухвалення, ми перш за все будемо враховувати саме повноваження органів державної влади.

Критерій нормативності актів органів державної влади пов'язаний перш за все із правильним розумінням питань про сутність права та норми права, оскільки саме нормативність виявляє суть і призначення права. Сутність права та норми права є внутрішнім змістом їх предмета, який виражається в єдності всіх їх багатоманітних властивостей, принципів і відносин, які є невід'ємною частиною предмета.

Потрібно сказати, що визначення сутності права та норми права є одним із основних питань загальної теорії держави та права, адже від того, як вирішаться ці питання, залежить і якість розуміння права та його норми, і рівень сприйняття всіх елементів правової системи.

Як правило, теоретично сутність права визначають в тому, що воно є соціальним регулятором (регулятором суспільних відносин), особливою мірою свободи, ґрунтується на надбаннях розвитку людської цивілізації і культури, виступає критерієм визначення суспільної корисності (правомірності) чи небезпечності (неправомірності) поведінки людей та їх об'єднань (або формальне закріплення міри свободи, рівності та справедливості) [6, 123–124; 11, 219–220]. Врегульовуючи суспільні відносини шляхом встановлення певних правил поведінки для їх учасників, право перетворюється у своєрідну міру свободи у суспільстві. При цьому така міра свободи повинна бути формально-визначеною (зафіксованою у нормативно-правових актах), рівною для всіх суб'єктів, справедливою, легітимною (запровадженою у встановленому порядку) та універсальною (спроможною врегулювати різні соціальні відносини).

Щодо сутності норми права, то в цілому ознаки норми права такі ж, що й права, окрім притаманної лише праву системності. Саме за допомогою своїх елементів – норм права право регулює різні суспільні відно-

сини, визначає політику та волю держави, організує різні форми діяльності в державі. Отже, нормативність надає можливість праву виражатися у нормативних правилах поведінки, які встановлюють міру та межі свободи суб'єктів.

Такий критерій класифікації актів органів державної влади як юридична сила цих актів зазвичай порівнюють із положенням акта органу державної влади в системі таких актів, а також із його дією та правовими наслідками для певних суспільних відносин. Під юридичною силою акта багато науковців розуміють властивість акта, яка виражає співвідношення певного виду акта з іншими видами актів державних органів, його місце в системі правових актів [6, 148–149; 7, 6; 8, 55; 12, 111].

Юридична сила акта органу державної влади визначається передусім правовим статусом органу державної влади, який видає такий акт, в ієрархії всіх органів державної влади, його повноваженнями та, відповідно, і характером самого акта.

Зазначений критерій має велике значення для правопорядку, законності та верховенства права, оскільки акти нижчої юридичної сили не повинні суперечити актам вищої юридичної сили, не можуть їх змінювати чи скасовувати, а недотримання цього принципу призведе до серйозних правових порушень.

Ми також виділили критерій ступеню загальності правових норм актів органів державної влади, оскільки важливим є питання визначення предмета та значимості актів органів державної влади, які також пов'язані із повноваженням органів державної влади та юридичною силою актів.

Органи державної влади видають акти, які регулюють важливі суспільні відносини, тобто містять загальні правові норми для певних суспільних відносин, а також акти, які регулюють специфічні питання або конкретизують (надають механізм реалізації) загальних правових норм.

Акти органів державної влади загального характеру відрізняються від специфічних тим, що не мають конкретного адресата, розраховані на те, щоб спрямувати поведінку людей у рамках певних суспільних відносин і вступають у дію з моменту виникнення відповідних суспільних відносин. Специфічні ж правові норми актів органів державної влади регулюють суспільні відносини у певних сферах (економічній, політичній, екологічній ті ін.) чи стосуються певної категорії суспільства, чи конкретизують норми загального характеру.

Важливим є критерій поділу актів органів державної влади за характером правового регулювання, який визначає функціональну спрямованість змісту цих актів, їх характер, що також безпосередньо пов'язано із повноваженнями органів державної влади та юридичною силою актів, які вони видають.

Акти органів державної влади дуже різнорідні та різнопланові і виражають здійснення повноважень органів державної влади, одні утворюють правові норми, інші виражають індивідуальну правозастосовчу діяльність державних органів, але всі вони є складовими єдиної системи правових актів. Місце акта органу державної влади в такій системі правових актів визначає юридична сила акта.

Сфера дії актів органів державної влади також виступає важливим критерієм для класифікації таких актів і пов'язана, по-перше, із областю, простором, межами розповсюдження дії цих актів, а, по-друге, із чинністю цих актів як властивістю дії.

За сферою дії серед актів органів державної влади виділяють такі, дія яких розповсюджується на всю територію України (поширюється на всіх суб'єктів на території України), дія яких поширюється на певну частину території України, дія яких розповсюджується на всю територію України, але на певну сферу суспільних відносин, стосується певної категорії суб'єктів тощо.

Слід зазначити, що дія актів органів державної влади у сфері, області, межах, просторі є поширенням їх чинності на цю сферу, область, межі чи простір.

Під дією (чинністю) актів органів державної влади розуміють фактичний вплив таких актів на суспільні відносини, можливість їх застосування. Як правило, дія

(чинність) актів органів державної влади обмежена трьома параметрами: терміном чинності (тобто часом, протягом якого ці акти зберігають юридичну силу), простором, на який поширюється чинність цих актів, та колом осіб, які підпадають під вплив цих актів.

Логічним продовженням зазначеного є критерій класифікації актів органів державної влади за часом дії цих актів, що визначає тривалість існування, дії, чинності таких актів, яка може бути визначеною і вимірятися роками чи місяцями, чи невизначеною.

Отже, акти органів державної влади можна класифікувати за раніше визначеними нами критеріями таким чином:

за суб'єктом видання, прийняття чи ухвалення – закони і постанови Верховної Ради України; постанови і рішення Верховної Ради Автономної республіки Крим; постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України; постанови, рішення і розпорядження Ради Міністрів Автономної Республіки Крим; рішення судів; укази і розпорядження Президента України; протоколи, подання та інші акти органів прокуратури, органів внутрішніх справ, державної податкової служби, державної контрольно-ревізійної служби, служби безпеки, митних органів та інших органів, які здійснюють правозастосовні, правоохоронні або контрольно-наглядові функції; накази, інструкції, порядки, правила, рекомендації міністерств та відомств; рішення та накази місцевих державних адміністрацій; рішення та накази органів місцевого самоврядування;

за нормативністю – нормативні (закони та підзаконні акти, що встановлюють, скасовують або змінюють норми права, тобто є обов'язковими до виконання) та ненормативні (підзаконні акти, що не містять норм права) правові акти органів державної влади;

за юридичною силою (за формою) – закони (нормативно-правові акти, що приймаються Верховною Радою України, регулюють найбільш важливі суспільні відносини, мають вищу юридичну силу щодо інших нормативно-правових актів) і підзаконні акти органів державної влади (акти, видані на основі та на виконання законів, розвивають, деталізують, конкретизують закони та регулюють суспільні відносини, що потребують правового опосередкування)**;**

за ступенем загальності правових норм – загальні (регулюють загальні найбільш важливі суспільні відносини) і конкретизаційні (конкретизують положення загальних актів) акти органів державної влади;

за характером правового регулювання – регулятивні (встановлюють права та обов'язки суб'єктів певних суспільних відносин), забороняючі (приписують утримання від здійснення недозволених дій), зобов'язуючі (приписують здійснення певних дій передбачених нормою), рекомендаційні (не зобов'язують, а рекомендують з певним обґрунтуванням здійснювати певні дії), відомчі (розкривають, конкретизують норми закону, спрямовані на їх виконання, видаються в межах повноважень органа державної влади) акти органів державної влади;

за сферою дії – загальнодержавні (акти, дія яких поширюється на всю територію держави), спеціальні (акти, дія яких поширюється на всю територію держави, але вони є обов'язковими лише у певних сферах суспільних відносин, оскільки регулюють певні спеціалізовані питання, наприклад, акти міністерств), локальні (акти, дія яких поширюється на певну частину території держави, на якій вони є обов'язковими до виконання, наприклад, акти органів місцевого самоврядування, місцевих держадміністрацій) акти органів державної влади;

за часом дії – акти органів державної влади з визначеним строком дії, з невизначеним строком дії.

Наведена нами класифікація актів органів державної влади, безумовно, не є вичерпною і не відображає всіх особливостей актів органів державної влади, які існують на сучасному етапі, але вона значно обмежує їх різноманіття та допомагає дослідженню. Крім того, визначені нами в процесі класифікації особливості, озна-

ки та різні характеристики актів органів державної влади у всій своїй сукупності та зв'язках між собою проявляють сутність актів органів державної влади, визначають їх роль та важливість в системі правових актів, їх юридичну природу, а іншими словами відображають їх правове значення.

Реалізація державної влади у сучасному суспільстві неможлива без використання актів органів державної влади, які є зовнішнім проявом здійснення повноважень органами державної влади, в яких відображені конкретні рішення державної влади та які направлені на врегулювання певних суспільних відносин і для досягнення певних юридичних наслідків. Тому акти органів державної влади мають велике значення для держави і суспільства.

Всі правові акти органів державної влади видаються з метою врегулювання незчисленних суспільних відносин і в ідеалі повинні давати відповіді на всі запитання суспільства, жоден випадок не повинен бути виключенням. Неузгодженість та суперечності актів органів державної влади приводять, по-перше, до неякісності правової бази, нестабільності та правопорушень у державі, а, по-друге, до неузгодженості дій самих органів державної влади, до втрати сутності їх повноважень та покликання.

Список літератури:

1. Адміністративне право України. Академічний курс: Підруч., том 1. Відп. ред. В.Б. Авер'янов. – К.: Юридична думка, 2004. – 584 с.

2. ***Венгеров А.Б.*** Теория государства и права. Уч. – М.: Новый юрист, 1998. – 624 с.

3. ***Колодій А.М., Копєйчиков В.В.*** Загальна теорія держави і права. Навч. пос. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 320 с.

4. ***Крилова І.І.*** Поняття, основні риси та види нормативних актів // Вісник Академії адвокатури України, 2007, № 3.

5. ***Лазарев В.В., Липень С.В.*** Теория государства и права. 3-изд. М.: Спартак, 2004. – 528 с.

6. ***Лисенков С.Л.*** Загальна теорія держави і права. Навч. посіб. – К.: Юрисконсульт, 2006.

7. ***Мицкевич А.В*** Акты высших органов Советского государства. – М.: Юрид. літ., 1967.

8. ***Рабінович П.М.*** Загальна теорія держави та права. Навч. пос. – К., 1993. – 96 с.

9. ***Рабінович П.М.*** Основи загальної теорії права та держави. Навч. пос.: Вид. 5-е. – Тернопіль: Лілея, 2002. – 189 с.

10. ***Рабінович П.М.*** Основи загальної теорії права та держави. Навч. пос.: Вид. 6-е. – Харків: Консум, 2002. – 180 с.

11. ***Скакун О.Ф***. Теорія держави і права: Підручник. – Харків: Консум, 2008. – 656 с.

12. Словник-довідник з питань нормотворчої діяльності. – К., 2005.

13. Юридичний словник / За ред. ***В.Г. Гончаренка.*** – К.: Форум, 2005.

РЕЗЮМЕ

В статье автор рассматривает понятие "акты органов государственной власти", дает свое определение данному термину, выделяет основные критерии классификации актов органов государственной власти и определяет правовое значение актов государственной власти.

SUMMARY

The author gives the definition of acts of governmental power and their classification.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Подано 07.10.08

К.В. Мількова,
старший викладач
(Академія адвокатури України)

Теоретичні питання класифікації охоронних правовідносин

Ключові слова: *правовідносини, охоронні правовідносини, види охоронних правовідносин.*

Сучасне суспільство характеризується величезною кількістю і складністю зв'язків, що виникають між людьми та їх об'єднаннями. Ці відносини мають різну спрямованість, вони різні за кількістю учасників, що зумовлює ті або інші особливості правових норм, які регулюють конкретні соціальні відносини. Різноманіття суспільних відносин і особливості норм права, що їх регулюють, обумовлюють виникнення правовідносин, які багато в чому відрізняються між собою.

Потреби забезпечення повної і безперешкодної реалізації приписів норм права об'єктивно вимагають глибокого і різноаспектного дослідження питань, пов'язаних із сутністю правових відносин та особливостями різних їх видів, набувають нового, особливого рівня актуальності. У повній мірі це стосується як правовідносин взагалі, так і правовідносин, що відбуваються у правоохоронній сфері.

Але для формування цілісної картини будь-яких явищ необхідно виробити їх класифікацію. За допомогою такої класифікації дослідження стає більш розгорнутим, з'являється можливість розглянути об'єкт дослідження з різних точок зору, скласти вірне уявлення про його формування, існування та розвиток. Варто при цьому відзначити, що формування єдиної класифікації правоохоронних відносин практично неможливо, бо не існує в юриспруденції "простих" явищ, які можна розглядати лише з одного боку. Тому є загальноприйнятим проводити декілька класифікацій змісту об'єкта дослідження, що дозволяє його розглянути з різних точок зору. Вважаємо за доцільне визначити декілька основних класифікацій, що відповідають певним вимогам:

- вони повинні бути доволі абстрактними, щоб вказувати найважливіше, квінтесенцію об'єкта дослідження;
- вони мають проводитись лише за одним критерієм, що є істотнім для даного предмета класифікації;
- абстрактність повинна бути не метою, а лише шляхом для досягнення "чистих" видових груп.

Для цього необхідно провести аналіз класифікацій правовідносин в цілому, що розглядаються в науковій літературі з теорії права, й визначити класифікації, що відповідають зазначеним критеріям.

Теорія правовідношення приверталa увагу таких відомих науковців, як М.Г. Александров, С.С. Алексєєв, О.С. Іоффе, І. Сабо, Р.О. Халфина, М.Д. Шаргородський та багато інших. Значення результатів їх досліджень для правової науки важко переоцінити, адже більшість наукових здобутків сучасності ґрунтуються саме на висновках проведених ними досліджень. Проте деякі аспекти проблематики теорії правовідношення залишилися поза увагою

© К.В. Мількова, 2008

або були недостатньо розроблені. Мова йде про проблематику класифікації охоронних правовідносин, в дискусіях щодо особливостей яких так і не досягнено єдиних поглядів.

У цьому дослідженні ми спробуємо запропонувати власну позицію щодо зазначеної проблематики, тобто провести послідовну класифікацію: від розподілу правовідносин на регулятивні та охоронні до дослідження останніх як вихідного об'єкта для нових класифікаційних рядів.

У юридичній літературі існують різні підстави класифікації правовідносин. Як і класифікація юридичних норм, розподіл правовідносин на види зумовлений особливостями права – його структури, функцій, типів правового регулювання.

Уся сукупність правовідносин на підставі різних критеріїв може поділятись на різні видові групи. Нас цікавить, перш за все, їх класифікація в залежності від їх функціональної спрямованості, у відповідно до якої правові відносини поділяються на регулятивні та охоронні.

При цій класифікації правові відносини поділяються на вказані видові групи в залежності від підстав їх виникнення, тобто від того, яке діяння – правомірне чи протиправне – приводить до виникнення правовідношення. Крім цього, вказані групи правовідносин відрізняються і за метою їх здійснення.

У першому випадку, у регулятивних правовідносинах, суб'єкти неухильно виконують приписи нормативно-правових актів і, таким чином, фактичний зміст правовідносин максимально наближений до його юридичного змісту або збігається з ним. Інакше кажучи, ***підставами*** виникнення таких правовідносин є поведінка відповідних суб'єктів, яка виникає у визначених нормами права суб'єктів у межах їх компетенції, здійснюється у передбачених нормами права формах і межах та приводить до правомірного оволодіння певними соціальними благами. ***Метою*** здійснення регулятивних правовідносин є правомірне за своїми підставами і формою оволодіння певними суб'єктами певними соціальними благами. Тому такі відносини допускаються або навіть заохочуються державою.

Охоронні правовідносини виникають як реакція держави на протиправну поведінку суб'єктів.

Підставами виникнення цього виду правовідносин є поведінка, яка виникає не між визначеними нормами права суб'єктами або не у межах їх компетенції, або здійснюється не у передбачених нормами права формах і межах, або приводить до оволодіння суб'єктами соціальними благами, що, у відповідності з правовими приписами, не можуть їм належати. ***Метою*** здійснення правоохоронних відносин є, по-перше, припинення поведінки, яка не відповідає правовим приписам, по-друге, відновлення порушених прав певних суб'єктів і, по-третє, притягнення винуватих у здійсненні протиправної поведінки (правопорушення) до певного виду і міри юридичної відповідальності.

Розгляд підстав і мети охоронних правовідносин вказує на ту значну роль, яку вони відіграють у житті держави і суспільства. Тому викликає певне здивування той факт, що у багатьох підручниках та спеціальних дослідженнях, у тому числі присвячених проблемі правовідносин, не приділено будь-якої уваги цьому виду правовідносин [4, 57; 5, 270–276]. Якщо ж врахувати спроби дати визначення поняття правоохоронних відносин, що зустрічаються у правовій літературі [8, 57], та узагальнити викладені вище міркування щодо підстав і мети охоронних правовідносин, на нашу думку, їх можна визначити як різновид правових відносин, підставою виникнення яких є порушення правових приписів (правопорушення) і в межах яких відбувається припинення протиправної поведінки, притягнення правопорушника до певного виду і міри юридичної відповідальності та, по можливості, відновлення порушеного права.

Охоронні правовідносини є різновидом правових відносин, тому їм притаманні ознаки та характеристики правовідносин взагалі. Але загальні ознаки і характеристики правовідносин проявляються у

охоронних правовідносинах із певними особливостями.

У науковій літературі проблеми, пов'язані з класифікацією правових відносин, досліджені досить детально [2, 141; 3, 359–360; 5, 278–279; 6, 397–400]. Необхідно відзначити, що розподіл правовідносин на види збігається (в основному) не лише з групами юридичних норм, але й, цілком логічно, з послідовністю елементів механізму правового регулювання і є, по суті, їх продовженням, проекцією.

Разом з тим правовідносини мають і власні підстави класифікації, пов'язані, зокрема, з особливостями правовідносин як суспільних відносин індивідуального характеру (правовідносини загальні і конкретні; абсолютні і відносні).

Перш за все, правовідношення можна розподілити за способом індивідуалізації суб'єктів на загальні і конкретні [1, 200–201; 2, 140; 7, 182].

Загальні правовідносини спрямовані на закріплення існуючого суспільного порядку; вони разом з юридичними нормами, на їх базі утворюють ту основу, на якій потім складаються численні і різноманітні конкретні правовідносини, що опосередковують динаміку суспільного життя.

Конкретні правовідносини є найбільш поширеними, масовими, добре всім відомими за "особистим досвідом", але вони не відображають повною мірою специфіку всіх правовідносин, зокрема тих, що складаються в такій провідній галузі, як конституційне право, і ряді інших галузей, що сусідять із ним.

Загальне правовідношення необхідно відрізняти від конкретного. Принципова різниця між ними полягає в різних передумовах їх виникнення. Для виникнення загального правовідношення достатньо наявності норми права (норми, що встановлює певні права та обов'язки для суб'єктів). Для виникнення конкретного правовідношення потрібна, крім того, наявність конкретних суб'єктів такого відношення, акту реалізації правової норми, що її конкретизує, і певного юридичного факту.

У загальних правовідносинах здійснюється основна частина правової норми – її диспозиція. У цих правовідносинах реалізуються не будь-які, а лише нормативні приписи. Такі приписи адресовані невизначеному колу осіб і розраховані на неодноразове застосування.

Характерна особливість правовідношення взагалі, і особливо загального правовідношення, полягає в тому, що воно часто не усвідомлюється учасниками цих відносин [1, 200-203].

Отже, специфіка загальних правовідносин полягає в тому, що:

по-перше, вони виникають головним чином на основі норм Конституції і інших нормативно-правових актів конституційного значення;

по-друге, вони носять загальний, а не суворо індивідуалізований характер, не мають (принаймні на одній стороні) заздалегідь певних суб'єктів. Термін "загальний" протиставляється в даному випадку терміну "конкретний", тобто окремий, приватний, одиничний;

по-третє, вони є постійними, такими, що тривають; тривалість їх існування дорівнює тривалості дії самого закону, що регулює відповідні відносини;

по-четверте, вони опосередкують найбільш важливі, істотні, стабільні відносини, що складаються у будь-якому державно-організованому суспільстві (відносини влади, управління, конституційного закріплення різних інститутів тощо);

по-п'яте, вони виражають загальне правове положення (стан, статус) суб'єктів, їх взаємний обов'язок і взаємну відповідальність один перед одним і перед державою; у цьому сенсі вони є статутними;

по-шосте, вони виникають, як і основні права і обов'язки, що їх складають, безпосередньо із закону, а не з тих або інших юридичних фактів; момент їх виникнення збігається з моментом видання відповідного акта;

по-сьоме, вони є результатними, первинними, виступають основою (базою) для виникнення і функціонування різно-

манітних конкретних, приватно-галузевих правовідносин.

Конкретні правовідносини – це правові зв'язки, суб'єкти яких – в усякому разі одні з них (носії права) – визначені шляхом індивідуалізації. Конкретні правовідносини – основна маса правових зв'язків – майнові, трудові, – опосередковують динаміку, самі процеси соціального життя суспільства.

Таким чином, якщо загальні правовідносини утворюють основу правопорядку, характеризують його головні риси, то конкретні правовідносини – це зміст правопорядку, те, що виражає живу тканину такого стану.

Конкретні правовідносини (залежно від особливостей способу індивідуалізації суб'єктів) теж можна поділити на відносні і абсолютні.

Відносні (двосторонньо індивідуалізовані) – це правовідносини, в яких поіменно визначені всі суб'єкти. Такі, зокрема, правовідносини в цивільному праві, в трудовому, адміністративному тощо.

Абсолютні (односторонньо індивідуалізовані) – це правовідносини, в яких поіменно визначена лише одна сторона – носій суб'єктивного права. Зобов'язаними ж у таких правовідносинах є всі інші особи. До правовідносин вказаного виду належать відносини, що закріплюють право власності окремих осіб на ту або іншу річ, авторські і винахідницькі права, права певної особи на відкриття. Наведені права називаються абсолютними тому, що, по-перше, їх активний центр – у суб'єктивному праві, що надає його носієві широкі можливості для поведінки на свій розсуд, а, по-друге, всі інші суб'єкти зобов'язані утримуватися від порушення цього суб'єктивного права.

Якщо відносне правовідношення може бути позначене формулою "один до одного", абсолютне – "один до кожного", то загальне – "кожен до кожного".

У розподілі правовідносин за галузевою належністю велике значення має відокремлення матеріально-правових і процесуальних правовідносин. Матеріальні правовідносини виникають на основі норм матеріального права і регулюють суспільні відносини безпосередньо, ніби "накладаються" на них, шляхом надання суб'єктам права прав і обов'язків. Процесуальні правовідносини виникають на основі процесуальних норм і носять організаційний, управлінський характер, тобто передбачають процедуру здійснення права і обов'язків. Процесуальних відносин, на відміну від матеріальних, немає в природі в явному вигляді до появи юридичної норми.

Залежно від форми правової діяльності держави правовідносини можна підрозділити на правотворчі, правозастосовчі та правореалізаційні. Специфіка правових форм діяльності держави взагалі – найважливіший критерій, яким визначаються змістові особливості самі цих форм державної діяльності і адекватних ним правовідносин.

Як правова діяльність, застосування права здійснюється в рамках особливого різновиду правових відносин – правозастосовчих.

Правозастосовчі відношення є особливим функціональним різновидом, якісно відмінним від інших правовідносин за роллю та місцем в правовому регулюванні, за наочним змістом і юридичною природою, за їх суб'єктним складом і службовим призначенням у системі правових форм діяльності держави.

На нашу думку, для відокремлення правозастосовчих відносин у самостійну групу цілком достатні такі критерії класифікації:

a) специфіка такої правової форми діяльності держави, як правозастосовча діяльність;

b) специфіка нормативної основи правозастосовчої діяльності.

Специфіка нормативної основи також повинна розглядатися як критерій відокремлення правозастосовчих відносин і співвідносної з ними діяльності в самостійні види.

Правозастосовчі відношення необхідно відрізняти від інших правовідносин і за таким додатковим критерієм, як їх функціональне призначення. Ці правовідносини

покликані опосередковувати лише специфічну правозастосовчу діяльність держави. Їх функціональний характер виявляється, зокрема, в тому, що вони носять "надгалузевий" характер, а їх конструкція є родовою для найрізноманітніших правових зв'язків. Неодмінною стороною цих зв'язків виступають компетентні органи і особи, уповноважені вирішувати питання юридичного характеру. Вони опосередкують зв'язки охоронного типу, що виникають у процесі притягнення до юридичної відповідальності і накладення мір стягнення (покарання) на правопорушників, для захисту порушених або оспорюваних прав громадян, охоплюють відносини позитивно-правового регулятивного типу, вирішення конкретних питань економічної діяльності, що складаються з приводу, а також реалізації права і свобод громадян, задоволення їх законних інтересів і т.д.

Правотворчі відносини серед решти правовідносин займають особливе місце. Вони спрямовані на створення нових норм права (вдосконалення або скасування тих, що діють), на встановлення правового регулювання інших суспільних відносин, які об'єктивно вимагають цього, з метою їх ефективного здійснення.

Специфіка правотворчих відносин полягає перш за все в тому, що вони виступають не лише як засіб реалізації правових встановлень, але і як засіб створення (зміни, скасування) самих норм права, що втілюють державну волю. З двох названих функцій саме друга є головною, такою, що визначає, тоді як перша носить допоміжний характер, забезпечуючи головну функцію правового відношення. Реалізація функції, що опосередковує створення нових (зміну, скасування тих, що діють) норм права, є виразом сутності правотворчих відносин.

Правореалізаційні відношення стосуються останнього блоку юридичного механізму управління. Вони складаються в процесі здійснення суб'єктами права певної діяльності, спрямованої на отримання певних матеріальних і духовних результатів з метою задоволення особистих і суспільних інтересів. Як приклад, можна привести правовідносини між замовником і підрядником з приводу споруди відповідного об'єкта, продавцем і покупцем у договорі купівлі-продажу, між працівником і адміністрацією підприємства з приводу виконання виробничого завдання. Такі правовідносини виступають безпосередньою формою реалізації суб'єктивних прав і юридичних обов'язків.

За допомогою правозастосовчих відносин забезпечується здійснення правових норм у правореалізаційних відносинах. У процесі здійснення правореалізаційних відносин створюються, змінюються відповідні матеріальні і духовні цінності.

Зазначене вище робить можливим, спираючись на розробки щодо класифікації правовідносин взагалі, виходячи з тих же критеріїв (підстав класифікації), визначати і видові (класифікаційні) групи охоронних правовідносин. Ми пропонуємо при дослідженні охоронних правовідносин як основні класифікації використовувати такі видові групи:

1. На підставі галузей права, до яких відносяться норми, що регламентують підстави і порядок виникнення, зміни або припинення конкретних охоронних відносин, ці правовідносини поділяються на конституційно-правові, цивільно-правові, кримінально-правові тощо.

Прикладами таких відносин можуть бути:

- відносини громадянства (конституційно-правові);
- відносини, пов'язані зі сплатою податку (адміністративно-правові);
- купівлі-продажу речі або цінних паперів (цивільно-правові);
- відносини за трудовим договором (трудові) та ін.

2. Залежно від характеру нормативно-правової основи охоронні правовідносини можна поділити на:

а) матеріальні, що виникають у зв'язку з порушенням норм матеріальних галузей права (кримінального, трудового, цивільного, адміністративного);

б) процесуальні, які виникають у зв'язку з порушенням норм процесуальних галузей

права (конституційно-процесуального, цивільно-процесуального, кримінально-процесуального, адміністративно-процесуального).

3. За характером дії зобов'язаного суб'єкта охоронні правовідносини поділяються на:

а) активні, в яких зобов'язаний суб'єкт повинен вчинити певні дії. Прикладом такого відношення буде зобов'язання (за рішенням суду) продавця передати покупцю продану річ і відшкодувати збитки, заподіяні затримкою виконання зобов'язання (ст. 230 ЦК України);

б) пасивні, в межах яких зобов'язаний суб'єкт повинен утриматися від здійснення певних дій. Наприклад, у разі використання особою чужого твору без угоди з автором суд, за позовом останнього, може зобов'язати порушника не випускати твір у світ чи припинити його розповсюдження (ст. 497 ЦК України).

4. За розподілом прав і обов'язків між сторонами охоронні правовідносини поділяються на:

а) односторонні, в яких кожна сторона по відношенню до іншої сторони має або лише права, або лише обов'язки. Прикладом буде правовідношення, яке виникає внаслідок заподіяння працівником шкоди підприємству, установі чи організації як результат порушення покладених на нього трудових обов'язків, у якому підприємство, установа чи організація має право притягнути працівника до матеріальної відповідальності у розмірі, що не перевищує заподіяної шкоди, а працівник зобов'язаний відшкодувати заподіяну шкоду (ст. 130 КЗпП України). У своїй більшості односторонні правоохоронні відносини виникають у зв'язку з порушенням норм матеріальних галузей права;

б) двосторонні, в яких кожна із сторін по відношенню до іншої сторони має як права, так і обов'язки. Прикладом останніх будуть правоохоронні відносини, що виникають на підставі норм кримінально-процесуального права, де їх учасники наділяються широкими взаємними правами і обов'язками. Так, ст. 48 КПК України визначає обов'язки і права захисника, ст. 50 – права і обов'язки цивільного позивача, та й сама назва третьої глави КПК України має відповідну назву – "Учасники процесу, їх права і обов'язки".

5. За кількісним складом суб'єктів (учасників) охоронні правовідносини поділяються на:

а) прості, які відбуваються між двома суб'єктами – наприклад, між судом і особою, яка вчинила убивство;

б) складні, що відбуваються між трьома і більше суб'єктами – наприклад, між судом і групою осіб, які вчинили розбійний напад.

Список літератури:

1. ***Иоффе О.С., Шаргородский М.Д.*** Вопросы теории права. – Москва, 1961.
2. ***Колодій А.М., Копєйчиков В.В., Лисенков С.Л.*** та інші. Теорія держави та права. – Київ, 1995.
3. ***Марченко М.Н.*** Теория государства и права. – М., 1996.
4. ***Матузов Н.И., Малько А.В.*** Теория государства и права. Курс лекций. – Москва, Юристъ, 1997.
5. Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах. Том 2 .Теория права. – Москва: Зерцало, 1998.
6. ***Скакун О.Ф.*** Теория государства и права. – Харьков: Консум, 2000.
7. ***Спиридонов Л.И.*** Теория государства и права. – Москва, 1995.
8. ***Юриста О.*** Про поняття та основні ознаки правоохоронного відношення // Право України. – 1997. – № 10.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются теоретические вопросы классификации охранительных правоотношений.

SUMMARY

The article is dedicated to theoretical issues of classification the securicy of legal relationships.

Рекомендовано кафедрою теорії та історії держави і права

Подано 20.10.08

І.І. Єфремова,
(Білоцерківський національний аграрний університет)
(Науковий керівник доцент С.Т. Кадькаленко)

Проблеми фінансової спроможності місцевого самоврядування

Ключові слова: *місцеві бюджети, фінансова самостійність самоврядування, бюджетні повноваження.*

Місцеве самоврядування є однією з найважливіших частин механізмів управління, що дозволяє оптимально поєднувати інтереси та права людини з інтересами держави. Місцеве самоврядування, як визначає В.І. Фадєєв, закріплюючи основи народовладдя, створюючи умови для життєдіяльності людей, стабілізуючи політичну систему, є важливим механізмом забезпечення єдності держави [11, 79].

Сьогодні за умови обмежених фінансових можливостей місцевого самоврядування та відчутної диференціації і закріплення в законодавстві принципу самостійності місцевих бюджетів, місцеві фінанси все ще врегульовуються нормами фінансового права, а вплив держави на їхній розвиток залишається значним. За цих умов постає питання про повноваження органів місцевого самоврядування у сфері планування та виконання місцевих бюджетів для забезпечення здійснення своїх завдань та функцій.

Мету даної статті становить питання визначення змісту даних повноважень у діючому законодавстві, а також визначити шляхи реформування таких повноважень для органів місцевого самоврядування.

Для реалізації даної мети передбачається виконання таких завдань:

- на основі аналізу діючого законодавства визначити повноваження місцевого самоврядування у сфері місцевих фінансів;
- обґрунтувати потребу перерозподілу повноважень місцевих органів влади у сфері формування і виконання місцевих бюджетів.

Стан розробки даного питання визначається аналізом законодавства України, а також станом розвитку наукової думки у питаннях про інституційну компетенцію та її розмежування в системі органів здійснення влади.

Сьогодні самоврядування як право місцевих громад самостійно вирішувати питання свого життя в Україні існує лише на рівні середніх та великих міст і практично відсутнє на інших рівнях. Органи місцевого самоврядування не мають достатніх можливостей (насамперед фінансових) для розв'язання місцевих проблем. Чинне законодавство (а ще більше – реальна система влади) надають багато важелів для втручання органів державної влади у самоврядні функції.

Організаційна автономія місцевого самоврядування виділена в Конституції України окремо у XI Розділі "Місцеве самоврядування ", якого не було в жодній Конституції колишньої УРСР. А для забезпечення виконання завдань та функцій сучасного місцевого самоврядування необхідною є його матеріально-фінансова автономія.

© І.І. Єфремова, 2008

Так, законодавчо визначається, що місцеве самоврядування має самостійну фінансову основу, а саме п. 6 ст. 16 Закону України "Про місцеве самоврядування" [5] встановлює: "Місцеві бюджети є самостійними, вони не включаються до Державного бюджету України, бюджету АРК та інших місцевих бюджетів", але подальший розвиток місцевого самоврядування залежить насамперед від зміцнення його економічних основ. На сьогоднішній день формуються нові підходи до розвитку фінансів місцевого самоврядування. Могутній потенціал основи демократичного устрою України – місцеве самоврядування – залишається незадіяним та багато в чому нереалізованим. Однією з причин є відсутність реальних фінансово-економічних основ місцевого самоврядування, відповідної стратегії вищих органів державної влади з цього питання.

15 липня 1997 р. Верховна Рада України ратифікувала Європейську Хартію місцевого самоврядування [4], а отже, засвідчила, що Україна бере на себе зобов'язання побудувати своє законодавство в сфері розвитку місцевого самоврядування з урахуванням і відповідно до принципів Хартії щодо організаційної, правової і фінансово-економічної самостійності місцевого самоврядування.

Визначення місцевого самоврядування, що міститься у цій Хартії, є досить прагматичним, бо Хартія не обмежується декларуванням права місцевих властей самостійно приймати рішення з питань місцевого значення, в ній акцентується увага на їх реальній спроможності це робити. Поняття спроможності є важливим у тому сенсі, що право управляти місцевими справами обов'язково повинно супроводжуватися реальними засобами, а саме: фінансовими, матеріальними, кадровими та іншими ресурсами, які мають у своєму розпорядженні місцеві влади. Такий підхід надзвичайно важливий – він дозволяє з'ясувати, коли місцеве самоврядування реально функціонує, а коли воно залишається лише декларованим – його правова модель не застосовується на практиці [3, 395].

Тому не випадково питанням місцевих фінансів присвячена чи не найбільша за обсягом ст. 9 Європейської хартії місцевого самоврядування. На жаль, українська реальність сьогодні така, що значна частина вимог Європейської Хартії щодо фінансової самостійності місцевого самоврядування поки що не може бути адекватно реалізована, хоча наявність у територіальної громади фінансових ресурсів, достатніх для вирішення питань місцевого значення, значною мірою визначає реальність місцевого самоврядування в тій чи іншій країні.

Реформування місцевого самоврядування в Україні, про необхідність якого тривалий час наголошується, має на меті здійснення процесу децентралізації, оскільки лише децентралізовані держави можуть забезпечити ефективне управління [7, 53–58].

Однак відповідно до ст. 143 Конституції України органам місцевого самоврядування можуть надаватися законом окремі повноваження органів виконавчої влади [6]. Держава фінансує здійснення цих повноважень у повному обсязі. В свою чергу, органи місцевого самоврядування сприяють повному і своєчасному надходженню загальнодержавних податків і зборів на своїй території. Повноваження органів виконавчої влади, надані органам місцевого самоврядування законом, визначено як делеговані повноваження, які у відповідності до ст. 1 Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні" є повноваженнями органів виконавчої влади, що надаються органам місцевого самоврядування законом, а також повноваження органів місцевого самоврядування, які передаються відповідним місцевим державним адміністраціям за рішенням районних, обласних Рад [9, 59].

Ст. 67 Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні" [5], в контексті ч. 3 ст. 143 Конституції України передбачає, що держава фінансує у повному обсязі здійснення органами місцевого самоврядування наданих законом повноважень органів виконавчої влади. Кошти, необхідні для здійснення органами місцевого самоврядування цих повноважень щороку передбачаються

в Законі України про Державний бюджет України. Рішення органів державної влади, які призводять до додаткових видатків органів місцевого самоврядування, обов'язково супроводжуються передачею їм необхідних фінансових ресурсів. Вказані рішення виконуються органами місцевого самоврядування в межах переданих їм фінансових ресурсів. Витрати органів місцевого самоврядування, що виникли внаслідок рішень органів державної влади і попередньо не забезпечені відповідними фінансовими ресурсами, компенсуються державою.

Для виконання даних законодавчих положень формування державного та місцевих бюджетів повинно здійснюватись згідно із закріпленим в чинному законодавстві України переліку власних і делегованих повноважень бюджетів усіх рівнів. На сьогоднішній день чинне законодавство України не містить такого переліку, а в Законі України "Про місцеве самоврядування в Україні" блоки делегованих та самоврядних повноважень закріплені за сільськими, селищними та міськими виконавчими органами відповідних рад без їх розмежування між собою.

Повноваження органів місцевого самоврядування у бюджетній сфері визначені Конституцією України, Бюджетним кодексом України, Законом України "Про місцеве самоврядування в Україні" та іншими нормативно-правовими актами. Основний зміст цих повноважень зводиться до права отримувати, розподіляти та використовувати бюджетні кошти. Здійснюються ці повноваження шляхом складання, розгляду, затвердження і виконання бюджету. Реалізація цих прав здійснюється в бюджетному процесі. Отже, зміст бюджетних повноважень зводиться до двох аспектів: перший – матеріальний зміст повноважень місцевих органів влади; другий – процесуальний зміст, як форма та порядок реалізації прав на отримання, розподіл і використання бюджетних коштів.

Бюджетні повноваження органів місцевого самоврядування – це сукупність прав та обов'язків представницьких та виконавчих органів місцевого самоврядування по мобілізації, розподілу і використанню бюджетних коштів в зв'язку з виконанням ними передбачених Конституцією та законами України завдань та функцій, які реалізуються в процесі складання, розгляду, затвердження та виконання місцевого бюджету.

Змістову і сутнісну сторону бюджетних повноважень складають матеріальні бюджетні повноваження, які реалізуються в бюджетному процесі. Матеріальні бюджетні повноваження органів місцевого самоврядування – це передбачена законодавством сукупність прав та обов'язків органів місцевого самоврядування з приводу мобілізації розподілу та використання місцевих фондів грошових засобів.

Бюджетний кодекс України серед основних термінів, які містяться у ст. 2, поняття делегованих повноважень не визначає, хоча ст. 86 Кодексу, розмежовано види видатків, які визначаються функціями держави та можуть бути передані до виконання Автономній Республіці Крим та місцевому самоврядуванню. Зазначається, що здійснюється таке розмежування на основі принципу субсидіарності із урахуванням критеріїв повноти надання послуги та наближення її до безпосереднього споживача. Згідно зі ст. 85 Кодексу, держава може передати Раді Міністрів автономної Республіки Крим та органам місцевого самоврядування право на здійснення видатків лише за умови відповідно передачі бюджетних ресурсів у вигляді закріплених за відповідними бюджетами загальнодержавних податків і зборів (обов'язкових платежів) або їх частини, а також трансфертів з Державного бюджету України.

Для того щоб місцеве самоврядування мало достатню фінансову базу, необхідно, перш за все, надати їм відповідні повноваження, збільшити коло прав у бюджетно-фінансовій сфері. Чільне місце серед бюджетних повноважень місцевого самоврядування відводиться отриманню бюджетних доходів. Аналізуючи закріплення у законодавстві повноважень місцевого самоврядування у галузі бюджетно-фінансової діяльності, можна зробити висновок, що

ці повноваження не можуть у повному обсязі забезпечувати необхідну самостійність місцевих бюджетів.

Фінансове забезпечення бюджетів в Україні побудоване за ієрархічною системою: державний – обласний – районний – бюджети місцевого самоврядування базового рівня (бюджети територіальних громад сіл, селищ, міст та їх об'єднань). При цьому існує прямо пропорційна залежність бюджету одного рівня від бюджету іншого, як правило, вищого рівня, але вже немає тієї підпорядкованості всіх місцевих бюджетів державному бюджету.

Розмежування доходів між ланками місцевих бюджетів має здійснюватися у повній відповідності зі структурою повноважень, що визначають функціональні обов'язки місцевого самоврядування. В основу такого розмежування доцільно покласти відомі в світовій практиці способи, які передбачають закріплення за кожним рівнем бюджетної системи конкретних видів податків і прямий розподіл надходжень до бюджетів територіальних громад. Окрім цього, О.Б. Мечинський зазначає, що централізація коштів на рівні обласних бюджетів призводить до послаблення доходної бази місцевих бюджетів базового рівня [2, 88–91].

Конституцією та Законом України "Про місцеве самоврядування в Україні" передбачено участь держави у формуванні доходів місцевих бюджетів та їх фінансова підтримка. Держава гарантує органам самоврядування доходну базу, достатню для забезпечення населення послугами на рівні мінімальних соціальних потреб. Це відбувається не лише встановленням відсоткових відрахувань до місцевих бюджетів від загальнодержавних доходних джерел, а й шляхом дотації, субвенцій. Вона в повному обсязі фінансує здійснення цими органами окремих повноважень державних органів.

Така підтримка є в переважній більшості країн, де побутує думка, що за деякими виключеннями місцева автономія в галузі фінансів є ілюзією в сучасному світі. Таке твердження є досить актуальним для нашої держави, оскільки видатки з місцевого бюджету значно перевищують надходження до нього. Всі регіональні програми залежать від обсягу дотацій держави та розраховують в основному на них. Дані органи можуть мати позабюджетні цільові (у тому числі валютні) кошти, які утворюються за рахунок надходжень від необов'язкових платежів, добровільних та благодійних внесків. Вони можуть встановлювати місцеві податки та збори, однак, як засвідчує практика, їх використання нині ще досить малоефективне, має незначну роль у формуванні бюджетів. У більшості розвинених країн місцеві податки складають від 5 % до 30 % усіх надходжень до місцевих бюджетів. Зокрема, в Японії це 35 %, у Німеччині – 46 %, у Франції – 67 % доходів органів місцевого самоврядування [1, 307; 8, 25; 10, 204].

Тому ефективне використання місцевих податків і зборів в Україні та збільшення частки доходів за їх рахунок є головним напрямом зміцнення місцевих бюджетів, важливим інструментом розширення фінансової автономії. У Законі "Про місцеве самоврядування в Україні" закладено інтегрований підхід щодо визначення фінансової основи органів самоврядування, який поєднує місцеві і загальнодержавні інтереси з метою ефективного управління територією, забезпечення потреб населення та надання йому послуг. При цьому за державою залишається установча, контрольна і регулююча функції, а місцевому самоврядуванню надається можливість під державним контролем та під власну відповідальність самостійно вирішувати питання щодо формування і розпорядження місцевими бюджетами, які дозволяють розподілити фінансові ресурси на поточне споживання і на розширення виробництва. Однак становлення місцевого самоврядування та його фінансової основи потребують подальшого правового вдосконалення.

Для України реформування умов фінансових стосунків держави з громадами, пріоритетним повинний бути принцип вільного врядування, закріплення фінансової самостійності територіальних громад як за доходами, так і за видатками, а також необхідно, щоб принцип вирівнювання від-

носився до рівня завдань конституційного значення.

Світова практика (зокрема, й досвід посткомуністичних країн, які сьогодні приєдналися до Європейського Союзу) свідчить – Україна зможе перейти до системи дієвої, народної, відповідальної влади лише через доповнення державної влади ефективним місцевим самоврядуванням. Це дасть змогу повернути народові роль суб'єкта в системі організації влади.

Спільна взаємодія цих двох влад у процесі державного будівництва сприяє створенню умов розвитку громадянського суспільства. Без реального місцевого самоврядування подальший розвиток України як демократичної держави неможливий.

Список літератури:

1. ***Березінська Н.*** Конституційне та правове регулювання фінансової основи місцевого самоврядування // Збірник наук. праць "Актуальні питання втілення в життя положень Конституції України". – К., 1999.

2. ***Бутырская И. Б.*** Состояние здоровья школьников, проживающих в регионах Крыма с различными экологическими условиями: Материалы республ. конференции "Экология регионов и здоровье населения: теория и практика". – Симферополь, 2000.

3. ***Вюртенберг Т., Колиско Р.*** Розвиток місцевого самоврядування в Україні: наближення до європейських конституційних принципів і практики // Українсько-Європейський журнал міжнародного та порівняльного права. – Т. 1. Випуск 3. – Весна, 2002.

4. Європейська Хартія місцевого самоврядування, Страсбург, 15 жовтня 1985 року.

5. Закон України від 21 травня 1997 р. "Про місцеве самоврядування в Україні" // Відомості верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

6. Конституція (Основний Закон) України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. із змінами і доповненнями, внесеними законом України від 8 грудня 2004 р. № 2222 – IV. – Київ: Атака, 2006.

7. ***Кравченко В.В., Пітцик М.В.*** Муніципальне право України. Навчальний посібник. – Київ: Атіка, 2003.

8. ***Музика О.*** Повноваження органів місцевого самоврядування на отримання доходів у місцеві бюджети // Право України 2001 № 4.

9. Науково-практичний коментар Бюджетного кодексу України // Бюлетень законодавства і юридичної практики України, 2003, № 10.

10. ***Петраш І.Ю.*** Бюджетно-фінансові повноваження органів місцевого самоврядування // Збірник наук. праць з фін. права нац. акад. ім. Я. Мудрого – 1999.

11. ***Фадеев В.И.*** Становление и основные тенденции развития местного самоуправления в России на современном этапе // О.Е. Кутафин, В.И. Фадеев. Муниципальное право России. – М., 1997.

РЕЗЮМЕ

В статье рассмотрены виды полномочий местного самоуправления в сфере их бюджетной деятельности. Определены основные направления реформы, которые обеспечат действительную финансовую автономию местного самоуправления.

SUMMARY

In the article the types of plenary powers of local self-government are considered in the field of their budgetary activity. Basic directions are certain reforms which will provide the actual financial autonomy of local self-government.

Рекомендовано кафедрою теорії та історії держави і права

Подано 16.09.08

І.В. Ковальчук,
аспірантка
(Львівський національний університет
ім. І. Франка)
(Науковий керівник доцент В.М. Кольбенко)

Передумови виникнення інституту усиновлення на території України

Ключові слова: *усиновлення, усиновлювач, усиновлений, батьківська влада.*

Становлення процедури усиновлення та розуміння його змісту було закладено ще в часи родового суспільства, а пізніше розвинулось у перших державних цивілізаціях Стародавнього Сходу та античних державах. Згодом цей інститут розвинувся і на території сучасної України за часів Київської Русі та Галицько-Волинської держави.

Метою цієї статті є дослідження передумов виникнення одного з найважливіших інститутів сімейного права України – інституту усиновлення.

Проблемами сімейного права взагалі і усиновлення, зокрема, у царській Росії займалися такі вчені як С.П. Григоровський, В.П. Максимов, Н.С. Ніколін, П.С. Ципкін, М.Ш. Шимановський, І.В. Гессен та інші. Дослідженнями у галузі радянського сімейного права займались В.Г. Каплан, А.А. Азізова, Л.О. Кузьмічова, О.М. Русанова, Г.М. Свердлов, М.О. Матвієвський та інші. На сьогоднішній день видатними науковцями у галузі сімейного права взагалі та інституту усиновлення зокрема є З.В. Ромовська, Ю.С. Червоний, О.В. Калітенко, Г.С. Волосатий, М.А. Логвинова, В.С. Яковенко та багато інших.

Усиновлення – за родового ладу і взагалі в первісному суспільстві мало надзвичайно широке застосування та носило різноманітні форми. Родовий союз був єдиним середовищем, в якому індивід знаходив не лише безпеку і можливість матеріального існування, але і всі умови для соціального та релігійного спілкування. Адже якщо людина повинна була покинути свій власний рід, рятуючись від переслідувань кровних месників, або її рід вимирав від хвороб або гинув у війні – їй лишалось або мати жалюгідне, майже неможливе існування як безрідного outlaw (поза правом), або бути прийнятою (адаптованою) чужим родом.

У давньогрецьких містах-державах, усиновлення служило єдиним коректівом соціального безправ'я численних чужинців, що стояли поза родовими організаціями. Нарешті, адаптування часто навіть цілих чужих родів повинні було сприяти створенню великих суспільних союзів.

Значного поширення процедура усиновлення отримала у Вавилоні. Досить часто вона була продиктована бажанням одержати безкоштовні робочі руки для сім'ї. Раби коштували дорого і їх було не так багато, як пізніше в Греції та особливо у Римі. Усиновлення здійснювалося також з метою узаконення позашлюбних дітей, зокрема дітей від рабинь.

Але своє перше юридичне визнання інститут усиновлення отримав у правовій системі Стародавнього Риму. Виключно національним інститутом римських громадян був так званий інститут батьківської влади.

© І.В. Ковальчук, 2008

Така влада розповсюджувалась на дітей народжених у законному шлюбі, а також узаконених або усиновлених.

Усиновлення відповідно до правових норм Стародавнього Риму – це встановлення батьківської влади над чужими дітьми, з якими батько не був пов'язаний кровними узами [4, 9].

Форми усиновлення розрізнялися залежно від того, хто усиновлювався: усиновлення особи власних прав називалося arrogatio, а усиновлення особи чужих прав (підвладної) – adoptio.

Arrogatio в стародавні часи здійснювалося в народних зборах по куріях за участю жерців у присутності як усиновителя, так і усиновлюваного. Після встановлення обставин усиновлення, засвідчення згоди обох зацікавлених сторін, з'ясування різниці у віці між усиновителем і усиновлюваним (щоб усиновлення відповідало природі, різниця у віці мала бути не менш ніж 18 років) жрець зачитував народним зборам заяву про усиновлення. Отже, усиновляти і бути усиновленим в такій формі могли лише ті особи, які мали право брати участь у народних зборах. А тому жінка не могла усиновляти сама і бути удочереною. Не можна було усиновляти і неповнолітніх, які також не були членами зборів в силу свого віку. Але пізніше з падінням ролі зборів відпала потреба в санкціонуванні усиновлення народними зборами. Разом з тим в імператорський період була скасована і заборона усиновлення неповнолітніх.

За формою adoptio батько усиновленого ніби продавав його за допомогою mancipatio якій-небудь сторонній довіреній особі. Якщо такий продаж відбувався вдруге і втретє, то в процес вступав усиновитель, який для форми пред'являв віндикаційний позов проти довіреної особи, котра не заперечувала проти позову, внаслідок чого претор передавав усиновлюваного усиновителю. Adoptio, на відміну від arrogatio – це приватно-правовий акт, а тому для цієї форми не було обмежень щодо усиновлення неповнолітніх і жінок. Навпаки, для дочок і внуків достатньо було одноразової mancipatio.

Згідно з правом Юстиніана арогація проводилась шляхом отримання на це імператорського рескрипту, а адопція – шляхом занесення у судовий протокол згоди колишнього домовласника усиновлюваного з усиновителем в присутності усиновлюваного [5, 73–74].

Християнські імператори до Юстініана I включно вносили лише деякі незначні корективи в юридичну природу усиновлення. В Інституціях, Дигестах і Кодексі Юстиніана, усиновлення визнавалось таким цивільно-правовим актом, за допомогою якого усиновитель, виконавши певні вимоги і формальності закону, приймав у сім'ю як сина чи онука іншу особу із усіма особистими і майновими наслідками.

Значно більша увага усиновленню як цивільно-правовому акту приділялася у Василіках (Царські книги) імператора Лева VI Мудрого, а саме в першому титулі XXXIII-ї книги, 53 параграфи якої присвячені усиновленню. В подальшому до цивільного законодавства Візантії вносилися незначні зміни та доповнення. Так в XXVI-й новелі імператора Лева Мудрого було узаконено право на усиновлення для всіх євнухів, які були його позбавлені [9, 12–20], а вже у XXVII-й новелі імператор Лев Мудрий дозволив усиновлення усім без виключення особам.

Інші пам'ятки візантійського цивільного права містили норми, що стосуються усиновлення в Epitome (920 р.), в Синопсисі Василік (X ст.), частково в Пирі (XI ст.) тощо, але всі вони повторювали правові норми Василік та новел імператора Лева Мудрого.

Таким чином, відповідно до юридичної практики середньовічної Візантії, усиновлення здійснювалось добровільно з дотриманням інтересів усиновлюваного. Метою усиновлення було збереження продовження роду усиновителів, а також спадкування їх майна. Усиновлений вважався спадкоємцем за самим актом усиновлення, навіть якщо усиновителями не було складено заповіту, при чому ніхто з рідних дітей та родичів усиновителів не міг позбавити його цього права. Винні в порушенні цієї норми підля-

гали покаранню у вигляді грошового штрафу на користь усиновленого та державної казни, а також церковним карам.

Проте поряд з юридичною стороною усиновлення, існувала не менш важлива – церковна сторона. В перші століття християнства усиновлення у Візантії мало виключно юридичний характер, але поступово процедура усиновлення поповнилась ще одним актом – церковним, котрий з часом набув навіть важливішого значення [8, 15].

Спочатку церковне освячення усиновлення здійснювалось окремими молитвами. Вже імператор Анастасій у своїй Конституції 517 р. засвідчував те, що усиновлення здійснювалося через Божественні молитви. Так само описував цей процес і імператор Юстиніан в Конституції 519 р. Після 519 р. церковне освячення усиновлення стало обов'язковим. Так, Трульський собор 691 р. в своєму 53 правилі визначав, що церковне освячення усиновлення є важливішим, ніж цивільна процедура. Він же визначав, що шлюб між усиновителем та усиновлювачем є неможливим.

Церква не лише освячувала усиновлення, але й слідкувала за подальшою долею усиновителів та усиновлених, і у випадку порушення прав усиновлених притягувала усиновителів до суду. Таким чином, візантійська церква охороняла інститут усиновлення від різноманітних зловживань, що стосувалися взаємовідносин батьків та усиновлених ними дітей.

Історичні джерела свідчать, що перші виховні будинки для покинутих дітей з'явилися при церквах м. Кесарія (Мала Азія, IV ст.) за ініціативою єпископа Василя Кесарійського. У 787 р. подібний заклад відкрився при соборі у Мілані. Тривалий час він залишався єдиним у Європі, і лише у XIV ст. кількість подібних установ збільшилась до тридцяти. Вже на той час там не лише піклувалися про дітей-сиріт, але й вели профілактичну роботу: допомагали матерям, запобігаючи відмові від дитини, передавали дітей у родини, переважно селянські, здійснювали контроль за рівнем їх виховання [2, 17].

Виникнувши у Стародавньому Римі усиновлення отримало і суто юридичну форму, яка згодом через Візантію перейшла до іншого християнського світу. На період формування давньоруської централізованої держави (X ст.) Візантія, враховуючи її вдале геополітичне положення відносно Києва, беручи до уваги вже сформовану політичну і правову систему, розвиток економічних відносин, активні дипломатичні зв'язки між двома державами протягом X століття і єдину релігію, мала визначний вплив на процес державотворення Стародавньої Русі.

Усиновлення як "штучне синівство", як прийом "стороннього" до складу родини відбувалося на території Стародавньої Русі ще в часи язичництва. У VIII – IX ст. відбувся перехід до малої родини, яка складалася з подружжя і дітей. Після цього обов'язок турбуватися про добробут малих дітей покладався вже не на общину, а на батьків дитини. Після смерті батьків обов'язки турботи про дітей, що були позбавлені батьківського піклування, їх утримання та виховання, покладалися на опікунів, які призначалися громадою [2, 17–18].

Основним і найважливішим джерелом тогочасного українського права було неписане звичаєве право, що створилося шляхом постійного дотримання протягом віків народних звичаїв та підпорядкування звичаєвим правилам суспільного життя й побуту. Вчинок як зовнішня форма вияву звичаєвого права мала настільки ж важливе значення, як і писана форма закону, тому зовнішній вияв звичаєвого права супроводжувався особливими обрядами, завдання яких полягало в тому, щоб шляхом різноманітних зовнішніх актів зафіксувати в народній пам'яті даний правовий звичай. Порушення або невиконання звичаєвих обрядів вважалося порушенням норм звичаєвого права. Саме з цих причин практично не існувало процесуального акту чи інституту, які б не мали свого ключового обряду-символу.

Інститут усиновлення не став виключенням з цього правила і тому в основі процедури усиновлення були норми звичаєвого права та обряди, що імітували народження дитини. Починаючи з часів Київській Русі

наслідування акту народження практикувалося в деяких обрядових дійствах: жінка лягала в постіль, охала й стогнала, вимовляла відомі молитви й на закінчення обряду усиновленого пропускали попід сорочкою породіллі. Така процедура називалася "перероджения". Інколи на мниму породіллю навіть надягали сорочку, забруднену кров'ю.

Приймати в сім'ю сироту, як правило, могли люди літні, коли їм вже було важко справлятися з господарством або коли вони не мали спадкоємців. Прийнятий у сім'ю повинен був вести господарство, шанувати своїх нових батьків, а також був зобов'язаний їх поховати [3, 26].

Отже, якщо раніше усиновлення мотивувалося потребою зберегти чисельність, міцність громади, то згодом все очевиднішою стає інша мета усиновлення – мати спадкоємця, що поминав би душі бездітного чоловіка і жінки. Це був своєрідний відгомін стародавності, оскільки в пору християнства турботу про душу покійного можна було доручити церкві, а в язичницькі часи приношення йому пожертв складало винятковий обов'язок його дітей.

Разом з тим при усиновленні враховувалися інтереси не тільки усиновителя, але й осіб, що усиновлюються, особливо тих, хто втратив власну родину, оскільки тільки через усиновлення особи, що були позбавлені батьківського піклування, отримували належний догляд та сімейне виховання.

Іншою формою підтримки сироти була общинна, мирська допомога, коли дитина переходила з будинку в будинок на утримання. Громада могла призначати дітям-сиротам "громадських" батьків, що брали їх на свій прокорм. Але якщо сирота мав господарство, громада протидіяла усиновленню. Такі сироти називалися "вихованцями", "годованцями". В першу чергу це було пов'язано з захистом майнових інтересів дітей, що були позбавлені батьківського піклування.

За доби Київської держави діяла надзвичайно важлива пам'ятка українського права – Руська Правда. Ця пам'ятка права є збіркою норм звичаєвого права та княжих уставів, складена в XI – XII ст. (найдавніший список, що зберігся, походить із кінця XIII ст.). В Руській Правді були зосереджені цивільні норми, що торкалися речового, родинного, спадкового права; інститутів опіки, зобов'язань; було значно розвинуто інститути торговельного права, торговельного кредиту тощо.

Руська Правда не виділяла норми щодо регулювання усиновлення, на відміну від опіки. Турбота про дітей, позбавлених батьківського піклування, покладалась на опікунів [11, 156]. У тексті Руської Правди вперше з'явилася згадка про опіку. Так, у Розширеній редакції Руської Правди йдеться про те, що після смерті батька опікуном малих дітей ставав хтось з найближчих кровних родичів або вітчим, якщо мати виходила заміж вдруге [10, 66–67]. Опікуну передавалося у тимчасове користування рухоме й нерухоме майно неповнолітніх. Така передача обов'язково відбувалася у присутності свідків. Опікун мав право розпоряджатися майном, що знаходилося під опікою, та отримувати і привласнювати прибуток від нього, але після закінчення терміну опіки був зобов'язаний повернути все отримане під опіку майно особі, яка знаходилась під його опікою [1, 456].

Для правової системи Київської Русі характерним було те, що публічною владою наділялися не чиновники, а члени суспільства. Після хрещення Русі (988 р.) церква поступово почала брати на себе те, що раніше регулювалось звичаєвим правом. Все більшого поширення набирали норми християнської сімейної моралі.

Усиновлення здійснювалося церквою за допомогою особливого акта, що виходив від церковної влади. Воно освячувалося особливим церковним обрядом, який називався "слинотворення". Для того щоб усиновлення мало силу, воно підлягало ствердженню єпархіальним архієреєм при дотриманні визначеного церковного обряду. Такими були вимоги, що пред'являлися до усиновлення нормами візантійського права, під впливом яких тоді знаходилася Русь.

З літописних матеріалів відомо, що система соціальної опіки була головною

прерогативою київських князів. Великий князь Володимир І доручав надавати допомогу сиротам, піклування і нагляд за ними турботам духовенства (996 р.). Турбувався він про покращення їх життя і сам роздавав велику милостиню. Прагнучи розвинути благодійництво, надати йому організованого характеру, князь Володимир у 996 р. видав Устав, в якому згідно з релігійними настановами доручав духовенству і церковним структурам опікуватися лікарнями, притулками для одиноких людей, жебраків, сиріт та інших осіб, які потребували такої опіки.

Великий князь Ярослав заснував сирітське училище, в якому доглядав і навчав на своєму утриманні 300 юнаків. Допомагали сиротам також князі Ізяслав та Всеволод Ярославовичі. За їх правління був широко відомий єпископ Переяславський Єфрем, який побудував для бідних і сиріт лікарні, призначив їм медиків, встановив, щоб на території усієї країни хворих дітей доглядали і лікували безкоштовно.

Найбільше піклувався про сиріт внук Ярослава Мудрого Володимир Мономах, який у своїх "Повчаннях" заповідав допомагати приниженим і ображеним, захищати сиріт і не забувати вдів. В своїй Духовній дітям він заповів захищати сироту, закликав: "Всего же паче убогих не забывайте, но елико могуще по силе кормите, снабдите сироту" [7, 237–246].

Сестра його, Ганна Всеволодівна, заснувала в Києві училище для дівчат, яке не тільки утримувала на свої кошти, але й сама учила таких дівчат читати, писати і різним ремеслам, які могли знадобитися у їх подальшому житті.

Турбота про дітей-сиріт у той час була приватною справою князів або покладалась князівською державою на церкву. І здійснювалась вона за релігійними, моральними мотивами, розглядалась як обов'язок християн [6, 2].

Заслуговує на увагу факт виховання княжичів так званими "дядьками", "годувальниками". Сутність годувальництва полягала в тому, що батьки передавали княжичів на виховання в іншу родину. Діти розсилалися по волостях дуже рано, іноді у 5–7 річному віці.

Годувальник виконував дві функції – наставника майбутнього князя й одночасно виконував функції регента у тих землях, які батько-князь виділив для свого сина. Соціальна суть годувальництва полягала в тому, що великий князь, передаючи у володіння дітям міста й містечка, намагався зміцнити штучну родинність; з іншого боку, батьки недостатньо знали власних дітей, а брати – один одного, що робило більш жорстокою боротьбу за княжий стіл.

Отже, відповідно до руського звичаєвого права, було передбачено різні процедури усиновлення, що зберігалися довгий час, а саме:

- ✓обряд фіктивного народження. Імітувати пологи міг і чоловік. Вважалося, що обряд, що імітує пологи дитини чоловіком, супроводжував усиновлення ним дитини;
- ✓одруження з вдовою брата;
- ✓фактичний прийом усиновленого до будинку;
- ✓особливий договірний акт між усиновителем і особою, що усиновлюється.

Таким чином, стає очевидним, що усиновлення було відоме ще тоді, коли існувала древня родина з патріархальним батьком сімейства на чолі, до якої однаково входили і діти, і прийняті в родину (приймаки) з чужої родини. Так започатковувались перші ознаки прояву владної турботи над дітьми-сиротами, хоча постійного й послідовного характеру вони не мали.

Список літератури:

1. Антологія української юридичної думки: В 6 т. – К.: Юридична книга, 2002. – Т. 2. Історія держави і права України: Руська Правда.

2. ***Артюшкіна Л.М., Поляничко А.О.*** Сирітство в Україні як соціально-педагогічна проблема (соціально-правовий аспект) – Суми: СумДПУ ім. А.С. Макаренка, 2002.

3. Історія, теорія і практика соціальної роботи в Україні: Навч. посібник. – Луганськ: Альма-матер, 2005.

4. ***Логвінова М.А.*** Усиновлення (удочеріння): національні та міжнародно-правові аспекти. – Івано-Франківськ: Плай, 2000.

5. ***Орач Є.М., Тищик Б.Й.*** Основи римського приватного права: Навчальний посібник. – Львів: Ред.-вид. відділ ун-ту, 2000.

6. ***Ошанинъ М.*** О призреніи покинутыхъ детей. – Ярославль, 1912.

7. Полное собрание русских летописей. – Репр. воспроизв. изд. 1926-1928 – М.: Языки русской культуры, 1997. – Т. 1. Лаврентьевская летопись.

8. ***Соколовъ И.И.*** О византизмъ въ церковно-историческомъ отношеніи. – Спб, 1903.

9. ***Соколовъ И.И.*** Усыновленіе и его отношеніе къ браку въ Византіи и на современномъ греческомъ востоке. Историко-правовой очеркъ. – Спб, 1910.

10. Суд Ярославль Володимерич Правда Русьская. Российское законодательство X–XX веков. [Тексты и комментарии]. – В 9 т. – М.: Юрид. лит., 1984. – Т. 1. Законодательство Древней Руси.

11. ***Юшков С.В.*** Русская Правда. Происхождение, источники, ее значение.– М.: Зерцало, 2002.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена исследованию условий и необходимости возникновения института усыновления в Украине. В результате исследования изучены основные аспекты решения проблем правового обеспечения содержания и воспитания детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей. Статья содержит комплексный анализ теоретических и практических вопросов, связанных с правовым регулированием отмеченных проблем. С этой целью рассмотрены исторический опыт и практика при решении данных вопросов, а также проанализирована действующая на тот момент нормативно-правовая база в сфере данного исследования.

SUMMARY

The article is devoted research of conditions and necessity of occurrence of institute of adoption for Ukraine. As a result of research the basic aspects of the decision of problems of legal maintenance of the contents and education of children-orphans and children without parental support are studied. The article contains the complex analysis of the theoretical and practical questions connected with legal regulation of noted problems. Historical experience and practice are with that end in view considered at the decision of this points in question, and also the is standard-legal base active at that point in time in sphere of the given research is analysed.

Рекомендовано кафедрою цивільного, господарського права та процесу

Подано 16.09.08

О.С. Жупина,
аспірант
(Запорізький національний університет)
(Науковий керівник доцент В.І. Бояров)

Встановлення суб'єкта злочину під час порушення кримінальної справи у сфері службової діяльності

Ключові слова: *суб'єкт злочину, службова особа, посадова особа.*

Протидія злочинам, які вчиняють службові особи, є важливою проблемою в процесі становлення України як демократичної і правової держави. Шкода, яка заподіюється такими діяннями, полягає не лише у матеріальних втратах, але й у порушенні законних прав та інтересів людей, втраті довіри до державних органів влади, підриві їх авторитету.

Під час порушення кримінальної справи про злочини у сфері службової діяльності слідчими нерідко допускається плутанина при встановленні статусу службової особи, що тягне за собою неправильне застосування кримінального закону. Зокрема, до службових осіб відносять працівників, які насправді такими не є, і навпаки, не вважають службовими тих осіб, які мають для цього всі необхідні ознаки.

Питання кримінальної відповідальності службових осіб, поняття службової особи неодноразово висвітлювалися в літературі. Значний внесок у вивчення окреслених проблем зробили П.П. Андрушко, А.Я. Асніс, О.Ф. Бантишев, Т.Б. Басова, А.Я. Светлов та інші вчені.

Службовими особами за чинним КК України (п. 1 примітки до ст. 364) є особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади, а також обіймають постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням. Службовими особами визнаються також іноземці або особи без громадянства, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки.

У ході порушення кримінальної справи нерідко виникає питання щодо віднесення до службових осіб деяких працівників, зокрема, арбітражного керуючого, державного нотаріуса, лікаря, викладача тощо. Після проведення в Україні реформ, спрямованих на зміну командно-планової системи управління економікою на таку, що базується на ринкових принципах, та розвитку підприємницької діяльності виникла проблема відносно можливості вважати службовою особою власника приватного підприємства, громадянина – суб'єкта підприємницької діяльності.

Відповідь на вказані питання чинний КК України не містить, тому слідчі змушені звертатись до науково-практичних коментарів до Кримінального кодексу України, які не завжди однозначно тлумачать одні й ті ж поняття.

Так, існує певна колізія в чинному кримінальному та кримінально-процесуальному законодавстві, яка викликана вживанням

© О.С. Жупина, 2008

термінів "службова особа" і "посадова особа". У чинному КК законодавець поряд із терміном "службова особа" (коли йдеться про суб'єктів відповідних злочинів) використовує і термін "посадова особа" (ст. 57 КК).

Як відомо, матеріальне і процесуальне кримінальне право між собою тісно пов'язані і доповнюють одне одного, а тому вони повинні мати єдиний термінологічний апарат. Але це не завжди так, зокрема, у чинному КПК України вживається термін "посадова особа" (ст. 95, 96). І хоча на перший погляд це може розглядатися як звичайна зміна термінів, але на практиці це може потягнути за собою певні проблеми у застосуванні положень КК, що стосуються відповідальності осіб, які вчинили злочини з використанням свого службового становища.

Конституція України розрізняє вказані поняття. Зокрема, в Основному законі про посадових осіб йдеться у статтях 4, 19, 40, 124, а про службових – у статтях 42, 55, 56. При цьому в останніх статтях йдеться як про посадових, так і про службових осіб. У зв'язку із зазначеними обставинами виникає необхідність у визначенні співвідношення вказаних термінів.

Службовець – це той, хто перебуває на службі, а посадові особи – особлива категорія службовців державних і громадських органів, установ, підприємств, які обіймають досить високу посаду [3, 1075, 1346].

В науковій літературі існує три точки зору стосовно співвідношення термінів службова особа та посадова особа: одні вчені вважають, що термін, "посадова особа" охоплює більш вузьке поняття, ніж термін "службова особа" (В. Борисов, Я. Зейкан, М. Коржанський), інші вважають, що службовою особою є учасник адміністративно-правових відносин, на відміну від посадової особи, яка є учасником службово-трудових відносин, повноваження службовій особі надає держава, і реалізуються вони через адміністративно-правові відносини, а посадову особу наділяє повноваженнями власник або уповноважений ним орган, і втілюються вони через трудові правовідносини.

Найбільш повні, на нашу думку, дефініції вказаних понять, запропоновані Н. Янюк і В. Авер'яновим Зокрема, посадова особа (державної служби) – це (державний) службовець, який з метою постійно чи тимчасово управляти організаційною структурою (державним органом або його підрозділом) і представляти її (його) інтереси в зовнішніх відносинах наділений організаційно-владними (державно-владними) повноваженнями і правомочний вчиняти службові юридичні (значущі) дії. Натомість службова особа (державної служби) – це фізична особа, яка займає постійно чи тимчасово в органах державної влади (місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях, незалежно від форм власності) посаду, пов'язану з виконанням спеціальних повноважень, наданих їй у встановленому законом порядку, стосовно осіб, що не перебувають з нею у службовому підпорядкуванні, і у випадках, передбачених законодавством, має право застосовувати заходи адміністративного примусу [7, 287–288; 28, 119].

Виходячи з викладеного, вважаємо, що у ст. 365 КК міститься спеціальна кримінально-правова норма, що конкурує за суб'єктом із загальною, передбаченою у ст. 353 КК. За наявності такого виду конкуренції застосуванню підлягає спеціальна кримінально-правова норма [2, 118; 12, 220; 13, 176; 14, 66]. Тобто якщо службова особа вчиняє дії, описані в диспозиції статті 353 КК, то вона підлягає кримінальній відповідальності за статтею 365 КК. У даному випадку функція спеціальної кримінально-правової норми полягає в посиленому реагуванні з боку держави за вчинення злочину, і законодавець встановлює підвищену кримінальну відповідальність для службових осіб.

На основі цього вважаємо за доцільне розділити поняття службової особи і представника влади чи, точніше, виділити із загального поняття службової особи поняття представника влади. Якщо службовими визнаються особи, які здійснюють організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції, то

представниками влади треба вважати осіб, які здійснюють функції публічної влади (державної влади та влади місцевого самоврядування).

Під час порушення кримінальної справи у сфері службової діяльності враховується низка ознак, що вказують на відмінність службової особи від загального суб'єкта злочину. Зазначені ознаки пов'язані з функціями та обов'язками, які виконує службова особа, а також її зв'язку із підприємствами, установами чи організаціями, від імені яких вона діє. Умовно перші можна назвати функціональними, а другі – посадовими. Так, до функціональних належать такі: 1) здійснення функції представника влади; 2) обіймання на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності посад, пов'язаних з виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків; 3) обіймання на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності посад, пов'язаних з виконанням адміністративно-господарських обов'язків. Серед посадових ознак службової особи – здійснення зазначених функцій та обов'язків постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням.

Щодо здійснення функцій представника влади як спеціальної ознаки службової особи слід зазначити, що не існує якихось принципових відмінностей у доктрині стосовно розуміння того, кого варто зараховувати до цієї категорії службових осіб. Так, зокрема, представниками влади в літературі називають народних депутатів України, суддів [11, 985; 18, 733; 19, 817; 20, 847], депутатів місцевих рад, прокурорів, слідчих, оперативний склад служби безпеки, інспекторів державних інспекцій, військових комендантів [11, 985; 19, 817; 20, 847], начальників гарнізонів, військовий патруль, вартових на посту та інших військовослужбовців, які виконують обов'язки з підтримання громадського порядку, у тому числі і військовослужбовців конвойної служби та охорони місць позбавлення волі [11, 985; 19, 817], працівників міліції [19, 817; 20, 847], працівників кримінальної міліції [11, 985], сільських, селищних, міських голів [19, 817], депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим [20, 847], керівників державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування, контролерів [11, 985], народних засідателів [18, 733; 19, 817], державних службовців, статус яких визначають спеціальні закони, присяжних [18, 733], працівників контрольних і ревізійних служб [9, 5].

Деяка недосконалість та неточність закону про кримінальну відповідальність помітна з аналізу змісту ст. 342 КК (опір представникові влади, працівникові правоохоронного органу, члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовцеві) та ст. 349 КК (захоплення представника влади або працівника правоохоронного органу як заручника). Диспозиції вказаних статей КК дозволяють зробити висновок, що, на думку законодавця, працівники органів прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки, митних органів, органів охорони державного кордону, органів державної податкової служби, органів і установ виконання покарань, державної контрольно-ревізійної служби, рибоохорони, державної лісової охорони (які відповідно до ст. 2 Закону України "Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів" є правоохоронними органами [8]) не є представниками влади. Це не узгоджується із протилежною загальновизнаною як серед науковців, так і практичних працівників позицією, що ґрунтується на сутності повноважень працівників правоохоронних органів. Також у ст. 57 КК некоректно і неправильно, на нашу думку, розмежовані такі поняття, як "працівник правоохоронного органу" і ,"прокурор"; недоречно в ч. 3 ст. 364 та ч. 3 ст. 127 КК йдеться про "працівника правоохоронного органу", а в ч. 2 ст. 370 КК – про "службову особу правоохоронного органу". Зіставлення цих законодавчих формулювань може наштовхнути на помилкові висновки, зокрема, що прокурор не є працівником правоохоронного органу, а суб'єктом особливо кваліфікованого виду катування можуть бути технічні працівники (прибиральники, водії та ін.),

які працюють за наймом в правоохоронних органах. У даному контексті варто звернути увагу на те, що в кримінально-правовій літературі гостро критикують законодавчу регламентацію питання про те, які органи слід вважати правоохоронними. Головною підставою для цього є те, що запропонований вище перелік відповідних органів не є вичерпним, а йдеться в ньому також про „інші органи, які здійснюють правозастосовні та правоохоронні функції".

М.І. Мельник та М.І. Хавронюк наводять принаймні 43 державні органи, які виконують контрольні функції, що за своїм змістом близькі до правоохоронних [15, 177–181]. Інші автори, які досліджували це питання, також зараховують до працівників правоохоронних органів широке коло осіб [1, 54; 10, 51–55; 21, 105; 25, 7; 27, 113].

Водночас, на думку С.М. Тимченка, у законодавчому визначенні поняття правоохоронного органу не враховано працівників Міністерства юстиції, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, нотаріату, Координаційного комітету по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю, Ради національної безпеки та оборони України, адвокатури, служби державної охорони тощо, які виконують важливі правоохоронні функції [25, 7].

Таким чином, законні рішення представника влади, обумовлені наданими йому повноваженнями, обов'язкові для виконання фізичними та юридичними особами, яким вони безпосередньо адресовані, незалежно від їх відомчої належності. Зазначене зобов'язує слідчого в кожному випадку вирішення питання про наявність в діях представника влади ознак злочину чи іншого правопорушення з'ясувати його компетенцію, обумовлені нею права і обов'язки.

У постанові Пленуму Верховного суду України № 5 від 26 квітня 2002 р., "Про судову практику у справах про хабарництво" роз'яснено, що слід вважати виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків, і наведений приблизний перелік осіб, які виконують такі обов'язки. Так, організаційно-розпорядчі обов'язки – це обов'язки по здійсненню керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності [23]. Таке ж саме розуміння природи організаційно-розпорядчих обов'язків міститься і в літературних джерелах [6, 57; 11, 986; 16, 26; 17, 538; 18, 733; 19, 817].

Варто звернути увагу на те, що до функцій по здійсненню керівництва виробничою діяльністю окремих працівників деякі автори справедливо відносять також дії з підбору та розстановці кадрів, плануванню роботи, організації праці, забезпечення трудової дисципліни тощо [11, 986].

Згідно з позицією Пленуму Верховного суду України такі обов'язки, зокрема, виконують керівники міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, державних, колективних чи приватних підприємств, установ, організацій, їх заступники, керівники структурних підрозділів (начальники цехів, завідуючі відділами, лабораторіями, кафедрами, їх заступники тощо), особи, які керують ділянками робіт (майстри, виконроби, бригадири тощо) [23]. У тлумаченні питання, хто ж належить до осіб, які виконують організаційно-розпорядчі обов'язки, автори коментарів одностайні. Незначна відмінність у цьому питанні є в коментарі під редакцією В.В. Сташиса, В.Я. Тація, у якому замість відомств названі інші центральні органи виконавчої влади та "керівники громадських об'єднань громадян (директор державного чи приватного підприємства, президент фірми, голова правління акціонерного товариства тощо) та їх заступники" [11, 986].

Будь-який працівник, що має в підпорядкуванні інших осіб, виконує організаційно-розпорядчі обов'язки, а тому є службовою особою [4, 83; 24, 101; 26, 310]. Між суб'єктом владних повноважень і адресатом владних повноважень повинна простежуватись вертикальна відомча залежність, підпорядкованість [5, 98].

Таким чином, суть організаційно-розпорядчих обов'язків – в керівництві

діяльністю інших людей чи в організації їхньої роботи.

Необгрунтованим і непереконливим є твердження В.Б. Авер'янова про те, що здійснення організаційно-розпорядчих функцій охоплює й адміністративно-господарські обов'язки як повноваження щодо управління чи розпорядження державним, колективним чи приватним майном [7, 287].

У ч. 4 п. 1 Постанови Пленуму Верховного суду України „Про судову практику у справах про хабарництво" зазначається: адміністративно-господарські обов'язки – це обов'язки по управлінню чи розпорядженню державним, колективним чи приватним майном (установлення порядку його зберігання, переробки, реалізації, забезпечення контролю за цими операціями тощо) [23].

Не можна зараховувати до службових осіб, за ознакою виконання ними адміністративно-господарських обов'язків, всіх працівників, які мають хоча б формальне відношення до матеріальних цінностей: до них треба відносити лише осіб, які наділені відповідними розпорядчими повноваженнями щодо цього майна.

Особи, які виконують адміністративно-господарські обов'язки, можуть і не мати у своєму підпорядкуванні інших працівників та не керувати їхньою діяльністю, на відміну від тих, що виконують організаційно-розпорядчі обов'язки.

Одні і ті ж категорії працівників за характером і змістом діяльності можуть виконувати організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки і водночас професійні функції. Тому вирішальною ознакою в цих випадках буде встановлення, чи виконувала особа службові або професійні функції (в кожному конкретному випадку) [22, 64]. Службовою особа може бути лише у випадку виконання організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, а не професійних чи виробничих функцій. У зв'язку з зазначеним, вважаємо доцільним передбачення слідчим або прокурором в постанові про порушення кримінальної справи та інших процесуальних документах, які ж конкретно організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки особа виконувала в тому чи іншому випадку.

Таким чином, як ми бачимо з наведеного вище, інколи під час порушення кримінальної справи відносно службової особи або пред'явлення їй обвинувачення, слідчі у зв'язку із тим, що законодавцем не надано єдиного визначення понять посадової та службової особи та чітко не описані їх характерні ознаки, зіштовхуються із проблемою встановлення наявності спеціального суб'єкта складу злочину, що може привести до порушення прав особи шляхом притягнення її до кримінальної відповідальності.

Отже, неоднакові підходи в теорії кримінального права та правозастосовній практиці щодо питання зараховування до службових осіб окремих категорій працівників обумовлено недостатньою увагою з боку законодавця щодо встановлення їх правового статусу, що вказує на те, що проблеми, пов'язані з визначенням поняття службової особи, і надалі будуть актуальними як для теорії кримінального права, так і для правозастосовної діяльності.

Список літератури:

1. ***Бондаренко І.*** Правоохоронні органи України та їх функції // Право України. – 2005. – № 7.

2. ***Бурчак Ф.Г.*** Квалификация преступлений. – К.: Политиздат Украины, 1983. – 141 с.

3. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ „Перун", 2005. – 1728 с.

4. ***Волженкин Б.В., Квашис В.Е., Цагикян С.Ш.*** Ответственность за взяточничество: Социально-правовые и криминологические проблемы. – Ереван: Айастан, 1988. – 200 с.

5. ***Григорьев В.Н.*** Понятие должностного лица в уголовном праве: Дис. … канд. юрид. наук – Екатеринбург, 2001. – 161 с.

6. ***Гришаев П.И., Здравомыслов Б.В.*** Взяточничество: понятие, причины, квалификация. Учебное пособие. – М., 1988. – 136 с.

7. Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / За заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К.: Факт, 2003. – 384 с.

8. Закон України ,"Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів" від 23 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 11. – Ст. 50.

9. ***Золотопуп С.В., Суржан Р.Д.*** Ответственность должностных лиц контролирующих органов // Консультант бухгалтера. – 1999. – № 13.

10. ***Коваленко В.П.*** Про визначення поняття, "правоохоронний орган" в кримінальному законодавстві України // Життя і право. – 2005. – № 5.

11. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: "Ін Юре", 2003.

12. ***Кудрявцев В.Н.*** Общая теория квалификации преступлений – 2-е изд., перераб. и дополн. – М.: Юристь, 1999. – 304 с.

13. ***Куринов Б.А.*** Научные основы квалификации преступлений: Учебное пособие. – М.: Изд-во МГУ, 1976. – 183 с.

14. ***Марін О.К.*** Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм. Монографія. – К.: Атіка, 2003. – 224 с.

15. ***Мельник М., Хавронюк М.*** Суд та інші правоохоронні органи. Правоохоронна діяльність: закони і коментарі: Навч. посібник. 2-ге вид., випр. і доповн. – К.: Атіка, 2001. – 512 с.

16. ***Мельникова В.Е.*** Ответственность за взяточничество. Учебное пособие. М., 1982. – 57 с.

17. Науковий коментар Кримінального кодексу України / Коржанський М.Й. – К.: Атіка, 2001. – 656 с.

18. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Під заг. ред. М.О. Потебенька, В.Г. Гончаренка. Особлива частина. – К.: Форум, 2001. – 942 с.

19. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.:А.С.К., 2002. – 968 с.

20. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 3-тє вид., переробл. та доповн. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Атіка. – 2005. – 1064 с.

21. ***Осадчий В.І.*** Кримінально-правовий захист правоохоронної діяльності. Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 336 с.

22. ***Павлинов А.*** Круг субьектов должностных преступлений требует уточнения // Российская юстиция. – 2001. – № 9.

23. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 26 квітня 2002 р., "Про судову практику у справах про хабарництво" // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах: Навчальний посібник / Укл. Б.О. Кирись. – Львів: ПАІС, 2005.

24. ***Светлов А.Я.*** Ответственность за должностные преступления. – К.: Наукова думка, 1978. – 303 с.

25. ***Тимченко С.М.*** Судові та правоохоронні органи України. Навчальний посібник. – К.: Центр навчальної літератури, 2004. – 304 с.

26. Уголовное право УССР. Особенная часть: Учебник / Под ред. М.И. Бажанова и др.. – К.: Выща шк. Головное изд-во, 1989. – 503 с.

27. ***Фіолевський Д.П.*** Судова влада і правоохоронна система в Україні: Навч. посібник. – К.: Кондор, 2006. – 322 с.

28. ***Янюк Н.*** Співвідношення понять „посадова особа" і "службова особа" в адміністративному праві // Право України. – 2001. – № 12.

РЕЗЮМЕ

В статье автор рассматривает вопросы определения при возбуждении уголовного дела наличия у субъекта должностных преступлений признаков должностного лица: в частности, выполнение такими лицами организационно-распорядительных и административно-хозяйственных обязанностей. Рассматривается соотношение понятий "служебова особа" и "посадова особа", которые остались как в действующем УК, так и в УПК Украины.

SUMMARY

The author analyses the problems of official crimes defining during bringing a lawsuit especially crimes, connecting with doing their duties.

Рекомендовано кафедрою
кримінального та адміністративного права

Подано 07.10.08

О.М. Сарнавський,
ад'юнкт
(Військовий інститут Київського національного університету імені Тараса Шевченка)
(Науковий керівник професор П.П. Андрушко)

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 262 КК України

Ключові слова: *спосіб вчинення злочину, розкрадання, вимагання, розбій.*

Кожен злочин виражається в певних зовнішніх ознаках, а саме, в суспільно небезпечній дії або бездіяльності, які спричиняють істотну шкоду об'єктам кримінально-правової охорони або створюють загрозу її заподіяння.

Зовнішні ознаки посягання на об'єкт, який охороняється, тобто те, в чому злочин виражається ззовні, і створює його об'єктивну сторону. Вона являє собою процес суспільно небезпечного і протиправного посягання на охоронювані законом суспільні відносини, який розглядається з його зовнішнього боку, з точки зору послідовного розвитку тих подій і явищ, які починаються із злочинної дії (бездіяльності) суб'єкта і закінчуються настанням злочинного результату [2, 31].

Об'єктивна сторона є одним із елементів складу будь-якого злочину. Вона охоплює лише ті ознаки, які характеризують злочин з точки зору його зовнішнього прояву. До таких ознак відносяться: суспільно небезпечне діяння (дія чи бездіяльність), суспільно небезпечний наслідок, причинний зв'язок між діянням та наслідком, спосіб, знаряддя, засоби, місце, час, обстановка вчинення злочину. На відміну від інших структурних елементів складу злочину об'єктивна сторона містить найбільше інформації, необхідної для кваліфікації діяння. Саме об'єктивна сторона відображається у більшості описових диспозицій статей Особливої частини КК.

Усі ознаки об'єктивної сторони злочину з погляду їх описування (закріплення) у диспозиціях статей Особливої частини КК можна поділити на дві групи: обов'язкові (необхідні) та факультативні. До обов'язкових ознак належить діяння у формі дії чи бездіяльності. Без діяння, інакше кажучи, без конкретного акту суспільно небезпечної поведінки людини, не може бути вчинено жодного злочину. Діяння завжди або безпосередньо вказується в диспозиції статті Особливої частини КК, або однозначно випливає з її змісту і, таким чином, виступає обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу злочину. Тому встановлення ознак такого діяння (дії чи бездіяльності) є обов'язковим у кожній кримінальній справі [3, 103].

КК встановлює відповідальність виключно за виражену суспільно небезпечну дію або бездіяльність особи і не припускає відповідальності за настрої, погляди, ідеї, думки, переконання, якими б негативними вони не були, а також за виявлення наміру вчинити злочин, що не підкріплене реальними злочинними діяннями. Цей принцип відомий ще римському праву: "nullum crimen sine actus" (немає злочину без вчинення діяння), "cogitationis poeman nemo patitur" (думки не караються). Він

© О.М. Сарнавський, 2008

закріплений в Конституції України – кожному гарантується право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань (ст. 34) [2, 32].

До факультативних ознак об'єктивної сторони складу злочину належать: суспільно небезпечні наслідки, причинний зв'язок між діянням і суспільно небезпечними наслідками, місце, час, обстановка, спосіб, знаряддя і засоби вчинення злочину. Ці ознаки, що фактично притаманні злочину як явищу реальної дійсності, далеко не завжди вказуються в законі як ознаки конкретного складу злочину.

Так, наприклад, у диспозиції ст. 262 КК не міститься вказівки на конкретні суспільно небезпечні наслідки, на місце, час, обстановку, знаряддя та засоби вчинення цього злочину. У зв'язку з цим для притягнення особи до кримінальної відповідальності за ст. 262 КК встановлення цих ознак не є обов'язковим.

У той же час, якщо суспільно небезпечні наслідки, причинний зв'язок між діянням і суспільно небезпечними наслідками, місце, час, обстановка, спосіб, знаряддя або засоби вчинення злочину прямо вказані у диспозиції статті Особливої частини КК або однозначно випливають із її змісту, то вони набувають значення обов'язкових ознак об'єктивної сторони складу злочину і їх встановлення у такому випадку є обов'язковим. Так, наприклад, спосіб вчинення злочину, передбаченого ст. 262 КК, є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу цього злочину, у зв'язку з чим ця ознака підлягає обов'язковому встановленню при вирішенні питання про притягнення особи до кримінальної відповідальності за ст. 262 КК.

Зазначення законодавцем тих чи інших ознак об'єктивної сторони складу злочину у диспозиції статті Особливої частини КК залежить від особливостей злочину.

Встановлюючи кримінальну відповідальність за викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (ст. 262 КК), законодавець зазначив у диспозиції статті лише такі обов'язкові ознаки об'єктивної сторони складу цього злочину:

а) дія як форма суспільно небезпечного діяння;

б) спосіб вчинення злочинної дії.

Дія – це активна, свідома, суспільно небезпечна, протиправна поведінка суб'єкта. Обсяг та межі дії суб'єкта визначаються поставленою ним метою, а також об'єктом кримінально-правової охорони, на який здійснюється злочинне посягання. З фізичної сторони дія може бути простою або складною. Прості дії містять у собі одиничні (елементарні) акти поведінки людини, складні дії характеризуються ускладненою структурою [3, 107].

До простої дії відноситься, наприклад, таємне викрадення вибухового пристрою, що кваліфікується за ч. 1 ст. 262 КК, а до складної дії, зокрема, вимагання вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), поєднане з насильством, небезпечним для життя і здоров'я, що кваліфікується за ч. 3 ст. 262 КК. Тут мають місце дві дії – вимагання і насильство, кожна із яких, якщо розглядати їх окремо, утворюватиме самостійні злочинні дії. У зазначеному випадку одна із цих дій (застосування насильства) виступає як спосіб здійснення іншої (вимагання вогнепальної зброї). Такі дії перебувають у нерозривному зв'язку та органічній єдності і у сукупності утворюють складну дію, яка і завдає шкоди об'єкту (як основному, так і додатковому).

М.І. Панов, В.П. Тихий, аналізуючи способи вчинення злочинів проти власності, стосовно складних дій, подібних вимаганню, поєднаному з насильством, небезпечним для життя і здоров'я, зазначають: "Спосіб розкрадання у таких випадках являє собою не щось самостійне, що окремо знаходиться від дії, яка утворює об'єктивну сторону відповідного розкрадання. Тут дія, що виступає як спосіб розкрадання, входить до складу іншої дії більш високого рівня у якості такої, що обслуговує її і, будучи прийомом, необхідною умовою здійснення останньої, перебуває з нею у нерозривній єдності. Як

дія "допоміжного" характеру спосіб розкрадання за загальним правилом співпадає з "основною" дією в часі та просторі, складає з ним органічне ціле. Їх поєднання утворює єдиний акт суспільно небезпечної поведінки – "складну" дію, що посягає в підсумку на відносини власності" [8, 29].

До складних належать також дії, що складаються з низки тотожних актів поведінки, об'єднаних єдиним умислом і спрямованих на досягнення єдиного злочинного наслідку, що утворюють у своїй єдності злочини [3, 107–108]. Прикладом такої складної дії може бути викрадення вогнепальної зброї частинами з метою складання їх у єдине ціле – вогнепальну зброю.

Залежно від характеру впливу на об'єкт злочину всі дії можна поділити на фізичні та інформаційні. Фізичні (або енергетичні) дії полягають у застосуванні мускульної, фізичної сили для вчинення злочинного посягання і завжди спрямовані на зміну зовнішньої, фізичної сфери предметів матеріального світу. Інформаційні дії полягають у передачі інформації іншим особам і завжди виражаються у словесній (вербальній) формі, а також у яких-небудь інших діях, що несуть інформацію: смислових жестах (конклюдентні дії), виразних рухах (міміка) [3, 108]. Так, фізичною дією є, наприклад, крадіжка вогнепальної зброї, а інформаційною – її вимагання.

Другою обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 262 КК, яку законодавець зазначив у диспозиції статті, є спосіб вчинення злочинної дії.

У теорії кримінального права під останнім розуміється сукупність (система) прийомів і методів, що використовуються при вчиненні злочину. Ці способи різноманітні [3, 108].

У правозастосовчій діяльності визначення способу (як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони складу злочину), завдяки якому вчинюється той чи інший злочин, має важливе кримінально – правове значення.

М.І. Панов, досліджуючи поняття способу вчинення злочину, зазначає: "Встановлення обсягу та змісту понять вказаних способів, їх об'єктивних та суб'єктивних ознак має важливе значення як для правильного застосування кримінального закону (кваліфікації злочинів, відмежування суміжних злочинів, відмежування злочинних діянь від незлочинних і т.п.), так і для призначення покарання, що відповідатиме вчиненому" [6, 27].

У назві ст. 262 КК законодавець зазначив п'ять способів вчинення злочину: викрадення, привласнення, вимагання, заволодіння шляхом шахрайства та заволодіння шляхом зловживання службовим становищем. Ці способи зазначені альтернативно. Поряд з цим об'єктивну сторону складу злочину, передбаченого ч. 3 цієї статті, утворює і розбій з метою викрадення предметів злочину.

Аналогічні за термінологічним визначенням законодавець зазначив способи вчинення злочинної дії і в назвах ст. 308, 312, 313 розділу XIII "Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення" КК, ст. 357 розділу XV "Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян" КК та ст. 410 розділу XIX "Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини)" КК.

На відміну від зазначених статей, у тому числі і ст. 262 КК, законодавець такі способи злочинної дії як викрадення, привласнення, вимагання, заволодіння шляхом шахрайства та заволодіння шляхом зловживання службовим становищем передбачив у розділі VI "Злочини проти власності" КК в окремих статтях, не вдаючись до альтернативного порядку, як це зроблено у названих статтях. Крім того, у цьому розділі передбачені й інші способи злочинної дії, завдяки яким винна особа здійснює посягання на об'єкт кримінально-правової охорони. Зокрема, одним із таких передбачених способів є розтрата.

Останню, як спосіб вчинення злочину, законодавець необгрунтовано, на наш погляд, не зазначив у переліку способів зло-

чинної дії у ст. 262, 308, 312, 313, 357 та 410 КК, що створює певні складнощі при кваліфікації діянь, пов'язаних із розтратою предметів відповідних злочинів.

Відсутність розтати у переліку способів злочинної дії, передбачених ст. 262 КК, визнається як недолік законодавчої техніки і М.І. Пінчуком. Він вважає, що діяння, вчинене цим способом, не підпадає під ознаки кримінально караного за ст. 262 КК [5, 175].

У нинішній конструкції диспозиції ст. 262 КК, зокрема, у ч. 1 цієї статті, виділення окремих способів злочинної дії не має кримінально-правового значення, адже вчинення дій будь-яким із цих способів утворює один і той же склад злочину. У той же час як виділення у статті окремих способів вчинення злочинних дій повинно законодавцем здійснюватись, на наше переконання, лише з єдиною метою – диференціації кримінальної відповідальності.

Стосовно способу вчинення злочинних дій та диференціації кримінальної відповідальності в залежності від нього М.І. Панов пише: "Спосіб – один із показників небезпечності, шкідливості злочинної дії (бездіяльності), він вказує на характер та ступінь суспільної небезпечності злочину в цілому. Саме тому він є важливою умовою диференціації кримінальної відповідальності. Така диференціація може здійснюватись, по-перше, у межах великої групи однорідних злочинів, що посягають на один і той же об'єкт. По-друге, з урахуванням способу вчинення злочину диференціюється відповідальність у межах одного і того ж складу злочину. У даному випадку спосіб виступає у ролі кваліфікуючої, обтяжуючої відповідальність обставини, утворюючи кваліфікований вид відповідного складу злочину. Тут спосіб суттєво підвищує суспільну небезпечність вчиненого порівняно з основним складом, у зв'язку з чим він включається до числа кваліфікуючих обставин та за нього встановлюється більш суворе покарання" [6, 138].

Взагалі, слід визнати, що конструкція диспозиції ст. 262 КК є надто казуїстичною, вона є складною для сприйняття та для правозастосування. На наш погляд, конструктивний підхід законодавця, який було застосовано при побудові ст. 223 "Розкрадання вогнестрільної зброї, бойових припасів або вибухових речовин" КК 1960 р. був значно вдалішим, ніж при побудові розглядуваної нами статті. Як бачимо, у ст. 223 КК 1960 р. застосовується узагальнюючий для певних способів злочинної дії термін "розкрадання". Даючи тлумачення поняттю розкрадання, Пленум Верховного Суду України у п. 8 постанови [1, 196–197] зазначав, що "за ст. 223 КК відповідальність настає у випадку протиправного заволодіння вогнестрільною зброєю (крім гладкоствольної мисливської), бойовими припасами або вибуховими речовинами незалежно від місця вилучення (із державних чи громадських установ, організацій та підприємств, у окремих громадян, які ними володіли правомірно чи незаконно) з наміром привласнити викрадене або розпорядитися ним за власним розсудом іншим чином. Таке заволодіння зазначеними предметами може бути вчинене будь-яким способом, в тому числі шляхом шахрайства чи вимагательства".

Коментуючи склади злочинів проти власності, що передбачались КК 1960 р., П.С. Матишевський зазначав, що "у статтях 81 – 86^2 передбачена відповідальність за різні форми розкрадання державного та колективного майна. При цьому термін "розкрадання" вживається як родове поняття. Розкрадання – це навмисне протиправне обернення винною особою певним способом колективного чи державного майна на користь свою або іншої особи з корисливих спонукань" [4, 291]. І далі, він же зазначав: "Розкрадання може бути у формі крадіжки (ст. 81), грабежу (ст. 82), ….. розбою (ст. 86) та вимагательства (ст. 86^2)" [4, 293]. Як бачимо, автор поряд з іншими способами злочинного посягання до поняття "розкрадання" відносив і вимагання.

Однак така точка зору щодо вимагання не була спільною серед науковців. Так, на позиції стосовно відсутності підстав вважати вимагання однією із форм розкрадання вогнепальної зброї, бойових припасів або

вибухових речовин, відповідальність за яке встановлювалось ст. 223 КК 1960 р., перебував В.П. Тихий. Він зазначав: "Серед насильницьких злочинів останнім часом значного поширення набуло вимагання. Зустрічаються й непоодинокі випадки вимагання зброї, бойових припасів, вибухових речовин, радіоактивних матеріалів. Відповідальність за такі діяння не передбачена окремими самостійними нормами КК України. Пленум Верховного Суду України в постанові від 8 липня 1994 року № 6 "Про судову практику в справах про розкрадання, виготовлення, зберігання та інші незаконні діяння зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами" запропонував кваліфікувати заволодіння вогнепальною зброєю, бойовими припасами і вибуховими речовинами шляхом вимагання як розкрадання цих предметів, тобто за ст. 223 КК. Але вимагання не є способом розкрадання і тому не може тягти відповідальність за нього. Суспільна небезпека вимагання зброї, бойових припасів, вибухових речовин та радіоактивних матеріалів в основному полягає в тому, що воно створює загрозу вчинення як умисних злочинів з використанням зазначених предметів, так і необережних злочинів та нещасних випадків при поводженні з цими предметами. Викладене свідчить про необхідність передбачити відповідальність за вимагання зброї, бойових припасів, вибухових речовин та радіоактивних матеріалів в окремій статті КК або в статтях КК, що встановлюють відповідальність за розкрадання цих предметів" [9, 29–30].

У межах даного дослідження науковий інтерес має позиція російського законодавця щодо зазначення способів злочинної дії у статті Кримінального кодексу Російської Федерації (далі – КК РФ) [10], подібній ст. 262 КК України. Аналіз кримінального законодавства Російської Федерації свідчить про наступне.

У главі 24 КК РФ, яка має назву "Злочини проти суспільної безпеки" містяться, крім інших, ст. 221 "Розкрадання або вимагання ядерних матеріалів або радіоактивних речовин" та ст. 226 "Розкрадання або вимагання зброї, боєприпасів, вибухових речовин і вибухових пристроїв".

У примітці до ст. 158 "Крадіжка" КК РФ дається визначення поняттю розкрадання: "Під розкраданням в статтях цього Кодексу розуміються вчинені з корисливою метою протиправні безоплатне вилучення і (або) обернення чужого майна на користь винної особи або інших осіб, які спричинили шкоду власнику або іншому володільцю цього майна" [10].

У кримінальному законодавстві РФ відповідальність за розкрадання чужого майна диференціюється в залежності від способів вчинення посягання. Спосіб вилучення майна, як об'єктивна ознака, що характеризує розкрадання, суттєво впливає на ступінь суспільної небезпечності злочину, і тому саме враховується законодавцем. Діюче російське кримінальне законодавство розрізняє шість форм розкрадання, які входять до групи корисливих злочинів проти власності: крадіжка (ст. 158), грабіж (ст. 161), розбій (ст. 162), шахрайство (ст. 159), привласнення або розтрата (ст. 160).

Стосовно ж розкрадання таких предметів як зброя, боєприпаси, вибухові речовини та вибухові пристрої, Пленум Верховного Суду РФ у п. 13 постанови [7] роз'яснює, що "за суттю закону під закінченим розкраданням зброї, комплектуючих деталей до неї, боєприпасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв необхідно розуміти протиправне заволодіння ними будь-яким способом з наміром особи привласнити викрадене або передати його іншій особі, або розпорядитися ним за власним розсудом іншим способом".

Особливості побудови ст. 221 та 226 КК РФ свідчать про те, що вимагання, як спосіб злочинної дії, не охоплюється поняттям розкрадання. У цілому законодавча позиція щодо конструктивної побудови диспозицій ст. 221 та 226 КК РФ у частині зазначення способів злочинного посягання заслуговує на схвалення.

За таким же принципом слід сконструювати і ст. 262 КК України, застосувавши узагальнюючий термін "розкрадання". Однак, на нашу думку, цим узагальнюючим

терміном, на відміну від позиції російського законодавця, не повинно охоплюватись не тільки вимагання, а й розбій. Розбій, як спосіб злочинного посягання, має специфічні відмінні ознаки від таких способів як крадіжка, грабіж, привласнення, розтрата, заволодіння шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем.

Злочинні посягання, вчинені перерахованими способами, вважаються закінченим злочином з моменту протиправного вилучення предмета злочину та настання реальної можливості у винної особи користуватись ним на свій розсуд. Розбій же вважається закінченим злочином з моменту нападу, поєднаного із застосуванням або погрозою застосування насильства, небезпечного для життя чи здоров'я, незалежно від того, заволоділа предметом злочину винна особа чи ні. Вимагання як спосіб злочинного посягання, який, як уже зазначалось, не охоплюється відповідно до позиції законодавця узагальнюючим терміном "розкрадання" у ст. 226 КК РФ, також вважається закінченим злочином незалежно від досягнення винною особою поставленої мети щодо заволодіння предметом злочину. За цією ознакою розбій та вимагання мають схожість.

Таким чином, з метою законодавчого удосконалення ст. 262 КК України нами пропонується у її назві та диспозиції способи злочинного посягання зазначити наступним чином: розкрадання, вимагання або розбій з метою заволодіння. Такий підхід позбавить ст. 262 КК казуїстичності, властивій їй при чинній редакції, та сприятиме простоті при застосуванні на практиці цієї кримінально-правової норми правозастосовчими органами.

Список літератури:

1. Постанови Пленуму Верховного Суду України в кримінальних та цивільних справах // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1995, № 1.

2. Кримінальна відповідальність за порушення виборчих та референдних прав / П.П. Андрушко, І.О. Зінченко, С.Я. Лихова та ін.; За заг. ред. В.П. Тихого. – Харків: Кроссроуд, 2008. – 344 с.

3. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник / За ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Київ – Харків: Юрінком Інтер – Право, 2002. – 416 с.

4. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. В.Ф. Бойка, Я.Ю. Кондратьєва, С.С. Яценка. – К.: Юрінком, 1997. – 960 с.

5. Новий Кримінальний кодекс України: Питання застосування і визначення // Матер. міжнар. наук.-практ. конф. [Харків] 25 – 26 жовт. 2001 р. – Київ – Харків: Юрінком Інтер, 2002. – 272 с.

6. ***Панов Н.И.*** Способ совершения преступления и уголовная ответственность / Н.И.Панов. – Харків: Вища шк., 1982. – 161 с.

7. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 12 марта 2002 г. № 5 "О судебной практике по делам о хищении, вымогательстве и незаконном обороте оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и взрывных устройств" // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2002. – № 5

8. Проблеми законності: Респ. міжвід. наук. зб. / Відп. ред. В.Я. Тацій. – Харків, 1984. – Вип. 14.

9. Проблеми боротьби з насильницькою злочинністю // Збірник матеріалів наук.-практ. конф. (Харків). – Харків: ПФ Книжкове видавництво "Лестивця Марії", 2001. – 248 с.

10. Российская Федерация. Законы. Уголовный кодекс Российской Федерации. – Харків: Консум, 1997.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются обязательные признаки объективной стороны состава преступления, предусмотренного ст. 262 УК Украины. Особое внимание отводится способам преступного посягательства та предлагаются пути законодательного усовершенствования ст. 262 УК Украины.

SUMMARY

Obligatory features of objective side of crime, provided for the Article 262 CC Ukraine are depicted in the article. The special attention is paid to methods of criminal encroachment infringement and the ways of improving the article 262 CC Ukraine are suggested.

Рекомендовано кафедрою
кримінального та адміністративного права

Подано 10.09.08

О.С. Почечуева,
аспирантка
(Московская государственная юридическая академия)
(Научный руководитель доцент С.И. Володина)

Особенности этических норм в деятельности адвоката-защитника и представителя в уголовном судопроизводстве

Еще большее значение имеют этические устои деятельности для адвокатуры по уголовным делам, ибо уголовная защита представляет больше поводов для предъявления требований, почерпнутых из области нравственной, чем деятельность обвинительная, ввиду сложных и многоразличных отношений защитника к своему клиенту-подсудимому и к обществу[1].

А.Ф. Кони

Значимость проблемы соблюдения адвокатами этических правил поведения, а также спорных вопросов, возникающих при взаимоотношениях адвоката и подзащитного; при осуществлении представительства интересов потерпевшего; при взаимодействии адвокатов с профессиональными участниками уголовного процесса связано, прежде всего, с полноценной реализацией назначения уголовного судопроизводства (ст. 6 УПК РФ).

Соблюдение адвокатом при осуществлении своей профессиональной деятельности в интересах обвиняемого (подозреваемого) и в интересах потерпевшего этических правил поведения могут оказывать существенное влияние на принимаемые по уголовному делу судебные решения.

Российское законодательство, освещая вопросы профессиональной этики в п. 4 ч. 1 ст. 7 Федерального Закона "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ (в последней редакции от 3 декабря 2007 г.) закрепило правило, что адвокат несет на себе обязательство "соблюдать кодекс профессиональной этики адвоката".

В свою очередь профессор МГЮА Л.Н. Масленникова справедливо отмечает следующее: "Адвокат обязан оказывать квалифицированную юридическую помощь физическим и юридическим лицам в сфере уголовного судопроизводства в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения их доступа к правосудию, не подменяя содержание адвокатской деятельности технологиями, нарушающими законодательство Российской Федерации. Адвокату порой приходится действовать в очень сложных этических ситуациях. Адвокат должен быть нравственной личностью, чтобы при всех обстоятельствах сохранять честь и достоинство, присущие профессии. К сожалению, анализ дисциплинарной практики показывает, что порой отдельные адвокаты забывают, что закон и нравственность выше воли доверителя. Нарушая нормы закона, они тем самым нарушают

© О.С. Почечуева, 2008

и интересы доверителя, создавая порой основания к отмене судебных решений, вынесенных в пользу доверителя"[2].

Безусловно, с приведенным высказыванием нельзя не согласиться. Однако не следует забывать, что существует и другая дисциплинарная практика, свидетельствующая о том, что возникают злоупотребления со стороны самих доверителей: обвиняемого (подозреваемого) и потерпевшего с целью привлечения адвоката за несоблюдение этических правил поведения для привлечения к дисциплинарному производству, как один из способов отмены процессуального решения по уголовному делу.

Раскрывая значение нравственных требований для участников уголовного процесса, А.Ф. Кони справедливо отмечает следующее: "…Гармония нарушается и может обращаться в справедливую тревогу при виде, в некоторых отдельных и, к счастью, редких случаях, того, как защита преступника обращается в оправдание преступления, причем потерпевшего и виновного, искусно извращая нравственную перспективу дела, заставляют поменяться ролями, или как широко оплаченная ораторская помощь отдается в пользование притеснителю слабых, развратителю невинных…".[3]

Деятельность адвоката, правоотношения, в которые он вступает в уголовном процессе, определяются общими морально-нравственными принципами судопроизводства. Это касается таких нравственных принципов их деятельности, как гуманизм, справедливость, объективность, принципиальность, добросовестность и т.д.[4]

Можно говорить о том, что определенные особенности профессиональной функции адвоката приводят к проявлению общих нравственных принципов в деятельности адвоката и зависят от того, чьи интересы он представляет: обвиняемого (подозреваемого) или потерпевшего. Все это приводит к возникновению особых нравственных отношений, характерных лишь для процессуальных действий, связанных с осуществлением защиты в отношении своего доверителя.

Таким образом, адвокат-защитник объективно содействует выяснению обстоятельств, оправдывающих обвиняемого и смягчающих его ответственность, а адвокат-представитель руководствуется лишь теми обстоятельствами, которые прямо выявляют и подтверждают виновность лица, а также помогают правильно определить размер нанесенного материального ущерба.

Безусловно, не следует интерес адвоката-защитника сводить лишь к тому, чтобы его доверитель не был осужденным и несправедливо наказанным. Интерес защитника значительно шире и связан с его многочисленными процессуальными правами и обязанностями, а также с конкретными процессуальными правами и обязанностями, вытекающие из статуса его доверителя. Его нравственный долг – защита законных интересов обвиняемого (подозреваемого).

Со стороны адвоката недопустимы незаконные способы защиты, ведь в п. 1 ст. 10 Кодекса профессиональной этики адвоката предусмотрено, что закон и нравственность в профессии адвоката выше воли доверителя. Никакие пожелания, просьбы или указания доверителя, направленные к несоблюдению закона или нарушению правил, предусмотренных настоящим Кодексом, не могут быть исполнены адвокатом.

Иллюстрацией изложенного может послужить пример по делу, где органами предварительного следствия адвокат-защитник обвинялся в фальсификации доказательств по уголовному делу об особо тяжком преступлении, а также в подстрекательстве путем уговоров к заведомо ложным показаниям свидетеля в суде и при производстве предварительного следствия.

Как следует из материалов уголовного дела, С. 30 августа 2004 г. был принят в члены адвокатской палаты Курской области.

3 марта 2005 г. адвокат С., по соглашению сторон и на основании представленного следствию ордера № 006142 в соответствии с ч. 4 ст. 49 УПК РФ, стал осуществлять защиту П., обвиняемого в том, что 27 июня 2003 г. в вечернее время

он, действуя по предварительному сговору и совместно с С-вым, Н., Т. и Д., вблизи д. Шерекино Льговского района Курской области, совершили изнасилование несовершеннолетних М-ко и Я., а затем их убийство, с целью сокрытия совершенного преступления.

Защитник С., имея цель освободить от уголовной ответственности своего подзащитного П., обвиняемого в совершении особо тяжких преступлений, решил сфальсифицировать для П. заведомо ложное алиби о нахождении последнего во время изнасилования и убийства М-ко и Я. в другом месте.

Органами предварительного следствия С. обвинялся в подстрекательстве свидетеля к даче заведомо ложных показаний. Защитник С., используя предоставленные ему п. 2 ч. 1 ст. 53 УПК РФ и ст. 6 ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре" полномочия по сбору доказательств, с целью создания заведомо ложного алиби обвиняемому П. предпринял все необходимые меры[5].

Суд вынес приговор о том, чтобы оправдать адвоката С. по предъявленному обвинению в совершении преступлений, предусмотренных ст. 303 ч. 3 УК РФ, ст. 33 ч. 4, 307 ч. 1 УК РФ, на основании п. 3 ч. 2 ст. 302 УПК РФ с правом признать за С. право на реабилитацию в порядке, предусмотренном ст. 135-135 УК РФ (Приговор Курского областного суда от 4 мая 2006 г. по уголовному делу № 2-4-06 в отношении С.).

Таким образом, выступая на стороне человека, обвиняемого в совершении преступления, адвокат-защитник должен сам неукоснительно соблюдать закон. "У адвоката нет права на ложь, – отмечал Я.С. Киселев, – ... нет права на использование фальсифицированных доказательств..., нет права на неискренность"[6].

Следует отметить, что еще А.Ф. Кони, критикуя в свое время пороки адвокатуры, писал о справедливой тревоге в связи со случаями, когда "...защита преступника обращалась в оправдание преступления, причем, искусно извращая нравственную перспективу дела, заставляла потерпевшего и виновного меняться ролями..."[7].

Кроме того, недопустимо выстраивать защиту на постоянном освещении негативных сторон личности потерпевшего, его отрицательных нравственных качеств.

Однако в случае, если само поведение потерпевшего действительно могло способствовать совершению преступления, то адвокат-защитник должен обратить на это внимание суда, но без оскорблений и унижений.

Таким образом, при осуществлении своей деятельности адвокат-защитник не должен допускать по просьбе обвиняемого прибегать к незаконным методам защиты, к действиям, несовместимыми с его нравственными принципами, которые не соответствуют правилам уголовного судопроизводства и этическим правилам поведения адвокатской профессии, согласно нормам Кодекса профессиональной этики адвоката.

Подводя промежуточный итог, следует привести цитату Л.Е. Владимирова: "Все этические вопросы о приемах уголовной защиты должны разрешаться на основании судебной задачи защитника как стороны в процессуальном состязании, признанном законодательством за лучший метод выработки материальной истины, насколько она возможна в уголовном процессе. Поэтому полная односторонность защитника есть логическое последствие его позиции в процессе. Напротив, прокурор не только сторона, но и "око закона", а потому он не должен быть в такой степени односторонним, как защитник. Прокурор – представитель общего государственного интереса, а этому интересу противно осуждение невиновного"[8].

В свою очередь, адвокат при осуществлении профессиональной деятельности в интересах потерпевшего должен использовать свое право обжаловать приговор по мотивам мягкости наказания или необходимости применения закона о более тяжком преступлении, в особенности, если потерпевший в силу своих физиологических или психических особенностей не может это

сделать сам, причем высказывает просьбу об этом.

Будучи на стороне обвинения на адвоката-представителя потерпевшего, возложены некоторые профессиональные функции характерные для государственного обвинителя.

Однако при осуществлении защиты интересов потерпевшего адвокат, прежде всего, должен решить вопрос о том, в какой мере и до каких пределов он вправе выполнять ее.

Соответственно, адвокату-представителю необходимо четко определить, в чем заключаются те права и законные интересы потерпевшего, которые берутся под защиту.

Адвокату-представителю необходимо осознавать, что стремление добиться максимально наказания для обвиняемого – это не основная задача.

Действуя в защиту законных интересов потерпевшего, адвокат-представитель должен способствовать объективному исследованию обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, а это не во всех случаях может устраивать и соответствовать желанию потерпевшего.

К примеру, при обнаружении в уголовном деле обстоятельства, смягчающего вину обвиняемого, адвокат-представитель должен обратить внимание суда на него, что будет соответствовать нормам морали и нравственности. Однако подобное действие со стороны адвоката-представителя может вызвать неудовольствие со стороны потерпевшего.

Таким образом, адвокат-представитель принимает на себя защиту только законных интересов потерпевшего. В сложившейся ситуации задача адвоката как представителя потерпевшего заключается в том, чтобы по возможности мягче, весьма настойчиво при этом объяснить ему то обстоятельство, что права, предоставленные потерпевшему, согласно уголовно-процессуальному законодательству должны быть использованы не в целях мести, а для защиты им своих прав и законных интересов.

При оказании правовой помощи адвокат-защитник и представитель наделены различными профессиональными функциями и имеют разные задачи в силу статуса своих доверителей, поэтому имеет смысл разработать особые этических правила поведения в отношении прав и обязанностей адвоката, действующего в интересах обвиняемого (подозреваемого) и для адвоката, который осуществляет свою деятельность в интересах потерпевшего.

Подобные этические правила поведения для адвоката в интересах обвиняемого (подозреваемого) и представителя в интересах потерпевшего должны привести к тому, чтобы защитительная деятельность адвоката-защитника на стороне защиты и представителя на стороне обвинения гармонично соотносилась с задачами и приемами уголовной защиты.

В связи с тем, что, по нашему мнению, необходимо предусмотреть в уголовно-процессуальном законодательстве обязанность суда обеспечить обязательное участие адвоката-представителя потерпевшего наряду с иным представителем, если дело является сложным с правовой и фактической точек зрения, поэтому по аналогии со ст. 13 Кодекса профессиональной этики адвокатов, принятого 31 января 2003 г. (с изменениями и дополнениями от 8 апреля 2005 г.) на заседании первого Всероссийского съезда адвокатов следует предусмотреть права и обязанности адвоката-представителя с учетом этических требований.

К примеру, в Кодексе профессиональной этики адвокатов дополнить нормы, которые предусматривали бы обязанность адвоката-представителя разъяснять потерпевшему его права и обязанности, а также возложить на адвоката-представителя выполнение обязанностей, которые включали бы в себя при необходимости подготовку и подачу жалобы с целью защиты прав и законных интересов потерпевшего, при этом обязанность адвоката-представителя обжаловать приговор по просьбе потерпевшего или, если суд не разделил позицию адвоката-представителя и назначил менее тяжкое наказание, чем просил потерпевший.

В современном российском законодательстве, даже несмотря на четкое регламентирование законных прав и интересов, касающихся процессуального положения обвиняемого (подозреваемого) и потерпевшего, а также в отношении профессиональных представителей – адвокатов, по-прежнему упущен из виду вопрос о различии этических требований, которые должны предъявляться к адвокату-защитнику и адвокату-представителю в целом, что надлежит исправить.

Подводя итог, хотелось бы привести цитату, приведенную в юридической литературе о том, что "…суд и адвокат лишь тогда смогут успешно выполнить возложенные на них задачи, когда их отношения будут основаны на деловом и доброжелательном сотрудничестве в строгих рамках, определенных процессуальным законом"[9].

Отсюда, следует постулат о том, что если участники уголовного процесса ведут себя в рамках дозволенного, то есть соблюдая нормы морали, нравственности и этики, то и суд будет соответствующим, что будет способствовать вынесению законного, обоснованного и справедливого приговора.

---

[1] ***А.Ф. Кони***. Уголовный процесс: нравственные начала. – Издание 2-е, исправленное, М., 2006 г. – С. 31.

[2] См.: ***Л.Н. Масленникова*** Уголовно-процессуальная деятельность адвоката: актуальные вопросы законодательства и практики. (выступление на научно-практической конференции адвокатов в Ногинске 25.05. 2007 г.).

[3] ***А.Ф. Кони***. Уголовный процесс: нравственные начала. – Издание 2-е, исправленное, М., 2006 г. – С. 33.

[4] См.: ***Горский Г. Ф., Кокорев Л.Д., Котов Д. П.*** Судебная этика: Некоторые проблемы нравственных начал советского уголовного процесса. – Воронеж: Издательство ВГУ, 1973. – С. 156.

[5] ***Н.М. Кипнис***. Участие адвоката в доказывании по уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. – М.,2008. – С.67-75.

[6] Цит. по: Проблемы судебной этики. – С. 240.

[7] Цит. по: ***Кобликов А.С.*** Юридическая этика. – 2005. – С. 134.

[8] Адвокат-воин Принципы и техника уголовной защиты. – М., 2007. – С.38.

[9] ***Воскресенский Г., Боннер А.*** Суды и адвокаты // Законность, 1992, № 1. – С. 18.

Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики

Подано 06.10.08

К.В. Легких,
аспірант
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник професор В.Г. Гончаренко)

Поняття "спеціальні юридичні знання" та форми їх використання у кримінальному процесі

Ключові слова: *спеціальні знання, спеціальні юридичні знання, кримінальне судочинство.*

Реалізація конституційного права громадян України на судовий захист потребує нормативно-правового забезпечення. Загальновизнаним є те, що висновки про рівень демократичності правової системи не можна робити, виходячи тільки із змісту матеріальних галузей права. Дослідження процесуальних норм та напрацювання науково обґрунтованих пропозицій щодо їх вдосконалення при проведенні правової реформи відбуваються у відповідних галузях юридичних наук (кримінальний, цивільний, господарський, адміністративний процеси, виконавче провадження тощо). Неабияке значення мають питання експертного забезпечення правосуддя, що потребують свого вирішення та нормативно-правового закріплення під час удосконалення процесуального законодавства в ході судової та правової реформ.

Становлення України як правової держави й здійснювана в ній судова реформа, результатом якої є прийняття органами державної влади низки нормативно-правових актів в галузі судочинства, в яких закріплені конституційні принципи, спрямовані на демократизацію правосуддя, підсилення гарантій забезпечення прав особи, зумовили вчених і практиків звернути особливу увагу на використання правових інститутів, пов'язаних з процесом доказування в сфері кримінального судочинства.

В разі розв'язання питань щодо порушення кримінальних справ та в процесі їх розслідування, а також у випадку судового розгляду цивільних чи адміністративних справ виникають потреби розв'язання питань, що торкаються специфіки різноманітних галузей знань. Природно, що як би добре не були підготовлені й яку б високу кваліфікацію не мали особи, котрі здійснюють провадження у справі, вони не можуть володіти достатньо глибокими знаннями для розв'язання всіх питань, що стосуються різноманітних галузей науки, техніки, виробництва. В разі розгляду обставин справи в межах кримінального, цивільного, адміністративного судочинства загальним завданням постає розв'язання правових питань. Часто це пов'язується з потребою використання спеціальних знань. За певних обставин дослідженню підлягають не лише фактичні обставини справи, що належить розгляду органами досудового слідства чи судом, а й правові підстави прийняття відповідних процесуальних рішень, що мають юридичне значення. Такими правовими підставами можуть бути норми права, від правильності тлумачення яких залежить правильність прийняття процесуальних рішень.

Питання теорії й практики використання спеціальних знань в судочинстві, призначення й проведення судової екс-

© К.В. Легких, 2008

пертизи в цивільному та кримінальному процесі досліджувалися багатьма відомими вітчизняними й зарубіжними вченими, фахівцями в галузі криміналістики, експертології та кримінального й цивільного процесу. Багато які з проблемних питань розкриті в ґрунтовних працях Т.В. Аверьянової, В.Д. Арсеньєва, Л.Є. Ароцкера, Р.С. Бєлкіна, Т.В. Варфоломеєвої, А.І. Вінберга, В.Г. Гончаренка, Г.І. Грамовича, А.В. Дулова, О.О. Ейсмана, А.В. Іщенка, Л.М. Карнєєвої, Н.І. Клименко, В.П. Колмакова, Ю.Г. Корухова, В.К. Лисиченка, В.М. Махова, М.М. Міхеєнка, Ю.К. Орлова, І.Л. Петрухіна, О.Р. Росинської, М.Я. Сегая, М.С. Строговича, В.В. Циркаля, В.І. Шиканова, О.Р. Шляхова та ін.

Ретроспективний розгляд та узагальнення інтересу визнаних вчених-юристів до спеціальних юридичних знань, того, яке місце і чому у їх теоретичних дослідженнях зайняла місце ця проблема, дозволяють визначити й оцінити у загальних рисах їх науковий внесок у поповнення знань про поняття й сутність спеціальних юридичних знань, а головне – з'ясувати методологічні засади аналізу обраної проблеми.

Мета статті – проаналізувати наявні у зарубіжній та вітчизняній науковій думці підходи до теоретико-методологічного дослідження юридичних знань як спеціальних.

Принципово важливим й водночас спірним до сьогодні питанням є віднесеність до розряду спеціальних знань, котрі використовуються у судочинстві, знань в галузі права. В зв'язку з розглядом питань призначення судової експертизи в кримінальних і цивільних справах, судам вказано на неприпустимість призначення експертизи у випадках, коли з'ясування певних обставин не потребує спеціальних знань, а також порушення перед експертом правових питань, вирішення яких віднесено законом до компетенції суду (зокрема щодо вини, неосудності чи недієздатності особи тощо [10].

Науковці вказують на те, що практика судової реформи породила чимало проблем, пов'язаних з реалізацією права юридичними й фізичними особами. Процесуальна модель побудови правосуддя включила у розгляд справ судові органи, наділені широкою компетенцією розглядати на кожному етапі справи, застосовуючи законодавство в його широкому розумінні. Вирішуючи справу, суддя використовує загальні й спеціальні знання і, в першу чергу, норми Конституції України та інших правових актів. Суддя як найголовніший суб'єкт судового процесу наділений повноваженнями тлумачити норми права, проводити системне дослідження різних законів, керуватися роз'ясненнями Пленуму Верховного Суду України, зокрема, з питань застосування законодавства, бути обізнаним з міжнародно-правовими актами, які є чинними (ратифікованими) в Україні [11, 32]. Водночас, як судді, так і досудові органи вправі використовувати для розв'язання процесуальних питань спеціальні знання, якими володіють фахівці з різноманітних галузей знань шляхом призначення судової експертизи.

Ставлення вчених до цієї проблеми не однозначне, а в окремих випадках навіть діаметрально протилежне – від визнання знань в галузі права тими, які можна без будь-яких застережень визнавати різновидом спеціальних і використовувати в інтересах судочинства, до рішучого заперечення можливості включення таких знань до переліку спеціальних та категоричної відмови від їх використання в доказуванні, в досудовому слідстві, а також заперечення можливості призначення й проведення правових експертиз. На думку О.О. Ейсмана, пізнання в галузі законодавства і науки права, іншими словами – юридичні знання, не відносяться до спеціальних пізнань в тому смислі, в якому це поняття вживають в законі [14, 91]. Водночас виникає питання щодо віднесення до розряду спеціальних криміналістичних знань. В.Г. Гончаренко характеризує спеціальні криміналістичні знання в процесуально-правовому розумінні як знання в галузі криміналістичної техніки, що застосовуються спеціально підготовленими особами для пізнання об'єктів при здійсненні юридичної діяльності з їх природничо-наукового і технічного боку

[4, 118]. Його підтримує Г.І. Грамович, на думку якого криміналістичні знання – це система тісно пов'язаних юридичних і природничо-технічних наукових відомостей, які загалом відносяться до юридичних знань. Але враховуючи складність цієї системи, багатоплановість розв'язуваних за її допомогою завдань, можна виокремити природничо-наукові відомості, що використовуються для пізнання об'єктів в процесі розкриття, розслідування і запобігання злочинів [5, 10–11].

Окремі науковці звертають увагу на те, що слідчий у провадженні слідчих дій завжди використовує свої спеціальні знання, навички й уміння. Йому потрібні спеціальні знання з різних галузей науки й техніки. Але крім не правових спеціальних знань, навичок й умінь, слідчому потрібні й правові спеціальні знання, навички та уміння для проведення розслідування кримінальних справ: він повинен знати кримінальне та кримінально-процесуальне законодавство, оволодіти тактикою проведення слідчих дій і методикою розслідування окремих видів злочинів. В зв'язку з цим науковці вказують на неспроможність ствердження того, що спеціальні знання не повинні відноситися до галузі права [7]. І навіть противники визнання правових знань знаннями спеціальними ведуть мову про те, що в разі виникнення труднощів у розв'язанні практичних питань правозастосовчої діяльності в процесі застосування, наприклад, норм митного, податкового, банківського чи інших галузей права, а також і питань, пов'язаних із застосуванням іноземного права припустимим є отримання допомоги з використання таких знань в непроцесуальній формі, зокрема консультування [13, 17]. Але будь-яке консультування слідчого чи судді має на меті отримання консультації від спеціаліста. Отже, і правові знання такого спеціаліста є спеціальними.

Процеси диференціації наукового знання, що супроводжують розвиток науки взагалі, не обходять стороною і юридичні науки. Слідчий, котрий розслідує кримінальну справу, суддя, який здійснює судовий розгляд кримінальної, цивільної, адміністративної чи господарської справи, прокурор, що здійснює нагляд за дотриманням законності під час досудового слідства та судового розгляду справ, суддя Конституційного Суду та багато інших представників юридичних професій в обов'язковому порядку мають вищу юридичну освіту і певний рівень фахових знань в галузі права. Проте ці особи, як правило, мають поглиблені знання лише в певній галузі права і не можуть в необхідній мірі орієнтуватися у всіх тонкощах кожної з підгалузей права, а тим більше в усьому масиві законів, які до того ж постійно змінюються, доповнюються, розвиваються. Водночас, знання особливостей та тонкощів сучасного законодавства в багатьох випадках конче потрібне для всебічного, повного і об'єктивного розгляду справи з метою встановлення істини.

Тому ми поділяємо думку В.М. Махова стосовно того, що, наприклад, з боку слідчого було б неправильним ігнорувати поглиблені знання юристів, котрі спеціалізуються в якійсь вузькій сфері правової діяльності, що виходить за межі його професійної діяльності. Адже, хоча професійні знання слідчого (судді) – це правові знання, але далеко не всі із правової сфери, а насамперед, кримінального права, кримінального процесу, криміналістики [9, 46–47].

Правові знання юристів, що використовуються в їх професійній діяльності можна поділити на дві великі категорії. Перша – це ті правові знання, що потрібні їм для безпосереднього виконання функціональних обов'язків і без володіння якими неможливим було б виконання їх професійних функцій. Для слідчого чи прокурора такими є знання норм матеріального і процесуального права, криміналістики, судової психіатрії та юридичної психології, основ судової бухгалтерії тощо. Для судді суду загальної юрисдикції необхідним є володіння певним обсягом знань в галузі кримінального, цивільного, господарського, адміністративного права та процесу, криміналістики, відповідних законодавчих норм, що регулюють організацію й здійснення судочинства, для судді Конституційного Суду неможливо уявити виконання

його обов'язків без досконалого знання положень конституційного права, теорії та історії держави і права, норм міжнародного права тощо. Друга категорія правових знань – це знання основних положень тих підгалузей права і тих правових норм, що власне визначають кваліфікацію юриста, проте володіння якими не пов'язується з безпосереднім виконанням функціональних обов'язків. Такими, наприклад, для слідчого є знання в галузі арбітражного процесу, теорії оперативно-розшукової діяльності, міжнародного приватного та публічного права, конституційного права, сімейного права тощо.

Поняття "спеціальні знання" варто застосовувати лише в галузі судочинства, а тому визначати всі правові знання в юридичній сфері як спеціальні було б не логічним. З іншого боку, професійні правові знання суддів, прокурорів, слідчих треба розглядати як поняття широке й водночас таке, що може перетинатися з іншими правовими знаннями. Знання, що виходять за межі професійних знань процесуальних осіб, але потрібні їм для виконання процесуальних функцій, слід вважати спеціальними. Такими спеціальними відносно професійної компетенції судді, прокурора чи слідчого можуть бути й знання в певній галузі права. В такому ж розумінні С.Ф. Бичкова веде мову про юридичні знання, вказуючи на те, що під юридичними знаннями слід розуміти знання осіб, відповідальних за ведення кримінального судочинства, зокрема, в частині повноважень з кваліфікації діянь і виконання процесуальних норм, реалізації методики розслідування злочинів і тактики провадження слідчих дій. Зазначений перелік є загальною кваліфікаційною характеристикою особи, що проводить дізнання, слідчого, прокурора і судді, що базується на професійно обов'язкових знаннях, які визначають їх спеціальність. Всі знання, зокрема й юридичні, за межами цього кола знань, навичок і умінь, які використовуються суб'єктами доказування у конкретній кримінальній справі, можуть бути віднесені до спеціальних [1, 6–7].

Отже, носіями спеціальних знань у судочинстві є не тільки спеціалісти й експерти, яких залучають до розгляду справ по суті, але й самі суб'єкти розслідування чи розгляду справи судом. Для з'ясування сутності знань, що є спеціальними для осіб, які виконують процесуальні функції, треба враховувати їх знання, котрі зумовлені професією і володіння якими є професійно обов'язковими якостями особи. Такими знаннями є, насамперед, знання в галузі матеріального та процесуального права, володіння методикою розслідування злочинів, знання процедурних питань досудового слідства, судового розгляду, окремих питань прокурорської діяльності. Водночас, особи, котрі виконують процесуальні функції в галузі судочинства, можуть використовувати знання, які набуті ними під час отримання юридичної освіти. Такими є знання з галузі судової медицини, судової психіатрії та психології, судової бухгалтерії та судової статистики, теорії оперативно-розшукової діяльності. Такі знання особа набуває під час отримання базової освіти і в ході базової професійної підготовки чи підвищення кваліфікації. Ці знання є спеціальними, але використовуються в межах процесуальних повноважень особи на підставі наявного в неї професійного досвіду. В той же час знання в галузі судової медицини, судової психіатрії чи судової бухгалтерії, криміналістичної техніки тощо можуть бути і тими спеціальними знаннями, використовувати які може лише спеціаліст, оскільки певний спосіб їх використання не входить до професійних повноважень процесуальної особи. Так, процесуальне законодавство надає право слідчому залежно від слідчої ситуації та об'єктивних можливостей самому обирати і використовувати ті або інші науково-технічні засоби для виявлення, фіксації, вилучення й дослідження слідів чи інших об'єктів в ході проведення слідчої дії. Його компетенція у використанні таких спеціальних знань визначається відповідною процесуальною функцією та метою застосування спеціальних знань. Проте в разі потреби поглиблених досліджень тих

самих об'єктів з використанням тієї ж самої галузі знань – криміналістики, слідчий повинен призначати спеціальні дослідження і використовувати спеціальні знання з криміналістики у формі судової криміналістичної експертизи.

Не вдаючись в полеміку відносно форм процесуального застосування спеціальних знань, зазначимо, що вже півстоліття панівною є точка зору, яка з невеликими змінами і несуттєвими доповненнями сприймається сучасними вченими і практиками. Ми вважаємо істинним положення, за яким спеціальні знання та науково-технічні засоби в судочинстві застосовуються безпосередньо суб'єктами доказування, спеціалістами в сенсі ст. 128[1] та ст. 270[1] КПК, офіційно призначеними експертами (судовими експертами) [8, 11; 12, 15].

Допустимість і корисність одержання безпосередньо слідчим доказових фактів шляхом застосування спеціальних знань знаходить підтримку багатьох авторів, які обґрунтовують свої твердження теоретичними положеннями доказового права і вимогами практики [2, 68; 3, 19]. Таким чином, слідчий (в основному) і названі нами інші суб'єкти доказування утворюють першу групу осіб, яким формально дозволяється використовувати спеціальні знання в кримінальному судочинстві. Тому ми вважаємо помилковим твердження деяких авторів, зокрема, В.М. Махова, що самостійне, без сприяння обізнаних осіб, використання слідчим спеціальних знань не є процесуальною формою їх використання на тій підставі, що в КПК не існує норм про надання йому таких повноважень [9, 74]. По-перше, для слідчих та інших суб'єктів доказування, які за освітою і характером діяльності належать до гуманітарних професій, знання в галузі криміналістичної техніки, що переважно застосовується під час проведення слідчих дій, безумовно, є спеціальними і, по-друге, саме їх використання слідчим на досудовому слідстві та суддею в ході судового розгляду передбачено і навіть рекомендовано цілою низкою норм КПК, зокрема, ст. 85, 85[1], 85[2], 114, 176, 195. Крім того, приписи ст. 85 КПК дають право слідчому використовувати спеціальні знання та науково-технічні засоби під час проведення будь-якої слідчої дії.

Другою процесуальною формою використання спеціальних знань є участь у проведенні слідчих та судових дій спеціаліста. Ним практично одностайно на підставі кримінально-процесуальних норм вважають особу, яка володіє знаннями та навичками і залучається органом дізнання, слідчим, прокурором або судом для сприяння у виявленні, закріпленні та вилученні доказів. Процесуальні обов'язки і права спеціаліста точно викладені в законі. В ст. 128[1] КПК сказано, що спеціаліст зобов'язаний за дорученням слідчого брати участь у проведенні слідчої дії, використовуючи свої спеціальні знання і навички для сприяння слідчому у виявленні, закріпленні та вилученні доказів; звертати увагу слідчого на обставини, пов'язані з виявленням та закріпленням доказів; давати пояснення з приводу спеціальних питань, які виникають під час проведення слідчої дії [6, 328]. Підкреслюючи зростаючу роль спеціалістів у розслідуванні, а також у судовому розгляді справ, необхідність розширення сфери застосування їхніх знань і навичок, варто вказати на неприпустимість змішування функцій спеціалістів з функціями експертів, коли перші на підставі огляду слідів та інших об'єктів на місці події роблять висновки, наприклад, про непридатність слідів для ідентифікації, про що робиться відповідний запис в протоколі огляду. Не викликає сумнівів положення, що якщо слідчий може й сам застосувати які-небудь засоби, все ж краще ці операції доручати спеціалісту. Це дозволятиме слідчому ефективніше проводити слідчі дії в тактичному плані. Значне розширення використання знань спеціалістів, безумовно, слід визнати позитивним явищем. В той же час слідчі нерідко передоручають спеціалістам застосування криміналістичної техніки, не контролюючи їх, сподіваючись на їхній досвід і знання, а це іноді призводить до того, що фіксуються такі обставини і предмети, які не мають відношення до справи, а важливі – ігноруються.

Третьою процесуальною формою використання спеціальних знань є проведення судової експертизи, яка призначається у випадках, коли для вирішення питань, що мають значення для справи, під час провадження у справі необхідні спеціальні знання в галузі науки, техніки, мистецтва тощо. Експертиза може бути проведена спеціалістами практично у будь-якій галузі знань, а експертом може призначатись будь-яка особа, яка не зацікавлена у справі та яка формально й фактично є обізнаною у даних питаннях [6, 196, 198].

Експерт бере участь у формуванні доказів, а збиранням їх і оцінкою займаються за визначенням лише слідчий та інші особи, які саме на основі збирання і оцінки доказів можуть відстоювати свою процесуальну позицію (доказування) та вимагати прийняття відповідного юридичного рішення.

Список літератури:

1. ***Бычкова С.Ф.*** Организация назначения и производства судебной экспертизы: Учебное пособие. – Алматы: Жет жаргы, 1999. – 98 с.
2. ***Герасун Л.*** Огляд речових доказів у криміналістичному кабінеті // Радянське право. – 1963. – № 5.
3. ***Гончаренко В.Г.*** Науково-технічні засоби у роботі слідчого. – К.: Вид-во Київ. ун-ту, 1972.
4. ***Гончаренко В.И.*** Использование данных естественных и технических наук в уголовном судопроизводстве (методологические вопросы). – К.: Вища школа, 1980. – 260 с.
5. ***Грамович Г.И.*** Тактика использования специальных знаний в раскрытии и расследовании преступлений: Учебное пособие. – Минск: МВШ МВД СССР. – 1987. – 66 с.
6. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Т. Маляренка та В.Г. Гончаренка. – К.: Юрисконсульт, 2007. – 896 с.
7. ***Линдмяэ Х.*** Понятие специальных знаний, навыков и умений // Использование специальных знаний в советском уголовному процессе: Труды по правоведению. Ученые записи Тартуского университета. – Тарту. – 1984.
8. ***Лисиченко В.К., Циркаль В.В.*** Формы использования специальных познаний и виды участия специалистов на предварительном следствии // Применение специальных познаний в борьбе с преступностью. – Свердловск, 1983.
9. ***Махов В.Н.*** Использование знаний сведущих лиц при расследовании преступлений: Монография. – М.: Изд-во РУДН, 2000. – 296 с.
10. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. № 8 “Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах” зі змінами, внесеними постановою Пленуму Верховного Суду України від 25 травня 1998 р. № 15
11. ***Селіванов А.О.*** Проблема запровадження в судовий процес правової експертизи // Право України. – 2002. – № 8.
12. ***Селиванов Н.А.*** Основания и формы применения научно-технических средств и специальных знаний при расследовании преступлений / Вопросы криминалистики. – М., 1964. – № 12.
13. ***Степанов В.В., Шапиро Л.Г.*** О судебной правовой экспертизе // Вестник криминалистики. Вып. 4(24). – М.: Спарк, 2007.
14. ***Эйсман А.А*** Заключение эксперта. Структура и научные обоснования. – М.: Юрид. лит., 1967. – 152 с.

РЕЗЮМЕ

В статье проводится анализ понятия “специальные юридические знания” исходя из научных трудов специалистов в области уголовного процесса и криминалистики, формам их использования в уголовном судопроизводстве Украины.

SUMMARY

The article analyses the notion of "special legal knowledge" proceeding from research of specialists in the field of criminal procedure and criminalistics as well as forms of its application in criminal proceedings of Ukraine.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Подано 15.10.08

В.В. Курдюков,
аспірант
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник професор В.Г. Гончаренко)

Кримінальний процес як двоєдина форма пізнання і доказування у кримінальних справах

Ключові слова: *пізнання, доказування, кримінальне судочинство, права людини, судова істина, спеціальні знання, судова експертиза.*

Поняття доказування та пізнання є філософськими категоріями, які пізніше були запозичені іншими науками. На відміну від філософських категорій доказування та пізнання, які відображають загальні форми пізнання світу, в юриспруденції ці поняття відображають лише окремі відносини, які належать до певної сфери діяльності.

Співвідношення пізнання та доказування є базисом кримінально-процесуальних правовідносин [1, 10; 8, 161; 20, 156; 26, 9–11; 28, 86–101; 29, 13; 42, 20; 45, 335]. У свою чергу, кримінально-процесуальні правовідносини – це багаторівневе відображення кримінального судочинства взагалі, із визначеними законом учасниками та компетентними органами. Ми розглядаємо кримінально-процесуальні правовідносини як процес, система якого має чітку основу стадійності, де кожна наступна стадія із своїми формами та способами перевіряє рішення, які було прийнято на попередніх стадіях, таким чином унеможливлюючи появу помилок в майбутньому.

У діалектико-матеріалістичній гносеології пізнання розуміється як відображення тих предметів та явищ, які існують зовні та незалежно від свідомості людини, іншими словами, як відображення об'єкта пізнання. *При цьому процес пізнання є активним, творчим, діалектичним відображенням видимого, у якому здійснюється перехід від сенсорних форм відображення видимого, де* розкривається лише зовнішня сторона предмета, до логічних форм відображення, схованої за безпосередньою видимістю внутрішній сутності речей [5, 9; 10, 40; 15, 152–153; 21, 354; 25, 100; 36, 32; 44, 199]. На відміну від пізнання взагалі, пізнання у кримінальній справі не передбачає подальшого пізнання, а "вінчає" пізнавальну діяльність і досудового слідства, і суду [11, 16].

Пізнання у кримінальній справі базується на пізнаних закономірностях у суспільних та природних явищах і спрямоване не на подальше поглиблення у сутність об'єкта, а на встановлення істини конкретного факту. Специфіка такого пізнання обумовлена низкою обмежень та приписів процесуального і етичного характеру, що пояснюється своєрідністю предмета дослідження, яким є суспільно небезпечне діяння [10, 14; 14, 9; 22, 11; 23, 117]. Відрізняючись деякими особливостями, пізнання у кримінальній справі з гносеологічної точки зору являє собою прикладне пізнання емпіричного рівня і йому притаманні всі риси такого пізнання у загальнофілософському сенсі. В той же час, це пізнання може мати юридичнозначущий результат, якщо буде здійснюватись як доказування. Пізнання і доказування – це нерозривно пов'язані процеси.

© В.В. Курдюков, 2008

Досить цікавим, але спірним питанням було з'ясування характеру пізнання – безпосередньо чи опосередковано воно відбувається у кримінальній справі [33, 125]. Вважається, що пізнання – це завжди єдність безпосереднього і опосередкованого. Однак у філософському аспекті ці форми пізнання розрізняються – безпосереднє, сенсорне пізнання як інтуїтивне та пізнання опосередковане – як дискурсивне [18, 47].

Свого часу деякі науковці наполягали, що у кримінальному процесі безпосередньо без доказування можна пізнати збережені наслідки скоєного, залишені продукти протиправної поведінки, виявлені предмети злочинного діяння тощо [2, 6–7; 9, 37–38; 13, 23; 17, 18–19]. У сучасній літературі цю ідею підтримує О.Р. Бєлкін [3, 5].

Дійсно, чуттєве, або сенсорне сприйняття тих чи інших фактів, явищ може мати місце у кримінально-процесуальному пізнанні будь-яких обставин зовнішнього світу, але воно є тільки першим кроком такого пізнання [35, 33]. У кримінальному судочинстві факти та явища повинні бути зафіксовані у процесуальному порядку, перевірені та оцінені поряд з іншими фактами та явищами, щоб зробити висновок про їх існування та значення для справи. Для цього законом передбачені певні процесуальні дії та порядок їх проведення, результати яких можуть слугувати фундаментом судового рішення. Тому відомості, які були пізнанні у результаті безпосереднього сенсорного сприйняття, якщо вони отримані без належних процесуальних дій та без фіксування в порядку, встановленим законом і без дотримання форми конкретних процесуальних документів, юридичної сили позбавлені і виключаються із засобів кримінально-процесуального пізнання обставин, що входять до предмета доказування [22, 8; 43, 30]. Таким чином, обставини, що підлягають встановленню у кримінальній справі, за загальним правилом, не можуть бути безпосередньо сприйняті суб'єктом судового пізнання, і їх виясняють лише за допомогою доказів.

Поняття пізнання і доказування не є різнозначними: предмет пізнання ширший за предмет доказування; пізнання і доказування різні за обсягом роботи, яку виконує уповноважений суб'єкт у пошуках доказів; пізнання іноді обмежується виясненням якоїсь обставини, яка використовується як знання за межами процесу доказування (наприклад, для орієнтування); доказування ж передбачає і з'ясування факту уповноваженим суб'єктом, і перетворення його з факту "для себе" у доказовий факт [19, 19]. Наведена ідея зводиться до того, що доказування має, крім пізнавальної, неодмінно і засвідчувальну сторону, тобто пізнання, яке здійснюється у кримінальному процесі, вимагає процесуального закріплення і офіційного засвідчення інформації про обставини справи [32, 107]. Отже, доказування становить собою специфічну пізнавальну діяльність, що здійснюється лише з використанням передбачених законом джерел і засобів.

Сенс усякого пізнання полягає у досягненні істини [24, 7; 37, 7]. Це положення обумовлює постійне розширення і поглиблення наших уявлень, нашого знання об'єктивної дійсності. Процес практичного, прикладного пізнання також повинен сприяти встановленню істини. Проте у правовій літературі відсутнє достовірне визначення характеру цієї істини, що певною мірою негативно впливає і на результати її досягнення [31, 4; 41, 124].

Істина повинна розглядатись як адекватне відображення об'єктивної дійсності в свідомості людини, у зв'язку з чим вона може бути лише об'єктивною, тобто істинний зміст людського знання не залежить від суб'єкта, не залежить ні від людини, ні від людства [16, 123]. В.Г. Гончаренко, спираючись на ідеї Ф. Енгельса, зазначає, що саме та істина, в якій відображається незалежна від суб'єкта дійсність, і повинна бути встановлена у розслідуванні та у судовому розгляді кримінальних справ [5, 13]. Іншими словами, висновки щодо винуватості конкретної особи у скоєні конкретного злочину і щодо існування у минулому всіх значущих обставин повинні бути адекватними об'єктивній дійсності. Однак істина – це знання і, не дивлячись на об'єктивність

його змісту, є моментом діяльності людини. Це результати пізнання, що характеризуються усвідомленням істини. Отже, істина завжди носить характер, відбиток форми і тенденції живого, конкретного та історично визначеного думаючого суб'єкта, тому від суб'єкта і від його свідомості залежить, як, які сторони і закономірності об'єктивної реальності стали змістом знання, як повно і глибоко вони відображені у ньому [12, 156; 30, 108].

Звідси випливає необхідність встановлення критерію істинності наших знань і у тому числі істинності наших знань у конкретній кримінальній справі. Науковці практично всіх ідеологічних спрямувань визнають єдиним можливим критерієм істини практику, яка дозволяє перевірити об'єктивність пізнання. Проте у юридичній літературі іноді робились спроби, зважаючи на специфічні умови судового пізнання, видати за критерій істини деякі інші категорії, що характеризують окремі моменти правозастосовчої діяльності [27, 23; 34, 23; 38, 27; 40, 31]. Наприклад, М.А. Чельцов стверджував, що критерієм істини у судочинстві є внутрішнє переконання [41, 124]. Я.О. Мотовиловкер критерієм істинності висновків вважає всебічне, повне і об'єктивне дослідження обставин справи [24, 7].

Такі та подібні погляди треба піддати критиці. Внутрішнє переконання позбавлено можливості слугувати критерієм істинності зібраних у справі даних, тому що, по-перше, переконання характеризується інтелектуальним, емоціональним і вольовим моментами, що вже забороняє використовувати його як критерій істинності наших знань, оскільки значна питома вага суб'єктивних елементів, які містяться у ньому, практично зводить нанівець об'єктивну оцінку знання, яке, до речі, також багате на суб'єктивні елементи; по-друге, переконання, як певне ставлення людини до досліджуваної об'єктивної дійсності, формується при пізнанні у кримінальній справі на базі правосвідомості і оцінки одержаних в процесі цього пізнання даних, що є нічим іншим, як співставлення такого роду даних з практикою. Тобто ми спостерігаємо цілком очевидне включення критерію практики в процес пізнання і доказування у кримінальних справах.

Заборонено брати за критерій істини й систему доказів, бо тут розрізняється поняття практики як конкретної діяльності і практики як суспільно-історичної діяльності, в той час, коли вони утворюють нерозривне ціле з пріоритетом суспільно-історичного елементу. Що ж стосується критерію істини у вигляді об'єктивного дослідження обставин конкретної справи, то такий підхід є відвертим "спрощенством", оскільки "об'єктивність" дослідження досягається порівнянням отриманих даних із вже визнаними суспільством істинами, а практика не дає таких правил, які вказували б, який конкретний доказ у даній справі є істинним, а який хибним.

Критерій практики найчастіше застосовується опосередковано до встановлення істинності фрагментів і подій минулого, коли ми, одержуючи нові відомості про них, постійно корегуємо, уточнюємо, робимо більш адекватним наше знання. Суспільна практика піддається зміні і розвитку, що робить її обмеженою у даний історичний період. Проте, оминаючи відносний характер істинності теоретичних ідей і висновків прикладного пізнання, практика разом з тим дає абсолютну перевірку, бо вона у відомих межах підтверджує лише істинні теорії та висновки і відкидає всі хибні уявлення. Положення про практику як критерій істини зовсім не означає, що вже здобуте знання за практичного його застосування кожного разу знову повинно спеціально підтверджуватися практикою. Визнання розуміння критерію істинності наших знань як суспільно-історичної практичної діяльності людства означає, що істинним може бути як те судження, що знаходить негайне і пряме підтвердження дослідом, так і таке, що спирається на інші перевірені дані, на виведене знання, бо правильність самих висновків, їхньої логічної структури, у свою чергу підтверджена всією людською практикою [4, 113]. Більше того, без опори на суспільно-історичну практику було б об-

меженим виявлення помилок та їх джерел у пізнанні, що в умовах прикладного судового пізнання привело б до дуже відчутних і швидких негативних наслідків.

Лише суспільно-історична практика, в яку входять результати наукової і повсякденної, теоретичної і емпіричної, колективної і індивідуальної діяльності людини, може дозволити правоохоронним органам перевірити правильність зроблених висновків, переконатися у їхній істинності та встановити у справі об'єктивну істину.

Оперуючи при визначенні судової істини поняттям об'єктивної істини, багато хто намагається в той же час обґрунтувати її характер, вважаючи її або відносною, або абсолютною, або істиною конкретною [7, 67–69; 39, 60; 40, 32–33]. Вважають, що не говорити про те, якої істини досягають у кримінальному судочинстві, значить взагалі відмовитись від вирішення питання по суті, оскільки, істина, будучи об'єктивною, не може не бути або абсолютною, або відносною.

Сама постановка питання у такій площині є помилковою. Об'єктивна істина має діалектичну природу, будучи процесом і єднанням абсолютного і відносного. Це положення рівною мірою стосується і прикладного, практичного пізнання, яким є, зокрема, пізнання у кримінальних справах. Судова істина, будучи об'єктивною, містить у собі абсолютний зміст, але, будучи обумовленою певним рівнем досягнутих людством знань і певною неповнотою пізнання невичерпного числа властивостей і ознак явищ і речей, вона в той же час є й відносною. У зв'язку з цим істина є завжди конкретною.

Критикуючи спроби оперування різними категоріями істини у відриві одна від одної, видатний український філософ П.В. Копнін зазначав, що гносеологія встановлює кілька істин: об'єктивну, абсолютну, відносну, конкретну. В дійсності ж істина одна – об'єктивна. Оскільки істина існує тільки як процес, автор робить висновок: "… Немає окремо абсолютної істини і відносної, а існує одна об'єктивна, яка одночасно є абсолютно-відносною" [12, 148].

Оскільки встановлення істини у прикладному (а не у науковому) пізнанні, яким є пізнання у кримінальній справі, носить чітко виражений практичний характер і слугує цілям вирішення якогось, як правило, одиничного питання, то оперування поняттями абсолютної і відносної істини, якими користуються філософи для розкриття сутності процесу пізнання людиною (людством) реального світу, є схоластичним. Мета кримінального процесу – встановлення об'єктивної істини у конкретній справі, тобто встановлення відповідності уявлень учасників судового пізнання про всі фактичні обставини справи, що є необхідними для її вирішення по суті, обставинам, що є в дійсності.

Аналіз процесу доказування в судочинстві, як окремого випадку пізнання, показує, що вирішення переважної більшості ситуацій, які виникають у процесі правового регулювання, вимагає опори на ґрунтовні, досконалі знання, здобуті людством протягом всього його існування [6, 23]. Очевидно, що для вирішення багатьох правових питань юристами дуже часто не вистачає лише юридичних знань, і тоді в пізнавальний процес і особливо в процес доказування закономірно вплітаються використання знань, які виходять за межі юридичних і побутових знань, – знань спеціальних, що дає можливість, за всіх інших умов, здійснювати грамотне і справедливе правосуддя.

Збирання доказових фактів у ході судового пізнання за допомогою спеціальних знань набуває великої авторитетності й надійності, коли ці знання використовуються у формі експертизи. Більше того, законодавець цілком обґрунтовано ввів категорію обов'язкових експертиз, без одержання результатів яких у певних випадках ніякий пізнавально-доказовий процес не може вважатись завершеним, що виключає можливість прийняття підсумкового юридичного рішення.

Список літератури:

1. ***Арсеньев В.Д.*** Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе. – М., 1964. – 180 с.

2. ***Белкин Р.С., Винберг А.И.*** Криминалистика и доказывание: методологические проблемы. – М., 1969. – 216 с.

3. ***Белкин А.Р.*** Теория доказывания. – М.: Норма, 1999. – 429 с.

4. ***Винберг А.И., Эйсман А.А.*** Криминалистическая идентификация в теории судебных доказательств // Сов. государство и право. – М., 1966 – № 2.

5. ***Гончаренко В.И.*** Использование данных естественных и технических наук в уголовном судопроизводстве (Методологические вопросы) – К.: Вища школа, 1980. – 160 с.

6. ***Гончаренко В.Г., Курдюков В.В., Легких К.В.*** Спеціальні знання: генезис, предмет, рівні, форми використання в доказуванні // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – Вип. № 2(9).

7. ***Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Элькинд П.С.*** Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. – Воронеж, 1978. – 303 с.

8. ***Домбровский Р.Г.*** Познание и доказывание в расследовании преступлений: Дисс. ... д-ра юрид. наук. – Рига, 1990. – 324 с.

9. ***Дорохов В.Я., Николаев В.С.*** Обоснованность приговора в советском уголовном процессе. – М., 1959. – 236 с.

10. ***Ильин В.В.*** Теория познания. Введение. Общие проблемы. – М., 1993. – 165 с.

11. ***Коновалова В.Е.*** Проблемы логики и психологии в следственной тактике. 2-е изд. – Киев, 1970. – 164 с.

12. ***Копнин П.В.*** Гносеологические и логические основы науки. – М., 1974. – 568 с.

13. ***Курылев С.В.*** Основы теории доказывания в советском правосудии. – Минск, 1969. – 203 с.

14. ***Ларин А. М.*** Доказывание на предварительном расследовании в советском уголовном процессе: Дисс. … канд. юрид. наук. – М., 1961. – 217 с.

15. ***Ленин В.И.*** Конспект книги Гегеля “Наука логики” // Полное собрание сочинений: [В 55-ти томах]. – М., 1963. – Т. 25: Философские тетради. – 672 с.

16. ***Ленин В.И.*** Теория познания эмпириокритицизма и диалектического материализма // Полное собрание сочинений – М.: Политиздат, 1979. – Т. 18. – 548 с.

17. ***Лившиц В.Я.*** Принцип непосредственности в советском уголовном процессе. – М.-Л., 1949. – 208 с.

18. ***Липский Б.И.*** Основы теории познания. – СПб, 2000. – 336 с.

19. ***Лузгин И.М.*** Методологические проблемы расследования. – М., 1973. – 215 с.

20. ***Лупинская П.А.*** Решения в уголовном судопроизводстве: их виды, содержание и формы. – М., 1976. – 168 с.

21. ***Маркс К., Энгельс Ф.*** Сочинения: [В 48-ми томах]. – М., 1961. – Т. 20: Диалектика природы. – 827 с.

22. ***Михеенко М.М.*** Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. – К., 1984. – 134 с.

23. ***Михеєнко М.М., Нор В.Т, Шибіко В.П.*** Кримінальний процес України: Підручник. – Друге вид., перероб. і доп. – К.: Либідь, 1999. – 431 с.

24. ***Мотовиловкер Я О.*** Установление истины в советском уголовном процессе. – Ярославль, 1974. – 70 с.

25. ***Никитин Е.М.*** Объяснение – функция науки. – М., 1970. – 234 с.

26. ***Нокербеков М.*** Предмет доказывания в советском уголовном процессе: Автореф. дисс. … канд. юрид. наук. – Алма-Ата, 1964. – 20 с.

27. ***Нор В.Т.*** Проблеми теорії і практики судових доказів. – Львів, 1978. – 112 с.

28. ***Орлов Ю.К.*** Структура судебного доказывания и понятие судебного доказательства // Вопросы борьбы с преступностью. – М., 1977. – Вып. 28.

29. ***Орлов Ю.К.*** Основы теории доказательств в уголовном процессе: – М., 2000. – 144 с.
30. ***Павлов Тодор.*** Теория отражения. Основные вопросы познания диалектического материализма. — М., 1949. – 521 с.
31. ***Павлухин Л.В.*** Дознание в советском уголовном процессе: Автореф. дисс. … канд. юрид. наук. – Саратов, 1966. – 21 с.
32. ***Ратинов А.Р.*** Вопросы познания в судебном доказывании // Сов. государство и право – 1964. – № 8.
33. ***Руткевич М.Н.*** Практика – основа познания и критерий истины. – М., 1952. – 234 с.
34. ***Соловьев А.Д.*** Процессуальные вопросы установления истины на предварительном следствии: Автореф. … дисс. д-ра юрид. наук. – К., 1969. – 34 с.
35. ***Старченко А.А.*** Логика в судебном исследовании. – М., 1958. – 235 с.
36. ***Столяров В.И.*** Диалектика как логика и методология науки. – М., 1975. – 337 с.
37. ***Тирічев І.В.*** Зміст об'єктивної істини в радянському кримінальному процесі. – Львів, 1960. – 165с.
38. ***Трусов А.И.*** Основы теории судебных доказательств. – М., 1960. – 176 с.
39. ***Ульянова Л.Т.*** Оценка доказательств судом первой инстанции. – М.: Госюриздат, 1959. – 167 с.
40. ***Фаткуллин Ф.Н.*** Общие проблемы процессуального доказывания. – 2-е изд., доп. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1976. – 207 с.
41. ***Чельцов М.А.*** Советский уголовный процесс. — М., 1962. – 503 с.
42. ***Шейфер С.А.*** Собирание доказательств в советском уголовном процессе: Методологические и правовые проблемы. – Саратов, 1986. – 169 с.
43. ***Шейфер С.А.*** Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. – Тольятти, 1997. – 92 с.
44. ***Щербаковский М.Г., Кравченко А.А.*** *Применение специальных знаний при раскрытии и расследовании преступлений. — Харьков, 1999.* – 73 с.
45. Юридичний словник / За редакцією В. Г. Гончаренка. – К.: Форум, 2006. – 437 с.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматривается соотношение понятий познания и доказывания в контексте уголовного судопроизводства. Указывается на необходимость определения единственного критерия истинности знаний, которым является практика. Обращается внимание на свойства судебной истины. Приводятся доводы, позволяющие считать характер судебной истины лишь объективным.

SUMMARY

The article examines correlation of the notions of cognition and proving in the context of criminal proceedings. Necessity of establishment of a single knowledge truth criterion is considered by the author as practice. Special attention is paid to the features of judicial truth. Arguments allowing to consider nature of judicial truth only objective are produced.

Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики

Подано 24.09.08

О.П. Куліков,
старший викладач
(Академія адвокатури України)

Кримінально-процесуальні заходи забезпечення активної позиції учасників процесу

Ключові слова: учасник процесу, правова позиція, активна участь.

Нормативне забезпечення реалізації правової активності процесуальних фігур у кримінальному судочинстві повинно розвиватись відповідно до тих напрямів, які характерні для динаміки українського кримінального судочинства в цілому. Ця динаміка багато в чому орієнтована на імплементацію комплексу положень, які містяться в найважливіших міжнародно-правових документах, що встановлюють стандарти в сфері забезпечення й захисту прав особи. Загальна декларація прав людини (1948 р.), Європейська конвенція про захист прав людини й основних свобод (1950 р.), Міжнародний пакт про цивільні й політичні права (1966 р.), Європейська конвенція про взаємну правову допомогу у кримінальних справах (1959 р.) і низка інших міжнародно-правових документів містять у собі в концентрованому вигляді основні загальноприйняті положення, що стосуються забезпечення й подальшого здійснення прав і основних свобод людини та громадянина.

Положення, включені в перераховані й інші документи, містять у собі такі права, як право на життя; право на волю й особисту недоторканність; право на справедливий і відкритий (гласний) розгляд справи протягом розумного строку незалежним і неупередженим судом; право на повагу особистого й сімейного життя, житла й таємниці кореспонденції; право на ефективний спосіб правового захисту; презумпція невинуватості; право на апеляцію й ін. Це – той кістяк, що становить структуру правового феномена, названого в теорії и практиці юриспруденції європейськими стандартами прав людини, або просто європейськими стандартами.

Неважко помітити, що переважна більшість перерахованих стандартів найбільш потрібні та повинні бути активовані саме в тій сфері діяльності публічних органів влади, держави, що пов'язана з легітимізованою можливістю вторгнення в межі приватного життя громадянина. Зрозуміло, мова тут іде, насамперед, про таку сферу правозастосовчого процесу, як кримінальне судочинство, що у своїй сутності, принаймні на сьогоднішній момент в Україні, побудовано на засадах примусовості, що особливо виявлено в елементах інквізиційності досудових стадій.

Саме тому процес дотримання даних стандартів у конкретному соціумі, рівень нормативної забезпеченості цих положень відповідними нормами національного галузевого законодавства є запорукою демократичності конкретної держави. Процес дотримання європейських стандартів у сфері прав людини тісно переплітається з кримінальним судочинством у тому просторі, що називають принципами кримінального процесу. Власне принципи кримінально-процесуальної діяльності, які складають й

© О.П. Куліков, 2008

саме судочинство і надають концептуальні риси процесуальної форми кримінального судочинства в державі, становлять найважливішу проблематику науки кримінально-процесуального права. Саме проблема еволюції принципів кримінального судочинства виступає однією з центральних на сьогоднішній день у національній теорії кримінально-процесуального права. І вирішальним фактором у динаміці системи принципів у сучасній Україні виступає, на наш погляд, необхідність подолання радянської концептуальної спадщини в розумінні системи й структури цих принципів.

За нашим переконанням, стратегічним напрямом у розвитку принципів кримінального процесу, є орієнтир на подолання інквізиційно-розшукового начала судочинства, посилення елементу диспозитивності й, звичайно ж, усіляка нормативна підтримка розвитку основ принципу змагальності. Поширення дії принципу змагальності не тільки на судові стадії, але й на більш ранні етапи судочинства, тим самим підвищення рівня правової активності основних гравців у кримінальному процесі приведуть до того, що сторони в кримінально-процесуальній діяльності будуть активовані не тільки на судових стадіях.

Таким чином, вочевидь, що розвиток принципів кримінального процесу в сучасній Україні повинен здійснюватись законодавцем і науковою громадськістю на основі системного уявлення про весь загальний кримінально-процесуальний інструментарій, тобто повинні враховуватись також перспективи динаміки кримінально-процесуальних феноменів статусу, процесуальних засобів та ін.

Прогнозуючий елемент динаміки кримінально-процесуальних засобів забезпечення прав особи, формування й реалізації її активної правової позиції при провадженні у кримінальній справі проявляється в поняттях, які відбивають процеси, викликані стратегією інтеграції України в Європейський Союз. Цей рух, як складова національної зовнішньої політики української держави й ключовий елемент внутрішньої правової політики, сформулював запит на відповідні наукові розробки, які б забезпечували формування законотворчої, пояснювальної, правозастосовчої (судової) практики.

Зазначене завдання обумовлене гармонізацією законодавства України відповідно до міжнародних стандартів у сфері захисту прав людини, адаптацією його до законодавства міждержавних регіональних співтовариств. Закономірно виникає питання про перспективи розвитку самого кримінально-процесуального законодавства регіональних співтовариств. Мова, головним чином, тут йде про Європейське співтовариство. Зближення англосаксонської (змагальної) і континентальної (інквізиційної) систем кримінального судочинства обумовлено специфікою системи загального права й системи романо-германського права. "Водорозподіл" тут – у ступені пріоритетності судового прецеденту серед джерел об'єктивного права. Процес конвергенції, який спостерігається у кримінально-процесуальних системах країн Євросоюзу, супроводжується послабленням позицій джерел права, що вважаються традиційними для правових систем цих країн.

Прийнятий 18 березня 2004 р. Закон України "Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу" – формулює поняття адаптації законодавства як процесу приведення законів України й інших нормативно-правових актів у відповідність із acquis communautaire. Європейська модель, на яку повинен орієнтуватися національний законодавець, – це і є acquis communautaire (acquis), зазначена у названому законі як "правова система Європейського Союзу, що включає акти законодавства Європейського Союзу (але не обмежується ними), прийняті в рамках Європейського співтовариства, Спільної зовнішньої політики й політики Безпеки й співробітництва в сфері юстиції й внутрішніх справ".

Таким чином, з одного боку, мова тут йде про значення інтерпретаційно-правових актів як результату роз'яснювальної діяльності Європейського суду з прав людини й одного з елементів механізму правового

регулювання відповідних відносин для формування національної судової практики, що опирається на міжнародні стандарти в сфері захисту прав людини. З іншого боку, варто говорити про специфіку і тенденції впливу основних принципів інтерпретаційної практики, засоби її здійснення, розроблені й розвинуті у рішеннях Європейського суду, діяльність національних судових органів щодо тлумачення правових норм, що стосуються прав людини.

На даний час правовий режим рішень Європейського суду в ієрархії норм національної правової системи визначений цілком конкретно. Юридичне обґрунтування імплементації судових рішень у національну юрисдикційну практику будується на комплексі відповідних норм Конституції України (ст. 8, 9), Закону "Про міжнародні договори України" від 29 червня 2004 р., Закону "Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини й основних свобод 1950 р., Першого протоколу й протоколів № 2, 4, 7 і 11 до Конвенції" від 17 липня 1997 р. Нарешті, дане питання врегульовано Законом "Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини" від 23 лютого 2006 р. Однак чітка позиція законодавця в цьому питанні не усунула, а навпаки, загострила проблемні питання теоретично-практичного характеру. їх суть полягає в доктринальному баченні режиму судового прецеденту міжнародного юрисдикційного органу у вітчизняному законодавстві і судовій практиці. Також сюди включені питання, пов'язані з юридичною технікою безпосереднього використання прецедентів Європейського суду. Цьому багато у чому посприяла стисліть законодавця в питанні про специфіку режиму застосування різних за своїм характером рішень Суду (ст. 17, 19 Закону "Про виконання рішень і застосуванні практики Європейського суду з прав людини").

Однак при застосуванні прецеденту та подальшому втіленню доктрини судового прецеденту в українську правову систему необхідно приділити увагу на притаманність Європейського Суду політизації прийнятих рішень; невизначену оцінку практики цього органу західною юридичною та соціально-політичною літературою; наявність обставин, які свідчать про "уважне відношення" Європейського суду з прав людини до політико-ідеологічних цілей загальноєвропейських інститутів (ОБСЄ, Ради Європи).

У вітчизняній теорії кримінально-процесуального права виділяються наступні напрямки розвитку системи кримінально-процесуальних гарантій забезпечення прав і законних інтересів особи у кримінальному судочинстві: 1) виконання конституційного положення про неприпустимість звуження існуючих прав і свобод, а також їх гарантій; 2) збільшення обсягу й розширення змісту існуючих прав і свобод; 3) ретельне нормативно-правове формулювання підстав, вимог і процедури застосування примуса в кримінальному судочинстві; 4) розробка моделі процесуальної форми, що реально забезпечувала б виняткову необхідність у застосуванні примусових заходів, а також в обмеженні прав і законних інтересів громадян; 5) розробка чіткого й прозорого механізму застосування примусових заходів і виникаючих кримінально-процесуальних правовідносин; 6) обґрунтованість всіх рішень, що обмежують права, свободи і законні інтереси громадян; 7) ефективність процесуального контролю, судового і прокурорського нагляду за здійсненням кримінально-процесуальної діяльності; 8) встановлення процесуально-правового режиму відповідальності за всі вияви необґрунтованого втручання в гарантовані законом права, свободи й інтереси особи; 9) формування доступного й ефективного процесуально-правового механізму захисту й відновлення прав і законних інтересів, правової реабілітації і відшкодування шкоди, заподіяної незаконними діями.

Таким чином, перелічені вище напрями розвитку галузевого кримінально-процесуального правозахисного інструментарію становлять стратегію динаміки українського кримінального судочинства, що на основі політико-правового та соціального замовлення повинно придбати вигляд гуманного, ефективного, оператив-

ного, легітимізованого засобу розв'язання кримінально-правових конфліктів у суспільстві, яке формує початок правової державності. Саме такий погляд на перспективи розвитку національного кримінального судочинства забезпечить повноцінну реалізацію громадської особистості, реалізованій в активній правовій позиції у кримінальній справі.

Вивчення комплексу питань, пов'язаних з кримінально-процесуальними засобами забезпечення активної правової позиції особи у сучасному кримінальному судочинстві України, перспективами розвитку галузевих засобів дозволило сформулювати наступні положення:

1. Правовий статус суб'єкта кримінального судочинства виступає процесуальним каналом, у межах якого реалізується активна правова позиція особи у кримінально-процесуальній діяльності. Правовий суб'єкт реалізує статусні права й обов'язки самостійно, оскільки наділений кримінально-процесуальною дієздатністю та іншими характеристиками, які дозволяють брати активну участь у провадженні по кримінальній справі. В інших випадках повноцінність участі суб'єкта передбачає процесуальну допомогу, а також представництво інтересів, пов'язане з інститутами процесуального представництва суб'єкта й з інститутом законного представництва.

2. Активна правова позиція в справі конкретного процесуального суб'єкта –учасника процесу припускає розгалужену систему юридичного інструментарію, яким повинен володіти не тільки безпосередній носій процесуального статусу учасника процесу, але і його представник. Відзначається відсутність у національному кримінально-процесуальному законодавстві паритету в процесуальних можливостях сторони захисту і сторони обвинувачення. Ряд рекомендацій у цьому напрямі дозволить вирівняти ситуацію, що складається у сфері забезпечення рівноправності сторін, дозволить стати потерпілому рівноправним учасником процесу незалежно від ступеня його процесуальних і матеріальних інтересів у систему інтересів, які відстоюються представником держави в особі прокурора.

3. До таких рекомендацій відноситься наступне: по-перше, необхідний комплекс прав представника потерпілого, тотожній правам захисника обвинувачуваного, з відповідним коректуванням термінології й окремих процесуальних дій; по-друге, потрібен доступний механізм придбання відповідної допомоги представника (мається на увазі процедурна і фінансова сторона проблеми); по-третє, варто передбачити випадки обов'язкової участі як представника адвоката. Це можуть бути випадки, коли потерпілим є недієздатна особа, обмежено дієздатна, що не володіє мовою судочинства, яка має фізичними недоліки або страждає розладами емоційно-вольової сфери, що перешкоджає реалізації її процесуального статусу в повному обсязі, неосвічена або малозабезпечена особа; в-четвертих, необхідно передбачити можливість і умови безоплатної допомоги представника, у тому числі представника-адвоката.

4. Реалізація активної правової позиції в справі з використанням інституту процесуального представництва забезпечить прагнення законодавця перебороти на концептуальному рівні спадщину інквізиційності пострадянського кримінального судочинства і вивести розуміння кримінально-процесуальної діяльності на рівень мети вирішення кримінально-правового конфлікту, де визначальним є процесуальна комунікація, діалог рівноправних процесуальних фігур, своєрідних партнерів у досягненні загальних цілей.

5. Необхідною умовою ефективної участі особи у кримінально-процесуальних правовідносинах виступає правоздатність. Разом з тим людина не у всіх випадках може виступати дієздатним суб'єктом, оскільки правова якість дієздатності залежить від віку й психічного стану суб'єкта. Можливі також ситуації, коли дієздатний суб'єкт, опинившись у складній життєвій ситуації, пов'язаної зі станом здоров'я, фізичною неміччю, не здатністю самостійно реалізувати статусні права й обов'язки. Інститут представництва – це єдиний нормативний засіб,

що забезпечує повноцінність юридично значимої діяльності дієздатного суб'єкта.

6. Реалізація активної правової позиції особи при провадженні у кримінальній справі забезпечується інституцією захисту прав і законних інтересів особи. Це дозволяє, по-перше, заповнювати розповсюджені в українському суспільстві прогалини в правовій культурі й правовій обізнаності населення й доповнювати коло суб'єктів кримінально-процесуальних правовідносин ефективним учасником, що користується юридичною допомогою, що грамотно ініціює процесуально значиму діяльність. По-друге, інституція захисту в кримінальному процесі забезпечує реалізацію конституційного права на правову допомогу, що дозволяє сучасній Україні позиціонувати себе як державу, що прагне до впровадження в сферу кримінального судочинства високих міжнародно-правових стандартів по забезпеченню і захисту прав, свобод та інтересів особи.

7. Основними принципами діяльності адвокатури, що виконує функцію захисту в кримінальному процесі, є: по-перше, незалежність захисників у процесі виконання цими суб'єктами кримінально-процесуальної діяльності своїх професійних функцій; по-друге, законність адвокатської діяльності, як самостійного виду юридичної практики; по-третє, дисциплінарне провадження в адвокатурах; в-четвертих, відповідна оплата праці адвоката за проороблену роботу по захисту та відстоювання прав і законних інтересів особи, яку представляє.

8. Базові початки діяльності захисників у кримінальних справах зводяться до наступних положень: перше, – це принцип верховенства закону. Виведення розуміння цього принципу на більше високий філолофсько-теоретичний рівень передбачає облік прийнятого у філософії права поділу закону на правовий і не правовий, що повинно впливати на визначення стратегії розвитку законодавства, що регулює діяльність захисника в кримінальному судочинстві. Друге, – це незалежність захисників у процесі виконання процесуальних функцій. Особливу роль тут грає проблематика зв'язаності позиції захисника з позицією особи, яку він представляє. Третє, – це гуманізм, який передбачає, що захисник навіть у ситуації очевидності винуватості особи, яку представляє, у вчинені інкримінованого йому діяння продовжує виконувати свою процесуальну функцію захисту, що в даній ситуації буде зводитися до пошуку й акцентуванню обставин, які пом'якшують покарання винної особи, обставин, що позитивно характеризують особистість особи, яку представляє. Четверте, – це дотримання адвокатами норм професійної етики.

9. Передбачається комплекс заходів, які забезпечують належний рівень процесуальної самостійності і незалежності адвоката при його участі у провадженні по кримінальній справі. По-перше, адвокату повинний бути гарантований процесуальний "баланс", що дозволяє виступати йому рівноважною процесуальною силою в кримінально-правовому конфлікті громадянина й держави в особі публічного обвинувача. Розширення повноважень у сфері процесу доказування по кримінальній справі – один з найважливіших напрямів у цій стратегії. Мова йде про необхідність законодавчого вироблення концепції адвокатського розслідування. По-друге, потрібні законодавчі новації, що забезпечують: охорону професійних прав, честі і гідність адвоката; заборону втручання в адвокатську діяльність; заборона вимоги від адвоката відомостей, що становлять адвокатську таємницю; заборона допиту на предмет адвокатської таємниці. Виключення тут можуть становити випадки здійснення адвокатами протиправних дій у зв'язку з виконанням ними своїх професійних функцій. По-третє, потрібна система юридичних заходів, що захищають предмет адвокатської таємниці. Зокрема , необхідна заборона на розголошення або використання в службовій діяльності або в особистих інтересах відомостей, що становлять адвокатську таємницю, які стали відомі правозастосовцю у зв'язку з провадженням по кримінальній справі. В-четвертих, особливим напрямом у розробці нормативного забезпечення не-

залежності адвоката є захист матеріалів, пов'язаних із професійною діяльністю адвоката шляхом їх огородження від можливості огляду, розголошення або вилучення без згоди адвоката.

10. Адвокат, виступаючи автономною процесуальною фігурою в кримінально-процесуальній діяльності, повинен бути незалежним від державних органів й суспільно-політичних організацій. Концептуальна єдність переслідуваних адвокатурою і державою цілей – захист прав, свобод і законних інтересів громадян – припускає сприяння з боку держави адвокатурі у реалізації нею своєї діяльності. Таке розуміння співробітництва забезпечить реальність кроків, які вчиняються українським законодавцем у напрямі формування правової державності.

11. Стратегічні напрями в розвитку принципів кримінального є посилення елемента диспозитивності; усіляка нормативна підтримка розвитку принципу змагальності. Поширення дії принципу змагальності не тільки на судові стадії, але і на більш ранні етапи судочинства підвищать рівень правової активності ключових гравців у кримінальному процесі, названих сторонами, а сам феномен сторони в кримінально-процесуальній діяльності буде активований не тільки на судових стадіях, але і раніше.

12. Розвиток кримінально-процесуальних засобів забезпечення прав особи, формування й реалізації її активної позиції у кримінальній справі припускає облік наступних напрямків в еволюції нормативного забезпечення юридичного процесу: по-перше, зміни, обумовлені процесами глобалізації; по-друге, гармонізація процесуального регулювання; по-третє, демократизація й гуманізація процесу; вчетверте, зміна сфери процесуального регулювання; в-п'ятих, диференціація й спеціалізація процесуального регулювання; в-шостих уніфікація процесуального регулювання.

13. Інтеграційні процеси як прояв глобалізації викликають характерні зміни в національних системах законодавства, включаючи: по-перше, зростаючу роль міжнародних джерел права; по-друге, зміцнення тенденції поширення прямої юрисдикції цих документів і відповідних судових органів; по-третє, допущення прямих посилань у національних судових актах на юрисдикційну практику Європейського Суду; в-четвертих, адаптацію національної системи законодавства до законодавства регіональної міжнародної структури, а також приведення вітчизняного нормативно-правового матеріалу у відповідність з міжнародними стандартами у сфері прав людини.

РЕЗЮМЕ

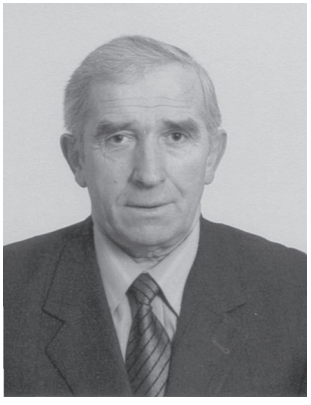
В статье автор рассматривает вопросы обеспечения нормативной поддержки принципа состязательности в уголовном процессе.

SUMMARY

The author of the article deals with the questions of ensuring normative support to principle of competition in Criminal Process.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Подано20.10.08



М.І. Копетюк,
кандидат юридичних наук, доцент
(Волинський національний університет
імені Лесі Українки)

Деякі особливості і правові наслідки відмови прокурора від державного обвинувачення

Ключові слова*: суд, прокурор, державне обвинувачення, відмова від обвинувачення, законодавче удосконалення.*

Згідно з п. 1 ст. 121 Конституції України та п. 1 ч. 1 ст. 5 Закону України "Про прокуратуру" однією з найголовніших конституційних функцій прокуратури є підтримання державного обвинувачення в суді [1, 101; 3, 57]. Ця функція поставлена законодавцем першою серед інших конституційних функцій прокуратури, що відповідає її ролі та значенню.

Участь прокурора у судовому процесі повинна максимально сприяти суду у виконані вимог кримінально-процесуального закону про всебічний, повний і об'єктивний розгляд кримінальних справ та постановлення обґрунтованих законних судових рішень. А тому підтримання державного обвинувачення на належному рівні, особливо в сучасних умовах судово-правової реформи, підвищення ролі та престижу суду вимагає від прокурора удосконалення професійної майстерності, фаховості, сумлінного ставлення до обвинувальної діяльності в суді.

На державного обвинувача покладається вся відповідальність за доведення обвинувачення, його обґрунтованості, подання та оцінку доказів і доведення їх переконливості. Прокурор не просто демонструє всім учасникам процесу докази, які привели його раніше до цього переконання, а й використовує додаткові факти, що не були йому відомі в період затвердження обвинувального висновку та стали доповненням для судового розгляду.

Згідно з ч. 2 ст. 264 КПК України прокурор, керуючись вимогами закону і своїм внутрішнім переконанням, підтримує перед судом державне обвинувачення, подає докази, бере участь у дослідженні доказів, заявляє клопотання і висловлює свою думку щодо клопотання інших учасників судового розгляду, викладає свої міркування з приводу застосування кримінального закону і міри покарання. Однак закон зобов'язує прокурора, що коли в результаті судового розгляду він прийде до переконання, що дані судового слідства не підтверджують пред'явленого підсудному обвинувачення, він повинен відмовитися від обвинувачення і в своїй постанові викласти мотиви такої відмови (ч. 3 ст. 264 КПК) [5, 523]. Таке положення досить чітко визначає позицію суду в правових ситуаціях, коли один із учасників процесу (прокурор) за передбачених законом підстав самоусувається від участі в ньому, що робить судовий розгляд кримінальної справи безпредметним.

Закон не встановлює, з якого моменту прокурор може відмовитись від підтримання державного обвинувачення в суді, а лише констатує, що при такій відмові суд своєю ухвалою (постановою) закриває справу.

© М.І. Копетюк, 2008

Таке рішення суду можливе лише у тому разі, коли потерпілий не бажає підтримувати обвинувачення [5, 550]. Вбачається, що така відмова можлива лише після закінчення судового слідства, коли розглянуті усі наявні докази та вичерпані їх можливості для доведення пред'явленого обвинувачення. Така позиція має відображення і в наказі Генерального прокурора України № 5 гн від 19 вересня 2005 р. "Про організацію участі прокурора у судовому розгляді кримінальних справ та підтримання державного обвинувачення", що державний обвинувач має право змінити в суді пред'явлене обвинувачення чи відмовитись від нього лише за наявності підстав, установлених за результатами судового слідства [8].

Відмова прокурора від державного обвинувачення відбиває одну із сторін самостійності прокурора, реалізацією положень про неприпустимість нав'язування прокурору – учаснику судового розгляду позиції, з якою він не згоден, свідчить про автономність його позиції щодо такого обвинувачення, яке він порушив проти особи, притягнутої до кримінальної відповідальності [2, 10–11].

Така відмова повинна бути мотивована (наявні докази не дозволяють постановити обвинувальний вирок) не менш ретельно, ніж висновки прокурора про винуватість підсудної особи. Зміст і структура промови прокурора при відмові від державного обвинувачення (і проголошенні постанови про відмову) залежить від підстав такої відмови. Прокурор повинен критично оцінити докази, що представлені досудовим слідством у підтвердження обвинувачення , і ті, що встановлені в ході судового розгляду і свідчать про його необґрунтованість. Вбачається, що державному обвинувачеві у своєму виступі потрібно розкрити перед учасниками судового процесу значення норм кримінально-процесуального закону (ст. 264 КПК) та Закону України "Про прокуратуру" (ст. 36), котрі зобов'язують його відмовитись від обвинувачення, що не знайшло свого підтвердження в суді, роз'яснити сутність і зміст принципу презумпції невинуватості та його ролі в оцінці доказів.

Так, при виявленні в судовому розгляді кримінальної справи відсутності події злочину, прокуророві у побудові відмови від державного обвинувачення слід виходити з того, що підставою для відмови є відсутність хоча б одного з елементів, який визначає поняття злочину (суспільна небезпека, протиправність, вина, карність). Підставою для відмови є також відсутність у діянні підсудного елементів складу злочину (об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона). А при відмові прокурора від державного обвинувачення у зв'язку недоведеністю участі підсудного у вчиненні злочину, прокурор має звернути увагу на те, що подія злочину мала місце, в його вчиненні обвинувачувалася конкретна особа, однак доказів винуватості не здобуто або наявні у справі докази є сумнівними, неконкретними, тому не дають підстав для висновку про винуватість цієї конкретної особи.

Як слушно відзначають В.Т. Маляренко і І.В. Вернидубов, в структуру мотивувальної частини постанови повинні включатися: викладення фактичних обставин справи так, як вони були встановлені досудовим слідством; висновок про непідтвердження обвинувачення в суді – про відмову від підтримання державного обвинувачення; причини та умови необґрунтованого притягнення особи як обвинуваченого, пропозиції про подальшу долю справи [7, 31].

Однак прогалиною в законодавстві є невизначеність у тому, яку позицію повинен зайняти суд, якщо державний обвинувач не у повному обсязі, а частково відмовиться від обвинувачення, пред'явленого підсудному на досудовому слідстві, чи запропонує м'якшу, ніж вказано в обвинувальному висновку, кваліфікацію діянь підсудного, проти чого потерпілий буде заперечувати? Яку суд має зайняти позицію, якщо на його думку повна або часткова відмова державного обвинувача від підтримання державного обвинувачення є помилковою і не відповідає встановленим в суді у справі обставинам? Саме ж прокурор, як представник держави обстоює позицію держави стосовно обвинувачення, котра відповідає

фактичним обставинам справи. При відмові прокурора від державного обвинувачення його функції не можуть перекладатися на суд, діяльність якого не направлена на обґрунтування чи формулювання обвинувачення. Тому відмова прокурора від обвинувачення має бути перешкодою для подальшого розгляду справи, адже припинення функціонування такого елемента кримінально-процесуальної системи, як державний обвинувач має бути підставою (за умови дотримання спеціальних кримінально-процесуальних процедур) і до припинення функціонування системи, тобто перервання розвитку судового розгляду кримінальної справи.

Однією з суттєвих проблем є відсутність дефініції процесуального статусу прокурора після відмови від державного обвинувачення, питання зводиться до того, чи залишається прокурор державним обвинувачем у даному випадку при подальшому розгляді кримінальної справи та чи потрібна його участь у судовому розгляді після повної відмови від державного обвинувачення? Слід погодитись з позицією окремих авторів, що "проголосивши постанову про повну відмову від державного обвинувачення, він (прокурор) перестав бути державним обвинувачем, оскільки вже немає державного обвинувачення" [7, 37]. М.Й. Курочка та П.М. Каркач, також підтримуючи таку пропозицію, зазначають, що "коли прокурор проголосив постанову про відмову від підтримання державного обвинувачення і передав її до суду, він уже не є державним обвинуваченим і має право залишити судове засідання й не виголошувати ніяких промов" [6, 223].

Вважаємо, що процесуальний статус прокурора після його відмови від державного обвинувачення в суді потребує чіткого законодавчого визначення.

Стосовно правових наслідків відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді – логічним є закриття кримінальної справи. Однак наступною прогалиною чинного національного кримінально-процесуального закону є невизначеність позиції, чи є відмова прокурора від обвинувачення підставою для реабілітації підсудного? Деякою мірою це питання вирішено в кримінально-процесуальному законодавстві наших сусідніх держав, хоча і не однаково. Так, наприклад, згідно з ч. 4 ст. 246 КПК Російської Федерації (далі – РФ), якщо державний обвинувач в ході судового розгляду дійде переконання, що наявні в кримінальній справі докази не підтверджують пред'явлене підсудному обвинувачення, він має відмовитись від обвинувачення і викласти суду мотиви відмови. І повна чи часткова відмова від обвинувачення в ході судового розгляду тягне за собою закриття кримінальної справи чи кримінального переслідування (в чинному кримінально-процесуальному законодавстві України поняття "кримінальне переслідування" взагалі не закріплене) повністю чи у відповідній його частині (п. 1 і 2 ч. 1 ст. 24 і п. 1 і 2 ч. 1 ст. 27 КПК РФ) [4, 48, 108, 109]. – у зв'язку з непричетністю підозрюваного чи обвинуваченого у вчиненні злочину чи у зв'язку із закриттям кримінальної справи (ст. 6 КПК України) [5, 21–23]. Тобто від рішення прокурора про відмову від обвинувачення залежить закриття кримінальної справи як з реабілітуючих, так і з нереабілітуючих підстав.

У ч. 8 ст. 293 КПК Республіки Бєларусь (далі – РБ) закріплено положення, згідно з яким прокурор може відмовитись від підтримання державного обвинувачення до початку судового слідства, за умови, що від обвинувачення відмовиться і потерпілий. Тоді суд своєю ухвалою (постановою) закриває провадження у кримінальній справі за відсутності в діянні складу злочину (п. 2 ч. 1 ст. 29 КПК РБ) [9, 40–41, 241]. І якщо така заява державним обвинувачем і потерпілим заявлена в процесі судового слідства або після його закінчення, суд виносить виправдувальний вирок. Тобто у першому випадку суд закриває справу з реабілітуючих підстав, а в другому – виносить виправдувальний вирок.

На відміну від наведеного, чинний КПК України взагалі не містить положення про реабілітацію. Але в проекті нового

КПК України в досліджуваних випадках передбачено поняття "реабілітація", однак у переліку підстав для реабілітації відсутня така підстава, як відмова прокурора в суді від державного обвинувачення. Хоча вбачається, що при відмові прокурора від обвинувачення можливе винесення судом ухвали (постанови) з такою мотивацією.

Як зазначалося вище, відмова прокурора від обвинувачення може бути як повною, так і частковою. Вона породжує багато як теоретичних так і тактичних проблемних питань, а саме: доля обвинувачення взагалі і державного – у тому числі; вплив відмови прокурора від державного обвинувачення на позицію суду і подальшу долю кримінальної справи; сутність захищеності прав і законних інтересів підсудного, потерпілого, цивільних позивача і відповідача, а також інших учасників процесу. "Виділення цих двох різновидів відмови прокурора від обвинувачення, – зазначає В.С. Зеленецький, – цілком закономірно, оскільки воно точно відбиває якісне визначення об'єктів, що спростовуються, і повністю відповідає попередній практиці" [2, 56].

Правові наслідки обох видів відмови прокурора від державного обвинувачення різняться між собою тим, що в першому випадку обвинувачення з підсудного знімається взагалі, а в другому – воно продовжує мати місце, але вже у скороченому, урізаному обсязі. Відмова прокурора від обвинувачення відповідно до принципу змагальності, якщо тільки функцію підтримання обвинувачення не переймає на себе потерпілий, є обов'язковою для суду – суд повинен закрити справу. Якщо ж прокурор відмовився від частини обвинувачення, суд закриває справу в цій частині [5, 524].

В.С. Зеленецький підставно стверджує, що призначенням суду в цій ситуації є "робити висновки не тільки про правоту сторін, які сперечаються, але й про правоту твердження кожної з них, у тому числі і тверджень прокурора про нікчемність обвинувачення, про відсутність підстав для продовження здійснення правосуддя навіть за відсутності спору між сторонами" [2, 92]. Він же вказує про те, що правові наслідки відмови прокурора від державного обвинувачення наступають для підсудного і потерпілого, і що вони не можуть бути протилежні тим, що настають в результаті здійснення прокурором державного обвинувачення в суді, що специфіка таких наслідків, які настають, зумовлюється необов'язковістю такої відмови для суду [2, 102]. Тобто якщо до відмови прокурора від обвинувачення державний обвинувач і захисник є супротивниками, то з відмовою прокурора від державного обвинувачення його ставлення до обвинувачення стає негативним. Таку ситуацію В.М. Савицький вважає парадоксальною, оскільки "сторона обвинувачення і сторона захисту, діючи фактично в одному напрямі, разом намагаються довести суду необхідність виправдання підсудного, оскільки в противному випадку йому загрожує обвинувальний вирок. У підсумку… спір сторін поступається місцем їхнім погодженим діям перед лицем потенційного процесуального супротивника [10, 365-366].

Таким чином, можна підсумувати, що відмова прокурора від обвинувачення сприяє здійсненню функції захисту підсудного і навпаки, щодо потерпілого (який також представляє обвинувачення в суді), ускладнює захист його прав.

Ми частково торкались питання реабілітації підсудного у зв'язку з відмовою державного обвинувача від обвинувачення, коли саме він має таке право, на які види і в якому обсязі? У чинному КПК України відсутнє положення про реабілітацію. В проектах нового КПК вже передбачається таке поняття, як реабілітація, яке зводиться до того, що її підставами є постанова або ухвала суду про закриття кримінальної справи з реабілітуючих підстав та виправдовувальний вирок суду. Перелік підстав в своїй основі зводиться до наступного: а) відсутність події злочину, з приводу якого була порушена кримінальна справа; б) діяння, вчинене підсудним, не є злочином; в) не доведена участь підсудного у вчиненні злочину; г) підсудний не причетний до вчинення злочину.

Цей перелік слід доповнити і такою підставою, як відмова прокурора від державного обвинувачення, а в новий КПК включити статтю наступної редакції:

"Якщо в результаті судового розгляду кримінальної справи прокурор, який бере в ньому участь, дійде висновку, що дані судового слідства не підтверджують пред'явленого підсудному обвинувачення, він зобов'язаний відмовитися від підтримання обвинувачення, з викладенням в своїй постанові мотивів такої відмови.

Суд зобов'язаний роз'яснити потерпілому та його представнику їх право вимагати продовження судового розгляду справи і їх право підтримувати обвинувачення.

При відмові прокурора від обвинувачення до початку судового слідства, у разі відмови від обвинувачення також і потерпілого та його представника, суд своєю постановою (ухвалою) закриває справу.

Якщо така відмова прокурора, потерпілого та його представника заявлена після початку судового слідства і до початку судових дебатів, суд постановлює виправдувальний вирок.

Якщо потерпілий та його представник наполягають на обвинуваченні, суд продовжує судовий розгляд кримінальної справи і вирішує її в загальному порядку. Прокурор звільняється від подальшої участі в судовому розгляді справи".

Наведені аргументи свідчать на користь необхідності позитивного вирішення проблеми законодавчого удосконалення інституту відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді.

Список літератури:

1. Закон України "Про прокуратуру" // Вісник прокуратури. – 2001. – № 6.

2. ***Зеленецкий В.С.*** Отказ прокурора от государственного обвинения. Учеб. пособие. – Харьков: Юрид. ин-т, 1979. – 116 с.

3. Конституція України. – К.: Преса України, 1997. – 80 с.

4. Комментарий к уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. – М.: НОРМА, 2003. – 1040 с.

5. Кримінально-процесуальний кодекс України. Наук.-практ. коментар / За ред. В.Т. Маляренка, В.Г. Гончаренка. – К.: Форум, 2003. – 940 с.

6. ***Курочка М.Й., Каркач П.М.*** Прокурорський нагляд в Україні. Підручник / За ред. Е.О. Дідоренка. – К.: Центр навч. літ-ри, 2005. – 424 с.

7. ***Маляренко В.Т., Вернидубов І.В.*** Про відмову прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді та її правові наслідки // Вісник Верховного Суду України. – 2002. – № 4.

8. Наказ Генерального прокурора України № 5 від 19 вересня 2005 р. "Про організацію участі прокурорів у судовому розгляді кримінальних справ та підтримання державного обвинувачення".

9. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь. – Минск: Ураджай, 2001. – 337 с.

10. ***Савицкий В.М.*** Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве. – М.: Наука, 1975. – 383 с.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена особенностям и правовым последствиям института отказа прокурора от государственного обвинения при исполнении им конституционной функции – поддержание государственного обвинения в суде, необходимости его законодательного усовершенствования.

SUMMARY

The article deals with the peculiarities ahd the result of the legal institute procurator's refusal from state accusation in the performance of his constitutional function – supporting of state accusation in the court of justice, the necessity of its legislative perfection.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Подано 29.09.08

О.В. Єні,
аспірантка
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник доцент О.П. Кучинська)

Клопотання та інші форми звернень у кримінальному процесі України

Ключові слова: *клопотання, скарга, заява, звернення, відвід, учасники процесу.*

Стаття 40 Конституції України передбачає, що усі мають право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, що зобов'язані розглянути звернення і дати обгрунтовану відповідь у встановлений законом строк [9].

Закону України "Про звернення громадян" у ст. 3 конкретизує, що під зверненнями громадян слід розуміти викладені в письмовій або усній формі пропозиції (зауваження), заяви (клопотання) і скарги [6]. Аналізуючи вказану норму, можна констатувати, що законодавець фактично ототожнює заяви та клопотання. Однак в тій же нормі міститься окреме визначення поняття клопотання як письмового звернення з проханням про визнання за особою відповідного статусу, прав чи свобод тощо. Такий підхід законодавця, на нашу думку, не сприяє однозначному розумінню вказаних понять і спричиняє певні сумніви у громадян та представників державних органів при здійсненні правозастосовчої діяльності.

У кримінально-процесуальній діяльності також немає однозначного підходу до розуміння сутності різних форм звернень громадян. Чинний КПК України не містить визначень термінів "клопотання", "скарга", "заява", "прохання", "відвід" і т.п., хоча і оперує ними в багатьох нормах. У зв'язку з цим на практиці при розслідуванні та судовому розгляді кримінальних справ досить часто відбувається фактичне ототожнення названих форм звернень, що, на наш погляд, є негативною тенденцією і не сприяє правильному відправленню правосуддя. Саме тому виникає необхідність з'ясування спільних та відмінних ознак між вказаними формами звернень учасників процесу, їх детального аналізу, особливо в частині розмежування клопотань від подібних форм звернень у кримінальному процесі.

Питання, пов'язані із поданням учасниками процесу скарг, клопотань, заяв, в тому чи іншому аспекті розглядалися у працях таких науковців як Т.В. Варфоломеєва, П.А. Лупінська, О.Г. Торянніков, О.В. Хімічева, Л.В. Черечукіна та інших. Однак варто відзначити, що потреби практики свідчать про необхідність подальшої розробки теоретичного розмежування названих інститутів у кримінальному судочинстві, особливо в контексті тих змін, які сьогодні відбуваються в суспільстві і відповідним чином впливають на суспільні відносини та діюче законодавство.

Інститут клопотань посідає досить значне та важливе місце у кримінально-процесуальному праві. Тому для розуміння сутності питань, які досліджуються, слід

© О.В. Єні, 2008

визначити поняття клопотання. На наш погляд, клопотання у кримінальному процесі – це офіційне звернення до уповноваженого суб'єкта (дізнавача, слідчого, прокурора чи суду) особою, яка наділена таким правом, викладене в усній чи письмовій формі, про виконання певної процесуальної дії чи прийняття рішення з усіх питань, які мають значення для справи, з метою забезпечення прав та законних інтересів особи у кримінальному судочинстві.

Поруч із правом на заявлення різноманітних клопотань, учасники процесу користуються і таким надзвичайно важливим правом як подання скарг. Як свідчить практика, найчастіше з клопотаннями ототожнюються саме скарги. Л.В. Черечукіна зазначає, що досить чітко окреслилася тенденція, коли під виглядом клопотання фактично оскаржуються дії слідчого, і у 85 % заявлення таких клопотань має місце оскарження дій слідчого, а не клопотання як таке [22, 67]. П.А. Лупінська вказує, що в клопотанні часто знаходить вираження скарга, оскільки одночасно з проханням про провадження якої-небудь дії в ньому вказується про порушення прав і законних інтересів особи, наприклад, в результаті відмови в задоволенні раніше заявленого клопотання [10, 152]. Це стверджує і О.В. Хімічева [21, 15]. Крім того, трапляються випадки, коли елементом клопотання є скарга, і навпаки. Вказана ситуація свідчить про те, що учасники процесу, помиляючись у своїх правах, плутаючи їх, зокрема, з правом подавати клопотання і правом оскаржувати певні дії чи рішення шляхом подання скарги, своєю поведінкою самі ж сприяють тому, що їх права та законні інтереси тим чи іншим чином залишаються нереалізованими, оскільки вирішення скарг і клопотань у кримінальному процесі здійснюється у різній процесуальній формі. Крім того, винуватцями подібних ситуацій в деякій мірі можна визнати і компетентні державні органи, які ведуть кримінальний процес і на які покладено обов'язок роз'яснення учасникам процесу їх прав, а саме: якщо таке роз'яснення належним чином не відбувається (наприклад, особі лише вручається для ознайомлення відповідний протокол із переліком наданих їй прав або вони (права) усно оголошуються (перераховуються), і при цьому особі не тлумачиться зміст кожного незрозумілого їй терміну). Тому першим кроком на шляху вирішення окресленої проблеми, на нашу думку, слід визнати розроблення науково та теоретично обгрунтованих рекомендацій щодо роз'яснення, розтлумачення в повному обсязі, у зрозумілій та доступній для сприйняття формі кожному із учасників процесу наданих їм прав.

Клопотання і скарги, як вказує О.Г. Торянніков, є подібними, але не тотожними формами звернення обвинуваченого і його захисника до посадових осіб і державних органів для охорони прав і законних інтересів обвинуваченого. Спільним для клопотання і скарги є те, що етимологічна сутність і клопотання, і скарги – це прохання. Також до них пред'являються однакові вимоги щодо змісту та форми [19, 12]. Крім того, спільним для вказаних інститутів є те, що і заяви, і скарги, і клопотання є різновидами звернень громадян.

В той же час, як вказує Т.В. Варфоломеєва, ці та інші процесуальні засоби мають свою специфіку, призначення, конкретний зміст, особливості використання [2, 26]. На нашу думку, істотні відмінності між інститутами клопотань, скарг і заяв у кримінальному процесі України полягають у наступному:

1. У суб'єктному складі. Ми вважаємо, що право внести клопотання і фактично цим ініціювати певні, специфічні правовідносини мають лише ті особи, яким це право надано чинним кримінально-процесуальним законом (підозрюваний, обвинувачений, підсудний, захисник, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач, їх представники, прокурор, а в окремих випадках – свідок, експерт, трудовий колектив, представик служби у справах неповнолітніх); а обов'язок розглянути клопотання покладено лише на чітко окреслене коло суб'єктів (особу, яка проводить дізнання, слідчого, прокурора, суд). В той же час право подати заяву чи скаргу мають всі

без винятку особи до будь-якого органу чи посадової особи, так чи інакше причетних до здійснення кримінально-процесуальної (і не лише) діяльності.

2. У змісті. В клопотанні йдеться про виконання певної процесуальної дії чи прийняття певного рішення з усіх питань, які мають значення для справи. Скарга завжди містить вимогу про усунення дійсного або уявного порушення права чи законного інтересу посадовими особами або державними органами при прийнятті ними певного рішення або вчиненні дії. Скарга – це прохання про усунення будь-якої несправедливості, неправильності [14, 151]. Як вказує О.А. Максимов, скарга має ретроспективний характер, а клопотання – перспективний [11, 100]. Дійсно, в скарзі особа виражає свою незгоду з уже прийнятим в минулому рішенням, із вчиненою дією чи бездіяльністю, а в клопотанні йдеться про можливість в майбутньому забезпечити певне право чи законний інтерес шляхом прийняття рішення чи вчинення дії. Заяви ж містять повідомлення зацікавлених юридичних чи фізичних осіб, пов'язані з реалізацією їх прав чи законних інтересів, або про недоліки в діяльності посадових осіб чи державних органів. У кримінальному процесі заяви можуть також бути подані особами, які ще не є учасниками процесу, з метою визнання за ними певного процесуального статусу.

3. У кінцевій меті. Заявляючи клопотання, особа прагне здійснити в майбутньому своє право або законний інтерес. Подаючи заяву, особа може лише констатувати певний факт або висловити свою точку зору з того чи іншого питання, а скаргу – прагне відновити уже порушене, на її думку, право чи інтерес.

4. У результатах розгляду. Розглянувши клопотання, слідчий, дізнавач, прокурор чи суд виносять постанову (ухвалу), а скаргу чи заяву – складають лише відповідь або повідомлення (за окремими винятками, як то при винесенні постанови про відмову в порушенні кримінальної справи за заявою про злочин). До того ж, клопотання розглядається органом, у провадженні якого перебуває справа, а скарга досить часто подається до вищестоящого органу, що передбачає більш складну процедуру її розгляду.

5. У строках розгляду. Чинним кримінально-процесуальним законодавством передбачені різні строки розгляду та вирішення клопотань, скарг та заяв в залежності від їх різновиду.

Слід відмітити, що скарги поділяються на дві групи в залежності від їх зв'язку із раніше поданими клопотаннями, а саме:

а) скарги на рішення особи, яка проводить дізнання, слідчого, прокурора чи суду, якими відмовлено (частково чи повністю) в задоволенні попередньо поданого клопотання. В цих випадках процесуальний порядок подання скарги є своєрідною гарантією, яка забезпечує право на заявлення клопотань. Як зазначається в науковій літературі, задоволення скарги одночасно означатиме визнання раніше заявленого клопотання обґрунтованим [18, 33];

б) скарги на інші рішення та дії вище перелічених осіб (не пов'язаних із прийняттям рішення за клопотанням).

Отже, приходимо до висновку, що між інститутами клопотань, скарг та заяв у кримінальному процесі існує ряд відмінностей, які впливають на особливості їх розгляду та вирішення компетентними органами, а також на реалізацію своїх прав учасниками процесу.

При розгляді даного питання хотілося б окремо зупинитися на тому, до яких саме форм звернень слід віднести відвід – це клопотання, скарга, заява чи це взагалі окрема форма звернення у кримінальному процесі? Як свідчить вивчення судової практики, судді по-різному діють в разі заявлення учасниками відводу. Так, деякі з них, використовуючи словосполучення "клопотання про відвід", обговорюють його з іншими учасниками, інші, використовуючи вираз "заява про відвід", не виносять на обговорення. Однак варто вказати, що більшість суддів, не заглиблюючись в особливості законодавчого регулювання названого інституту, все ж таки обмежується терміном "відвід", що, виходячи із норм КПК України, є цілком законним. Маємо відмітити,

що у спеціальній літературі вказане питання також вирішується неоднозначно. В деяких наукових джерелах прямо зазначається, що звернення особи з відводом є клопотанням (зокрема, про відсторонення особи від участі в провадженні у кримінальній справі). Це стверджують П.А. Лупінська, О.Г. Торянніков, М.М. Видря, Е.М. Мурадьян [20, 172; 18, 15; 3, 11; 13, 41]. Крім того, розглядаючи питання про відводи, використовують термін клопотання А.В. Козлов, В.М. Лєбєдєв, А.М. Бірюкова, О.В. Гоманюк [7, 15; 8, 95; 1, 13; 4, 68]. Однак висловлюється і інша, протилежна точка зору. Так, А.М. Меженцевою та іншими науковцями цілком справедливо, як ми вважаємо, зазначається, що прохання про відвід є не клопотанням, а заявою [12, 61; 16, 87], і ми в повному обсязі підтримуємо такий підхід, оскільки кримінально-процесуальним законом право заявляти клопотання та відводи передбачені як окремі суб'єктивні права. Крім того, ст. 56, 60 КПК України прямо передбачають формулювання "заява про відвід". Відмінності між інститутом клопотань та інститутом відводів полягають і в тому, що клопотання вирішується особою, якій воно подається, а відвід – також і іншими особами (суддями, головою суду, вищестоящим прокурором тощо). До того ж, як слушно вказує Р.Д. Рахунов, природа відводу інша, ніж природа порушення клопотання про долучення нових доказів чи про доповнення досудового слідства [15, 222]. Отже, на нашу думку, при здійсненні кримінально-процесуальної діяльності найбільш доцільно було б використання виразу "заява про відвід".

В контексті викладеного не можна визнавати клопотаннями і такі форми дій учасників процесу як виступи в дебатах, внесення зауважень на протокол судового засідання, відкликання апеляції (хоча в окремих літературних джерелах зустрічаються відповідні вислови) [18, 32; 17, 67; 5, 13].

Ми вважаємо, що врахування всіх перелічених відмінностей дозволить відрізняти інститут клопотань від інституту скарг та заяв у кримінальному процесі, а тому сприятиме своєчасному та більш правильному забезпеченню прав та законних інтересів громадян, а також об'єктивному відправленню правосуддя.

Список літератури:

1. ***Бірюкова А.М.*** Забезпечення адвокатурою конституційного права обвинуваченого на захист у кримінальному процесі України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Одеса, 2006. – 20 с.
2. ***Варфоломеєва Т.В.*** Організаційні, процесуальні та криміналістичні проблеми захисту адвокатом прав підозрюваного, обвинуваченого, підсудного: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. – К., 1994. – 38 с.
3. ***Выдря М.М.*** Участники судебного разбирательства и гарантии их прав: Учебное пособие. – Краснодар, 1979. – 102 с.
4. ***Гоманюк О.*** Оцінка висновку експерта на досудовому слідстві // Вісник прокуратури. – 2006. – № 5 (59).
5. ***Загурський О.Б.*** Судові дебати в кримінальному процесі: правові та психологічні проблеми: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – К, 2003. – 17 с.
6. Закон України "Про звернення громадян" від 2 жовтня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 47. – Ст. 256.
7. ***Козлов А.*** Основания отвода судей // Советская юстиция. – 1971. – № 13.
8. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / Под общ.ред. В.М. Лебедева. – М.: Спарк, 1995.
9. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

10. ***Лупинская П.А.*** Право жалобы в уголовном судопроизводстве в свете Конституции СРСР // Конституция СССР и дальнейшее укрепление законности и правопорядка: Материалы конференции. – М.: ИГПАН, 1979.

11. ***Максимов О.А.*** Жалоба и ходатайство как единый правовой институт // Правовая политика и правовая жизнь. – 2006. – № 2 (23).

12. ***Меженцева А.Я.*** Ходатайства в советском уголовном судопроизводстве // Вопросы борьбы с преступностью. Выпуск 37. – М.: Юрид. лит., 1982.

13. ***Мурадьян Э.М.*** О судебных ходатайствах // Государство и право. – 2006. – № 6.

14. ***Ожегов С.И.*** Словарь русского языка. – М., 1986.

15. ***Рахунов Р.Д.*** Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. – М.: Госюриздат, 1961. – 277 с.

16. ***Соловьев А.Б., Токарева М.Е., Власова Н.А.*** Общие условия предварительного расследования. – М.: Юрлитинформ, 2005. – 142 с.

17. ***Теремецький В.*** Правова природа відкликання апеляції, поданої на вирок суду // Вісник прокуратури. – 2007. – № 9 (75).

18. ***Торянников А.Г.*** Адвокат в уголовном процессе (деятельность адвоката по оказанию юридической помощи обвиняемому в реализации прав на заявление ходатайств и принесение жалоб). – М., 1987. – 45 с.

19. ***Торянников А.Г.*** Права защитника на заявление ходатайств и принесение жалоб в уголовном судопроизводстве: Автореф. дисс.. канд. юрид. наук: 12.00.09. – М., 1983. – 22 с.

20. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / Отв. ред. П.А. Лупинская. – М.: Юристъ, 2004. – 800 с.

21. ***Химичева О.*** Уголовно-процессуальная регламентация права заявлять ходатайства // Законность. – 2004. – № 2.

22. ***Черечукина Л.В.*** Судебный контроль за досудебным производством. – Луганськ: РИО ЛИВД, 1998. – 124 с.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена исследованию общих и отличительных свойств институтов ходатайств, заявлений и жалоб в уголовном процессе Украины. Особое внимание автор уделяет различию ходатайств и отводов.

SUMMARY

This article is devoted to researching common and distinguishing features of the institutions of motions, applications and complaints in criminal procedure of Ukraine.

Special attention has been paid to the differences of motions and rejections.

Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики

Подано 24.09.08

Г.В. Коновалова,
адвокат
(м. Київ)

Участь адвоката-захисника у кримінальних справах в умовах застосування на досудовому слідстві до окремих учасників заходів безпеки

Ключові слова: *адвокат, досудове слідство, заходи безпеки, тактика захисту.*

Після прийняття законів "Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві" [5]* та "Про державний захист суддів та працівників правоохоронних органів" [6] в країні під час досудового слідства достатньо активно використовують заходи безпеки, які спрямовані на захист учасників кримінального судочинства від заборонених кримінальним законом форм посткримінального впливу та інших форм тиску з боку зацікавлених осіб з метою схилити їх до відмови від показань, які викривають винних, чи дачі неправдивих показань, або з мотивів помсти.

На практиці це призводить до суттєвого порушення балансу між захистом та обвинуваченням, надаючи останньому достатньо суттєвої переваги, що значно погіршує положення іншої сторони (захисту) та призводить до обмеження її прав.

В останні роки в роботах вітчизняних науковців, зокрема В.С. Зеленецького, М.В. Куркіна [8; 9; 10], В.І. Боярова [1; 2], а також російських процесуалістів Л.В.Брусніцина [3], О.А.Зайцева [7] та інших приділяється значна увага питанням застосування заходів безпеки. Але сучасна практика висуває багато проблемних питань, які залишаються не вирішеними.

Зокрема, основна увага в працях зазначених науковців приділяється питанням щодо підстав та особливостей застосування заходів безпеки слідчими, дізнавачами, прокурорами та судом. При цьому поза увагою дослідників залишаються такі учасники кримінального судочинства, якими є адвокат-захисник або адвокат – представник інтересів потерпілого. Йдеться, зокрема, про їх повноваження, які суттєво обмежуються у правах порівняно з обвинуваченням, та головне – про тактику захисту і представництва інтересів потерпілого в умовах застосування заходів безпеки до окремих учасників кримінального судочинства (свідків, потерпілих, обвинувачених та підозрюваних).

Застосування під час розслідування кримінальних справ заходів безпеки стосовно окремих учасників кримінального судочинства на практиці призводить до створення кількох типових ситуацій, які характеризуються особливістю тактики захисту та вимагають застосування адвокатом окремих тактичних прийомів під час їх участі в таких процесах: (1) коли адвокат-захисник бере участь у справі, де заходи безпеки застосовуються стосовно свідків та потерпілих, які викривають його підзахисних у вчиненні злочину; (2) коли адвокат-захисник здійснює захист підза-

*Далі – Закон.

© Г.В. Коновалова, 2008

хисного, відносно якого застосовані заходи безпеки; (3) коли адвокат є представником потерпілого і (а) стосовно потерпілого застосовані заходи безпеки або (б) коли заходи безпеки застосовані відносно інших учасників кримінального судочинства. Останню ситуацію можна поділити ще на дві: перша, коли заходи безпеки застосовані відносно свідка обвинувачення і потерпілих, а друга – стосовно обвинуваченого (підозрюваного) або свідка захисту.

Виникають також питання щодо можливості застосування окремих заходів безпеки стосовно адвоката-захисника. Йдеться про адвокатів, які здійснюють захист обвинувачених (підозрюваних), щодо яких застосовані заходи безпеки або які представляють інтереси потерпілого, до якого застосовані зазначені заходи і таким чином вони є носіями конфіденційної інформації щодо осіб, до яких застосовані заходи безпеки. Зміна прізвища, зовнішності, анонімність за його статусом, зрозуміло, неможлива, але таке цілком можливе, якщо адвокат змінює статус і стає потерпілим або свідком і відповідно вже не виконує покладені на нього зобов'язання щодо захисту або представництва інтересів потерпілого. Хоча інші зміни, наприклад, номера телефону, вилучення з банків даних інформації про місце проживання, особистої охорони та деякі інші цілком можливі.

Проаналізуємо ситуації, що наведені нами, та деякі особливості тактики, яку обирає адвокат.

1. Адвокат-захисник, по-перше, може оскаржити застосування заходів безпеки як в цілому, так і щодо застосування конкретного заходу. Найбільш "небезпечною" (як для адвоката-захисника) уявляється так звана "анонімність свідка" (ст. 52^3 КПК України та ст. 15 Закону), яка фактично обмежує права захисту і надає суттєву перевагу обвинуваченню. Досить поширене застосування саме цього засобу безпеки пов'язане в першу чергу з тим, що застосовується він на підставі рішення слідчого, який безпосередньо застосовує цей захід, без участі інших правоохоронних структур, і це не вимагає якихось суттєвих витрат, які супроводжують застосування інших заходів безпеки: наприклад, зміна зовнішності, особиста охорона, переселення в іншу місцевість та ін., які вимагають значних фінансових витрат. Саме цей захід створює ситуацію, яка є найбільш привабливою для зловживань з боку слідчого.

У разі застосування зазначеного заходу безпеки (конфіденційність даних про свідка) за ініціативою адвоката може бути доведена відсутність реальної загрози життю, здоров'ю та майну свідка. Справа у тому, що застосування цього заходу безпеки є превентивним, тобто зацікавлені особи ще не знають про можливість дачі особою свідчень, які викривають винних, і не застосовують заходів, спрямованих на тиск і створення реальної загрози життю та здоров'ю таких осіб, але слідчий впевнений (враховуючи, наприклад, дані щодо особи обвинуваченого або його оточення), що у разі дачі свідчень особа може піддатися відповідному тиску. Але у такому разі, за формальних ознак, не можна говорити про наявність реальної загрози життю, здоров'ю та майну такої особи. А якщо такої обставини немає, адвокат може навести відповідні аргументи та оскаржити дане рішення.

Вважається найбільш поширеним застосування такого заходу безпеки в умовах розслідування справ про організовані злочинні угруповання, про злочини, які вчиняються в обмежених колективах установ, організацій (ВНЗ, лікарні, СІЗО та ін.).

Найбільш важливе для захисту у таких ситуаціях – це наслідки застосування анонімності стосовно свідка, який нібито викриває підзахисного у вчиненні злочину. З боку слідства метою застосування цього заходу безпеки фактично може бути не тільки забезпечення безпеки у зв'язку із реальною загрозою життю та здоров'ю, а й наслідком "тактичних хитрощів", кінцевою метою яких є недопущення такої особи до суду: або за небажанням такої особи з'являтися до суду з різних мотивів, або побоюваннями з боку слідства, що така особа змінить в суді свої показання. Для цього використовуються положення

чинного кримінально-процесуального законодавства. Зокрема ч. 2 ст. 292 КПК надає можливість суду у виключних випадках звільняти свідка, щодо якого здійснюються заходи безпеки, від обов'язку з'являтися в судове засідання за наявності письмового підтвердження показань, даним ним раніше. Тобто, по-перше, така особа насправді може не бути, наприклад, свідком; або є свідком, але слідчий розуміє, що ці свідчення не можуть вважатися переконливими чи можуть бути спростовані під час допиту у суді, зокрема, у разі постановки додаткових питань (в тому числі з боку підсудних), які не можна було за якихось мотивів поставити на досудовому слідстві, та ін.

Це може також бути доведення, наприклад, в результаті аналізу матеріалів справи деяких даних про особу (наявність в неї таких рис, як брехливість, розумова відсталість, її особиста зацікавленість в результатах розгляду справи, наявність відповідних стосунків з суб'єктами Закону України "Про оперативно-розшукову діяльність" та ін.) або отримання даних, які спростовують його свідчення і потребують очних ставок, перевірки показань на місці або проведення за участю такої особи інших слідчих дій (наприклад, судово-медичної експертизи, освідування та ін.).

Можливі ситуації, коли таку особу можна «вирахувати» і довести, що вона не може бути свідком і, наприклад, знаходилася в цей час в іншому місці. Таке трапляється у разі отримання інформації про належність свідка до якогось визначеного кола осіб (співкамерники в СІЗО, працівники цеху заводу та ін.).

Якщо ж зазначені свідчення покладені в основу вироку, треба шляхом аналізу доказів доводити, що обвинувальний вирок ґрунтується виключно або вирішальною мірою на свідченнях таких осіб, що є відповідно до рішень Європейського суду з прав людини недопустимим [4].

2. Не є поширеними випадки застосування стосовно обвинуваченого (підозрюваного), підсудного заходів безпеки. Частіше за все йдеться про дачу визнавальних показань обвинуваченими (підозрюваними) у скоєнні злочину: явка з повинною, викриття співучасників, організаторів та інших учасників вчинення злочину, коли йдеться про досягнення компромісу з досудовими слідством (найбільш характерно для розслідування справ про злочинну діяльність організованих злочинних формувань). Саме тоді виникає ризик тиску, загроз з боку зацікавлених осіб з метою спонукати обвинуваченого змінити показання або з помсти.

Треба визнати, що саме адвокат бере активну участь у цьому, зокрема, у підготовці вмотивованого клопотання про необхідність застосування заходів безпеки для підзахисного після отримання відповідної інформації від підзахисного. Для цього проводиться перевірка, яка може бути здійснена і адвокатом: отримання пояснень (наприклад, від родичів обвинуваченого), довідок, заяв від підзахисного та ін.

У такому випадку, зрозуміло, йдеться про тяжкі злочини (в тому числі і вчинені злочинними організованими угрупованнями). За таких обставин виникає питання про обрання як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невиїзд (оскільки така особа частіше за все є не тільки обізнаною у скоєному злочину але й активним учасником підготовки та вчинення злочину). Під час тримання під вартою обвинуваченому створюють відповідні умови: зміна прізвища, забезпечення ізольованого тримання від інших осіб та ін.

У разі знаходження на підписці про невиїзд підзахисний, частіше за все, знаходиться під особистою охороною. Це означає, у першу чергу, проживання в спеціальному приміщенні або в умовах, коли адреса проживання невідома (в тому числі і для адвоката). Інші заходи безпеки, які при цьому застосовуються до підзахисного, є додатковими: зміна номера телефону, державних номерних знаків автомобіля; зміна анкетних даних під час знаходження під вартою в умовах СІЗО та ін. Таким чином, у разі виникнення такої необхідності – адвокат-захисник зустрічається з підзахисним за попередньою домовленістю і в умовах, які визначаються представни-

ками підрозділу (СБ або МВС України), що виконує рішення суду, прокурора або досудового слідства про застосування заходів безпеки, відповідно до діючих відомчих нормативних актів. У таких випадках активність адвоката-захисника може бути суттєва обмежена.

3. Стосовно потерпілого також застосовуються заходи безпеки, але вони переважно мають вигляд, наприклад, не включення в документи, які представлені обвинуваченим для ознайомлення (після закінчення досудового слідства), даних про місце проживання, його роботи, номера телефону та ін. Це може бути і особиста охорона.

Достатньо часто свідки, які викривають винного у вчиненні злочину, особливо коли вони встановлені за допомогою потерпілих, звертаються саме до представника потерпілого з повідомленням або про наявність підозри про можливий тиск з боку обвинувачених (підсудних) або їх оточення з метою відмови від свідчень або їх зміни (чи з метою помсти), або про факти вже здійснених погроз і тиску на свідків.

У такому разі представник потерпілого може поінформувати дізнавача, слідчого, прокурора або суд про ситуацію, що виникла, для прийняття з їх боку відповідних рішень.

Представник потерпілого, володіючи необхідною інформацією про злочинців і передаючи дані про відомих йому свідків, з якими він вже спілкувався, може рекомендувати слідчому відразу планувати застосування заходів безпеки лише на підставі припущення про виникнення ризику тиску після дачі свідчень і в першу чергу – використання свідків зі зміненими анкетними даними.

Як на нашу думку, при зверненні свідка з заявою про необхідність застосування заходів безпеки, йому повинні надати можливість користуватися послугами адвоката – представника його інтересів. Так, за чинним КПК Республіки Молдова, забезпечення права на захист (ст. 17) є принципом, за яким передбачено, що не забороняється присутність адвоката, обраного свідком або потерпілим, на їх допитах [11, 54]. Це вирішує багато питань, які виникають у таких ситуаціях.

Тактичні прийоми захисту, які адвокат застосовує відповідно до ситуацій, які нами наведені, безумовно, не є вичерпними. Але в підсумку можна констатувати, що лише активна участь адвоката-захисника і представника потерпілого в умовах застосування заходів безпеки може створити справедливий баланс між захистом і обвинуваченням.

Список літератури:

1. ***Бояров В.І.*** Деякі питання захисту свідків за законодавством України // Право України. – 2001. – № 12.

2. ***Бояров В.І., Руденко М.В.*** Анонімність свідків: “за” і “проти” // Адвокат. – 2001. – № 4–5.

3. ***Брусницын Л.В.*** Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: российский, зарубежный и международный опыт XX века (процессуальное исследование). – М.: Юрлитинформ. – 2001.– 400 с.

4. Ван Мехелен и другие против Нидерландов. Судебное решение от 23 апреля 1994 года // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения в 2-х томах. – М.: Норма, 2000. – Т. 2.

5. Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 11. – Ст. 51.

6. Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 11. – Ст. 50.

7. ***Зайцев О.А.*** Теоретические и правовые основы государственной защиты участников уголовного процесса. – М., 1997.

8. ***Зеленецкий В.С., Куркин Н.В.*** Обеспечение безопасности субъектов уголовного процесса. – Харьков: КримАрт, 2000. – 404 с.

9. ***Куркін М.В.*** Проблеми забезпечення безпеки суб'єктів кримінального процесу: Автореф. дис… канд. юрид. наук: 12.00.09. – Харків, 1999. – 20 с.

10. ***Куркин Н.В.*** Правовое регулирование обеспечения безопасности участников уголовного процесса в органах прокуратуры. – М., 1998.

11. ***Михайленко О.Р., Бояров В.І.*** Правове регулювання розслідування злочинів за чинним Кримінально-процесуальним кодексом Республіки Молдова (Загальні положення і досудове розслідування) // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2005. – № 2.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются некоторые вопросы тактики защиты и представительства интересов потерпевшего в условиях применения при расследовании уголовных дел мер защиты в отношении участников уголовного судопроизводства (свидетелей, потерпевших, обвиняемых и подозреваемых).

SUMMARY

The questions of defences factics and representing victim's interests during the investigation of crimes are depicted in the article.

Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики

Подано 25.09.08

О.Б. Комарницька,
аспірантка
(Прикарпатський національний університет ім. В. Стефаника)
(Науковий керівник доцент О.П. Кучинська)

Дві інстанції для судового розгляду справ приватного обвинувачення

Ключові слова*: потерпілий, відмова, сім діб, Рішення Конституційного суду.*

Порядок провадження у кримінальних справах визначається КПК України. Численні зміни та доповнення до даного Кодексу вже не спроможні забезпечити належний та системний підхід до врегулювання кримінального судочинства.

Прикладом для цього є справи приватного обвинувачення. Так, ч. 1 ст. 27 КПК визначено, що кримінальні справи про такі злочини як умисне легке тілесне ушкодження (ст. 125 КК України), побої (ч. 1 ст. 126 КК) та самоправство (ст. 356 КК) щодо дій, якими заподіяно шкоду правам та інтересам окремих громадян, порушуються не інакше як за скаргою потерпілого [1, 65].

Юридично необізнана особа, як правило, звертається з заявою до органу дізнання (міліції), у переважній більшості – до дільничних інспекторів. Вже після перевірки, а найголовніше без урахування думки і бажання постраждалої особи, що є обов'язковим для справ приватного обвинувачення, орган дізнання виносить постанову про відмову в порушенні кримінальної справи за відсутністю в діянні складу злочину (п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК), про що повідомляє заінтересовану особу (заявника).

Дійсно, відповідно до закону (ч. 3 ст. 98 КПК), справи приватного обвинувачення, тобто ті, які порушуються не інакше як за скаргою потерпілого (постраждалого), окрім передбачених винятків (ч. 3 ст. 27 КПК), можуть бути порушені тільки суддею. Але у даному випадку порушення суддею кримінальної справи формально буде суперечити закону. І саме тому суддя, як правило, виносить постанову про відмову в порушенні кримінально справи. При цьому підставою для прийняття такого рішення суддею та винесення ним постанови про відмову в порушенні кримінальної справи використана не скасована постанова органу дізнання про відмову у порушенні кримінальної справи та п. 11 ч. 2 ст. 6 КПК.

Однак слід узяти до уваги те, що у даній категорії справ відповідно до ч. 1 ст. 99 КПК закон дозволяє відмовити в порушенні кримінальної справи тільки за відсутності підстав до порушення кримінальної справи. А в цьому випадку підстави до порушення кримінальної справи наявні. Це – ознаки злочину, який чинним процесуальним законом віднесено до справ приватного обвинувачення (ч. 1 ст. 27 КПК). Саме тому заяву особи необхідно у будь-якому випадку, незалежно від органу, до якого вона була подана, направляти до суду.

Підтвердженням наведеного постанова Пленуму Верховного Суду України від 2 липня 2004 р. "Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів" (п. 25), де зазначено, що "суди зобов'язані забезпечити належний розгляд заяв громадян про

© О.Б. Комарницька, 2008

злочини, справи щодо яких порушуються не інакше як за скаргою потерпілого, і не допускати фактів необґрунтованої відмови у порушенні цих справ", а також (п. 27): "Суддя не вправі відмовити у прийнятті скарги потерпілого про притягнення особи до кримінальної відповідальності за ст. 125, ч. 1 ст. 126, ст. 356 КК, якщо скарга надійшла до районного (міського суду) з прокуратури чи з інших компетентних органів у порядку, встановленому п. 3 с. 2 ст. 97 КПК" [2].

Закцентуємо увагу на тому, що саме незаконне рішення органу дізнання, який вийшов за межі наданих йому повноважень та виніс постанову про відмову в порушенні кримінальної справи, породжує "законні" підстави для прийняття такого ж рішення суддею. Крім цього, як наслідок, порушується ст. 2 КПК – не виконуються завдання кримінального судочинства, а головне – не забезпечується належним чином гарантоване Конституцією право людини на ефективний захист від злочинних посягань. І, як наслідок цього, є обмеження права на судовий захист постраждалої особи у зв'язку з недосконалістю чинного кримінально-процесуального законодавства, що значно звужує можливість людини реально захистити свої законні права, порушені злочинними діями.

Але у подальшому постанову судді про відмову у порушенні кримінальної справи відповідно до ч. 3 ст. 99^1 КПК особа, інтересів якої вона стосується, або її представник мають право оскаржити в апеляційному порядку протягом семи днів з дня одержання копії постанови. При цьому чимало дебатів у практиків викликає і зміст положення п. 3 ч. 3 ст. 251 КПК щодо того, що на постанову про відмову у порушенні кримінальної справи протягом семи діб з дня її винесення особа, яка подала скаргу, вправі подати апеляцію до апеляційного суду [4, 756].

Замислимось над тим, з якого часу починається відрахування семи днів для скаржника та заінтересованої особи або її представника? Дана прогалина на практиці викликає багато непорозумінь. З огляду на те, що норми процесуального закону не визначають статусу заінтересованої особи, а лише вказують на це, то, на наш погляд, під заінтересованою особою мається на увазі особа, права та інтереси якої порушуються або призведуть до порушення постановою про відмову у порушенні кримінальної справи. Разом з тим підкреслимо, що до заінтересованої особи, чиї права порушено, належить і скаржник. Тобто у скаржника є право вибору щодо відрахування часу для подання апеляції.

Адже постанова про відмову в порушенні кримінальної справи є такою, що перешкоджає подальшому провадженню у справі. За наявності такого рішення далеко не кожний постраждалий у вказані строки та з дотриманням передбаченої законом процедури зможе це зробити.

І дійсно, як наслідок, породжується почуття безкарності у правопорушників, моральне приниження постраждалих, а саме головне – створюються законні умови для зловживань з боку як посадових осіб органу дізнання, так і суддів.

Звертаємо увагу на те, що обов'язком органу дізнання, слідчого, прокурора та суду в межах компетенції і на основі суворого дотримання норм чинного законодавства, а також у повній відповідності з інтересами окремої особи, суспільства і держави є забезпечення повної охорони прав та законних інтересів осіб, які беруть у ньому участь.

При цьому необхідно звернути увагу на п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції, який визначає одну з основних засад судочинства – забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду; на ч. 2 ст. 383 КПК, що передбачає можливість перевірки в касаційному порядку постанов, які перешкоджають подальшому провадженню у справі, та ухвал апеляційного суду, винесених щодо цих постанов, і ст. 384 КПК, в якій закріплено перелік осіб, які мають право на касаційне оскарження або внесення касаційного подання на зазначені судові рішення, що перебувають у системному зв'язку. Це дає підстави для висновку, що крім осіб, які згідно з ч. 4 ст. 384 КПК мають право внести касаційне подання на

вказані судові рішення, касаційну скаргу на ці рішення також мають право подати особи, які в судовому порядку оскаржили постанови про відмову в порушенні кримінальної справи.

Вважаємо, що саме з метою позитивного вирішення проблемних питань, які виникають при відмові у порушенні кримінальних справ і необхідно застосовувати рішення Конституційного Суду України від 11 грудня 2007 р. № 11-рп, яким частково вирішено вказану проблему, а саме: "Частину другу статті 383 Кримінально-процесуального кодексу України необхідно розуміти як таку, що надає право перевіряти в касаційному порядку рішення місцевих та апеляційних судів щодо постанов про відмову в порушенні кримінальної справи" [3].

Як вбачається із зазначеного рішення, тепер можна оскаржити постанову районного (міського) суду про відмову в порушенні кримінальної справи у касаційному порядку відповідно до ч. 2 ст. 386 КПК протягом шести місяців з моменту набрання нею законної сили.

Для усунення прогалин у законодавстві, вирішення вказаної проблеми та реального забезпечення прав людини щодо захисту від злочину пропонуємо з урахуванням рішення Конституційного Суду України доповнити ст. 251 КПК ч. 4 такого змісту: "Постанову про відмову у порушенні кримінальної справи за злочин, передбачений ч. 1 ст. 27 КПК України, особа, інтересів якої вона стосується, вправі подати касаційну скаргу протягом шести місяців з дня одержання копії постанови".

Внесення цієї зміни збільшить можливості ефективного захисту конституційних прав громадян, які цього потребують, а саме: у справах приватного обвинувачення, у яких права та інтереси потерпілих від злочинів захищені законодавством у недостатньому обсязі. Адже реалізація потерпілими прав, закріплених за ними кримінально-процесуальним законодавством, необхідна не лише для відстоювання та задоволення їх особистих інтересів, а й для впровадження конституційних засад кримінального судочинства, забезпечення рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом.

Таким чином, потрібно визнати, що головну роль у захисті своїх прав у справах приватного обвинуваченого відіграє не потерпілий – постраждала від злочину особа, а недосконалий закон та хибна практика його застосування органами дізнання. Як наслідок, щорічно тисячі людей не мають можливості реалізувати своє право на ефективний захист від злочинних посягань.

Але, не дивлячись на кладене, з різних причин до цього часу вказана проблема не отримала достатнього висвітлення, розроблення та належного законодавчого вирішення, що призводить до нехтування обов'язку привести положення ст. 383 КПК України у відповідність до рішення Конституційного Суду України від 11 грудня 2007 р. № 11-рп.

Список літератури:

1. ***Михеєнко М.М.*** Кримінальний процес України. Підручник / М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, В.П. Шибіко. – К.: Либідь, 1999 – 939 с.

2. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 2 липня 2004 р. № 13 "Про практику застосування судами законодавства, якими передбачені права потерпілих від злочинів" // Відомості Верховного Суду України. – 2004. – № 35.

3. Рішення Конституційного Суду України від 11 грудня 2007 р. № 11-рп "Щодо офіційного тлумачення положень пункту 8 частини третьої статті 129 Конституції України, частини другої статті 383 Кримінально-процесуального кодексу України" // Голос України, 20 грудня 2007 р., № 240.

4. ***Тетришник В.М.*** Науково–практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України. – К.: А.С.К., 2003. – 1056 с.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются нарушения прав потерпевшего в делах частного обвинения. Такие действия ведут к нарушениям постановления Пленума Верховного Суда Украины. Статья также освещает роль решения Конституционного суда Украины от 11 декабря 2007 г. № 11-рп. и намечает пути реализации указанного решения.

SUMMARY

This article describes the violations of victim rights in private prosecution cases. Those violations lead to the breach of Supreme Court of Ukraine decision dated of 11 th December 2007. The subject of the research is the mentioned above decision.

Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики

Подано 23.09.08

М.Я. Сегай,
професор
(Київський регіональний центр
Академії правових наук України)

В.С. Бондар,
старший науковий співробітник
(Луганський державний
університет внутрішніх справ
ім. Е.О.Дідоренка)

Інтегративна модель використання спеціальних криміналістичних знань у кримінальному судочинстві

Ключові слова: *криміналістичні знання, форми, види, обліки.*

Криміналістичні знання, які отримані на загальнопрофесійному юридичному рівні, перетворюються у спеціальні тоді, коли виникає потреба в їх подальшій спеціалізації і процесуальному відокремленні носіїв таких знань від суб'єктів доказування у кримінальному судочинстві [2].

Діюче законодавство визначає лише дві основні форми застосування спеціальних (у тому числі криміналістичних) знань: участь спеціаліста при проведенні окремих слідчих (судових) дій та судову експертизу.

Між тим, багаторічна практика діяльності експертної служби органів внутрішніх справ з техніко-криміналістичного забезпечення розслідування злочинів свідчить про застосування трьох видів криміналістичних знань: 1) участі спеціаліста-криміналіста у проведенні слідчих дій; 2) проведення обліків по конкретних видах кримінальних справ; 3) проведення криміналістичних експертиз [2; 3, 296].

Однак всі зазначені види застосування спеціальних криміналістичних знань поки що не створюють інтегровану взаємодіючу систему, скріплену єдиними методологічними, організаційними та правовими засадами.

По-перше, облікова діяльність не має процесуального статусу і не є повноправною формою застосування спеціальних криміналістичних знань, вона носить факультативний та довідковий характер, а отримані результати не мають доказового значення. По-друге, на законодавчому рівні не визначені функції спеціаліста-криміналіста при проведенні слідчих дій та процесуальна форма фіксації їх результатів [4, 89–91; 6; 7, 153]. По-третє, процес техніко-криміналістичного забезпечення відбувається без повного врахування інформаційних можливостей криміналістичної характеристики конкретних видів злочинів. Це призводить до відсутності чіткої кореляції зазначених видів спеціальних криміналістичних знань та дискретності процесу техніко-криміналістичного забезпечення розслідування злочинів.

Зважаючи на це, реалізація завдання оптимізації техніко-криміналістичного забезпечення має ґрунтуватися на можливостях системного, діяльнісного (прак-

© М.Я. Сегай, В.С. Бондар, 2008

сеологічного) та комплексного підходів, використання яких дає змогу розглядати діяльність як систему, розділяти її на елементи, простежувати функції кожного з них і зв'язки (структуру системи) між ними та завдяки утворюваній теоретичній перспективі будувати відповідну модель будь-якої системи діяльності – кримінальної, криміналістичної (облікової, експертної тощо), ґрунтуючись на криміналістичному вченні про сліди, що є методологічною основою використання спеціальних криміналістичних знань в різних видах діяльності.

Дана система містить перспективи подальшого вдосконалення шляхом створення ***інтегративної моделі,*** як інструменту оптимізації процесу техніко-криміналістичного забезпечення розслідування злочинів за допомогою диференціації та взаємодії всіх процесуальних форм спеціальних криміналістичних знань, направлених на встановлення юридично значимих фактів минулої події в процесі доказування.

Практична реалізація запропонованої концепції інтегративної моделі використання спеціальних криміналістичних знань в розслідуванні конкретних видів (підвидів, категорій, груп) злочинів обумовлена специфікою пізнання фактів про скоєний злочин, отже потребує розробки не тільки правової та організаційної, а й відповідної науково-методичної бази, інформаційного середовища, що повинно забезпечити ефективну взаємодію всіх елементів моделі та їх оптимальне застосування.

Тому постає слушною думка В.Є. Корноухова, що процес пізнання при розслідуванні злочинів не може обмежуватися лише емпіричним знанням, "… воно передбачає як обов'язковий елемент застосування раціональних прийомів пізнання та, як результат цього, досягнення більш високого логічного рівня з притаманним йому складним вихідним характером знання" [5, 17].

Можливість пізнання події злочину в кожному конкретному випадку полегшується завдяки низці закономірностей, які властиві утворенню, виявленню, фіксації, вилученню, оцінці, дослідженню та використанню зазначених даних. Їх пізнання складає одне з завдань криміналістичної науки, адже пізнані закономірності отримують відображення в її (науці) категоріях та систематиці (класифікаціях, структурах, системах).

Однією з цих закономірностей є ситуаційна повторюваність процесів утворення та зникнення доказів, що надає змогу типізувати їх, визначити коло типових відображуваних та відображаючих об'єктів і доказів.

При цьому доцільно взяти до уваги думку Р.С. Бєлкіна та А.І. Вінберга, які зазначають, що, беручи участь у процесі утворення змін опосередковано через відображувані та відображаючі об'єкти, а також через засоби відображення, об'єкт злочину репрезентується в акті відображення діями та предметом посягання, а суб'єктивна сторона – лише діями [1, 25]. Всі ці елементи в сукупності, формуючи систему характерних слідів, цікавлять суб'єкта пізнання як з позиції їх встановлення, так і як засоби, що дають змогу проникнення в сутність злочину, скласти його повну криміналістичну характеристику, під якою розуміється система об'єктивних даних про механізм злочинного діяння, типових відображаючих та відображуваних об'єктів, взаємодіючих в процесі вчинення злочину, про особливості та джерела фактичної інформації, що формується ними, та має значення для вирішення завдань кримінального судочинства, шляхом застосування обумовлених ними криміналістичних засобів, прийомів та методів.

Отже, застосування запропонованої інтегративної моделі спеціальних криміналістичних знань через призму криміналістичної характеристики злочину надасть змогу:

- створити первинний облік кримінальних справ для проведення моніторингу нерозкритих злочинів;
- уніфікувати первинний документ обліку (інформаційно-пошукову картку) на вилучені в результаті огляду місця події сліди та речові докази;
- сформувати модель механізму вчиненого злочину та визначити ймовірні

місця пошуку відсутньої інформації про злочин та його учасників.

Подальша практична реалізація запропонованої теоретичної концепції передбачає наступне.

1. Стосовно облікової діяльності:

а) визначити процесуальний статус спеціаліста-криміналіста по веденню обліків у кримінальних справах та процесуальну форму їх використання, для чого внести в КПК України розділ (норму) "Висновок спеціаліста установи, яка здійснює облік по кримінальних справах";

б) організаційно відокремити підрозділи з облікової діяльності;

в) вдосконалити науково-медичні засади пошукового аналізу та технікокриміналістичних засобів його проведення шляхом об'єднання інформаційних можливостей способу вчинення злочину та слідових комплексів на основі документа первинного обліку – інформаційно-пошукової картки, яка має складатися спеціалістомкриміналістом за результатами проведення огляду місця події.

2. Стосовно участі спеціаліста криміналіста в проведенні слідчих дій:

а) надання статусу самостійного процесуального суб'єкта (шляхом прийняття в КПК України спеціального підрозділу "Участь спеціаліста у проведенні слідчих дій") з чітким визначенням його функцій та форм їх фіксації, зокрема:

- виявлення, фіксацію та вилучення доказів під час проведення слідчих дій та форму їх фіксації, як обов'язкового додатку до протоколу слідчої дії з об'єктивним відображенням отриманих результатів;
- підготовки матеріалів до проведення судових експертиз;
- складання первинної інформаційно-пошукової карти для постановки кримінальної особи на облік;

б) з метою спеціалізації спеціалістів-криміналістів з техніко-криміналістичного забезпечення розслідування окремих видів злочинів здійснити відповідну організаційну структуризацію підрозділів експертної служби МВС України шляхом утворення окремих підрозділів на рівні НДЕКЦ в областях;

в) для належного науково-методичного забезпечення діяльності спеціаліста-криміналіста, останній повинен володіти кримінально-правовими ознаками злочинів, які отримують відображення у відповідній криміналістичній характеристиці злочину.

3. Стосовно експертно-криміналістичної діяльності.

а) в чинному кримінально-процесуальному законодавстві врегулювати порядок призначення і проведення комплексних експертиз;

б) вдосконалити науково-методичні засади реалізації експертної ініціативи для комплексного підходу до вирішення ситуаційних, діагностичних та ідентифікаційних завдань;

в) сприяти впровадженню новітніх експертних технологій для діагностики та автоматизованого пошуку шуканих об'єктів під час здійснення моніторингу кримінальних справ.

Запропонована інтегративна модель використання спеціальних криміналістичних знань сприятиме оптимізації технікокриміналістичного забезпечення розслідування злочинів.

Список літератури:

1. ***Белкин Р.С., Винберг А.И.*** Криминалистика. Общетеоретические проблемы. – М.: Юрид. лит., 1973. – 264 с.

2. ***Гончаренко В.И.*** Использование данных естественных и технических наук в уголовном судопроизводстве (методологические вопросы). – К.: Вища школа, 1980. – 160 с.

3. ***Гусев А.В.*** О концепции неэкспертной реализации специальных криминалистических познаний в уголовном судопроизводстве // Ученые-криминалисты и их роль в совершенствовании

научных основ уголовного судопроизводства: Матер. вузов. юбил. науч.-прак. конф. (к 85-летию со дня рождения Р.С. Белкина): в 2-х ч. Ч. 1. – М.: Академия управления МВД России, 2007.

4. ***Гусев А.В.*** О совершенствовании правовых основ криминалистической регистрации // Вестник криминалистики. – М.: Спарк, 2006. – Вып. 3(19).

5. Курс криминалистики. Общая часть / Отв. ред. В.Е. Корноухов. – М.: Юристъ, 2000. – 784 с.

6. ***Пашко В.И.*** Научные и методические основы организации и использования экспертно-криминалистических учётов органов внутренних дел Украины: Дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09 / Украинская академия внутренних дел. – Киев, 1995. – 179 с.

7. ***Стринжа В.К., Надгорний Г.М., Сегай М.Я.*** Процесуальні питання використання спеціальних знань у кримінальному судочинстві // Вісник АПрНУ. – 1994. – № 2.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются вопросы использования специальных криминалистических знаний в уголовном судопроизводстве; формы использования таких знаний, их виды. Обосновывается необходимость создания интегративной модели использования специальных криминалистических знаний как инструмента оптимизации процесса технико-криминалистического обеспечения расследования преступлений.

SUMMARY

The article depicts main questions of using special knowledge in judiciary forms of using such knowledge and their types. Necessity of forming (making) integrative model of using criminal knowledge as an instrumental process of technical-criminality supporting of crimes investigation is grounded in the article.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики.

Подано 23.05.08

М.А. Михайлов,
кандидат юридических наук, доцент
(Таврический национальный университет
им. В.И. Вернадского)

Метод криминалистической идентификации как основа биометрических технологий

Ключевые слова*: идентификация личности, дактилоскопия, почерковедение, генотипоскопия.*

Развитие научно-технического прогресса, количественный рост населения, опасные тенденции изменения уровня и структуры преступности и, в частности, таких ее проявлений как терроризм, а также необходимость сохранения в тайне конфиденциальной информации, обеспечение выборочного доступа к материальным ценностям, оружию и другим источникам повышенной опасности ставят перед обществом задачи быстрой и надежной идентификации личности любого человека.

Внедренная уже более 100 лет назад сначала в сферу противодействия преступности, а сегодня уже и в другие области человеческой деятельности дактилоскопия, в настоящее время не решает в полной мере этих задач. Более того, найдены средства и способы фальсификации дактилоскопической информации, что ставит под сомнение не только оперативность, но и надежность дактилоскопического метода. В то же время, многочисленные сообщения о новых способах идентификации личности и необходимости их скорейшего и повсеместного внедрения напоминают реляции о преувеличенных успехах и восхваляют сырые не апробированные практикой методы.

В настоящее время в научный обиход вошел термин биометрия, под которым понимают измерение уникальных физических и поведенческих характеристик индивидуума в целях его опознания, либо удостоверения личности.

Проблемы идентификации личности волновали как классиков криминалистики, так и широкий круг ученых и специалистов различных направлений науки. Этими вопросами занимались Г. Гросс, А. Бертильон, Э. Генри, Ф. Гальтон, Э. Локар, С.М. Потапов, А.Д. Киселев, А.И. Винберг, Р.С. Белкин, В.И. Гончаренко, В.П. Бахин, С.Н. Хазиев и др.

История возникновения таких методов идентификации как антропометрия и дактилоскопия стали известны отечественному читателю благодаря книге немецкого журналиста Юргена Торвальда “100 лет криминалистики”, многократно переиздававшейся на русском языке начиная с 1974 года и ставшей своеобразным справочником по истории этой науки [9, 24–46].

Сегодня возникает необходимость проанализировать как историю открытия и развития методов идентификации личности, так и их недостатки и преимущества.

Наверное первым и наиболее полно отвечающим понятию биометрии методом является антропометрия или бертильонаж, предложенный в 1879 году делопроизводителем Первого бюро парижской полицейской префектуры Альфонсом Бертильоном. Использовавшийся в те годы в целях регистрации преступников метод

© М.А.Михайлов, 2008

фотографирования был неэффективен из-за низкого качества фотоснимков и большого (несколько десятков тысяч) их массива. Сын известного во Франции ученого, вице-президента Антропологического общества Луи Бертильона Альфонс предложил измерять тело регистрируемого для его отождествления. Комплекс из 11 измерений позволял индивидуализировать любого человека, подвергнутого этой процедуре. После нескольких успешных разоблачений преступников, скрывавшихся под чужим именем, методом антропометрии, его автор приобрел известность, а измерение задержанных стало широко внедряться в практику полиции различных стран мира. Даже в крымском архиве хранится жандармский циркуляр, еще в 1903 году предписывающий внедрить систему Бертильона в Перекопском и Алешинском уездах, для чего приобрести комплект инструментов за счет сумм выделяемых на оперативные расходы [3, 93].

Однако, несмотря на разрекламированную своим изобретателем эффективность, бертильонаж был громоздок и не застрахован от ошибок. Он не применим к несовершеннолетним преступникам, значения измерений во многом зависят и от субъективных факторов: аккуратности регистраторов, качества инструментов, физического сопротивления самого измеряемого во время проведения процедуры. Метод Бертильона постепенно уступил приоритет новому английскому изобретению – идентификации по отпечаткам пальцев. Бертильон был ярым противником этого метода и использовал весь свои авторитет для дискредитации дактилоскопии. Даже признавая возможность дактилоскопической идентификации в целом, он в своих экспертных заключениях делал ничем не оправданные оговорки, например: “данный след пальца оставлен господином N при условии отсутствия у него братьев близнецов и т.п.”.

Однако дактилоскопия все шире использовалась криминалистами, и окончательный удар по бертильонажу был нанесен в 1903 году, когда в американский тюрьме Ливеноурт совпали все 11 измерений тел двух чернокожих заключенных, которые к тому же имели одно и то же имя. Лишь пальцевые узоры позволили их надежно дифференцировать. Последними странами, отказавшимися от бертильонажа кроме Франции стали Монако, Люксембург и Румыния.

Дактилоскопическая идентификация, введенная в обиход криминалистики благодаря трудам Уильяма Гершеля, Генри Фолдса, Эдварда Генри и Фрэнсиса Гальтона до сих пор остается одним из самым надежных методов отождествления личности. С возникновением компьютерных технологий дактилоскопия получила “второе дыхание” – возможность достаточно быстрого (до нескольких десятков минут) сравнения исследуемого узора (или даже его части) с сотнями тысяч, хранящихся в электронной базе данных. Возникла реальная техническая возможность всеобщей дактилоскопической регистрации населения, о чем еще в начале XX века мечтал Иван Вучетич – один из руководителей полиции Аргентины, добившийся законодательного закрепления процедуры обязательного дактилоскопирования граждан своей страны.

Индивидуальность и устойчивость пальцевого узора сегодня используется не только в криминалистике, разработаны и изготовлены многочисленные устройства, считывающие дактилоскопическую информацию для обеспечения доступа к компьютеру, мобильному телефону, открывания замков, расчета за приобретенные в магазине товары, распоряжения банковским счетом и т.п. Сторонники этого метода аутентификации* утверждают, что пальцевой узор – это паспорт, который всегда с собой, его нельзя забыть, потерять, привести в негодность или подделать. Все настойчивые звучат призывы к созданию базы данных всего населения страны. Несмотря на возражения

** Аутентификация в биометрии в отличие от идентификации предполагает отождествление личности по ини-циативе самого субъекта, носителя идентификационных признаков с предъявлением этих признаков, например для получения доступа куда-либо(к чему либо).*

правозащитников, Соединенные Штаны и Великобритания, а с 2009 г и другие страны Евросоюза требуют от лиц, въезжающих в страну обязательного предоставления двух отпечатков больших пальцев, аргументируя это необходимостью противодействием терроризму. Отечественные сторонники всеобщего дактилоскопирования утверждают, что настороженность населения к этим предложениям объясняется лишь традиционным отождествлением в сознании граждан процедуры дактилоскопирования с идентификацией преступников. Предлагается для смягчения противодействия этому сначала отбирать у населения отпечатки лишь больших пальцев, а потом уже перейти и к десятипальцевой системе.

Однако, как оказалось, широкому внедрению этого метода препятствуют не только этические проблемы. В 2002 году аспирант национального университета Йокогамы Цутому Мацумото (Tsutomu Matsumoto) опубликовал результаты своих экспериментов, в результате которых ему с помощью материалов, приобретенных в обычном магазине, удалось сфальсифицировать пальцевый узор и обмануть широко внедряющиеся сегодня дактилоскопические сканеры, различных систем доступа. Технология Мацумото имеет несколько вариантов. В простом случае с ведома хозяина фальсифицируемого узора изготавливается желатиновый или резиновый колпачок, надеваемый на палец фальсификатора. В результате использования более сложного варианта, жертва даже не знает, что ее отпечаток пальца получен традиционными криминалистическими техниками, например с посуды или с гладкой поверхности мебели и затем используется в противоправных целях. При этом используемый муляж настолько не заметен, что может применяться к сканерам доступа даже в присутствии ничего не подозревающих сотрудников охраны. Другим преимуществом муляжа, надеваемого на палец, является возможность обмана приборов, снабженных дополнительными мерами защиты от доступа, например датчиков тепла. Мацумото утверждает, что ему удалось обмануть девять из одиннадцати различных систем считывания дактилоскопической информации [5].

Таким образом, незыблемость приоритета одного из самых надежных методов идентификации личности оказалась под вопросом.

Одной из попыток найти новые пути решения задач отождествления можно считать попытку внедрения метода запаховой идентификации человека. Еще в середине 60-х годов XX века А.И. Винберг заявил о возможности получения, хранения (консервации) и идентификации запаховой информации в целях идентификации личности, ее оставившей. Винберг даже запатентовал прибор для изъятия запаха преступника с места происшествия и предложил хранить запах в стеклянном сосуде с притертой пробкой, герметизированном парафином. Кстати, можно предположить, что такой способ консервации запаха стал известен автору знаменитого "Руководства для следователей" Г. Гросса, где пионер европейской криминалистики еще в XIX веке предлагал изучать запахи, абсорбированные волосами трупа, для чего и эти волосы "необходимо поместить в склянку тонкого стекла с герметично закупоривающейся пробкой, смазанной абсолютно чистым салом" [4, 239]. Но, несмотря на достаточно серьезные исследования в этой области и даже некоторые успехи, позволившие получить доказательства, признанные судом, это направление так и не получило признания. До настоящего времени не создан прибор, позволивший бы проводить инструментальную идентификацию запахов, а решение этих задач с помощью животных-детекторов (собак, крыс и т.п.) представляется недостоверным и неэтичным.

В 1985 году в журнале "Nature" была опубликована статья английских ученых во главе с профессором Лейстерского университета Алеком Джеффрисом (Alec Jeffreys) , известившая о методе, ставшем одним из самых значительных достижений в области криминалистики XX века о генотипоскопической идентификации по строению моле-

кула ДНК человека. Авторы не случайно в названии статьи сравнили строение ДНК с отпечатками пальцев, подчеркивая индивидуальность и неизменяемость этого признака [11, 76]. Примечательно, что именно в этом журнале 105-ю годами раньше был опубликован труд Г. Фолдса "Кожные узоры руки", положивший начало дактилоскопии. Открытие А. Джеффриса первоначально не имело криминалистической направленности, но именно решение задач уголовного и гражданского судопроизводства, а также противодействие преступности оказалось самым востребованным его предназначением. Уже через год генотипоскопические исследования были использованы при расследовании дела об убийстве некого Эндерби. Еще большим авторитетом стали пользоваться авторы этого метода после успешной идентификации найденных в Бразилии останков самого разыскиваемого немецкого военного преступника врача концлагеря Аушвиц Йозефа Менгеле. Исследования ДНК применялись и при идентификации останков царской семьи, найденных под Екатеринбургом.

Сама процедура получения образцов ДНК для сравнительного исследования несложна и заключается в получении соскоба слизистой оболочки полости рта. Это обстоятельство, а также возможность четкой классификации результатов сделали реальным и создание базы данных генотипоскопической информации. В настоящее время в Великобритании накоплена информация уже более чем о трех миллионах человек и еженедельно полиция обращается к данным этой базы более чем 1600 раз [6]. Однако существенным недостатком метода является длительность подготовки и обработки данных, а также относительно высокая стоимость исследований.

Одной из новых и оригинальных попыток решения задач идентификации личности, является метод сканирования т.н. венной карты. Американская медицинская компания Люминетс (Luminetx) запатентовала технологию инфракрасного считывания рисунка вен руки, разработанную Гербертом Земаном (Zeman) в 2004 году предназначенную для облегчения поиска вен при назначении инъекций. Прибор VeinViewer позволяет четко различать кровеносные сосуды на глубине до 8 мм. Но оказалось, что рисунок расположения венной сети неповторим и не изменяем для каждого человека, его еще не научились подделывать и он может быть использован для отождествления [10].

Немногим более продолжительную историю имеет метод идентификации по рисунку радужной оболочки глаза. Еще в 1982 году английский ученый Леонард Флом (Flom) и врач офтальмолог Аран Сэфир (Safir) сообщили, что рисунок радужной оболочки глаза пригоден для идентификации. Они пригласили ученых Кембриджского университета к разработке метода такого отождествления. В результате этого проф. Джон Даугман (Daudhman) в 1994 году запатентовал свой метод установления личности по рисунку радужной оболочки. Несмотря на разработку инструментальной базы метода, относительной быстрой процедуры (1-2 с) считывания информации, эти методы критикуется правозащитниками из-за возможности ошибок при получении результатов [5].

Ученые вновь вспомнили о Бертильоне и пытаются найти ему новое применение принципам, заложенным в его антропометрии. Однако разработанные методики уже широко разрекламированные производителями оборудования и журналистами пока еще далеки от совершенства и имеют ряд серьезных недостатков. Количество подобных изобретений растет, но новые методы должны пройти надлежащую апробацию.

Так в американском аэропорту Палм-Бич было проведено тестирование автоматического распознавания человека по изображению его лица. Была использована небольшая база данных включающая всего 250 изображений и среди них были фотоснимки 14 служащих аэропорта, которым прибор должен был обеспечивать доступ, анализируя их внешность. Помимо не очень комфортных условий сканирования (неподвижность положения в течении нескольких секунд, поворот головы не более чем на 30º,

отсутствие очков, которые дают блики), выявилась недостаточная эффективность системы. Только в 48% случаев приборам удалось распознавать нужного человека. И это при условии, что лицу человека присуща лишь относительная с течением времени неизменяемость.

Идеальным представляется идентификация личности инструментальным способом быстро надежно и даже без участия человека. Но сегодня подобные системы также далеки от совершенства. Тестирование прибора распознавания внешности человека через системы видеонаблюдения, проводившееся в американском городе Тампа (Флорида)привело к 14 срабатываниям системы, однако все они оказались ложными [8].

Что же касается использования такого признака как рисунок глазного дна, то эта методика также имеет ряд недостатков. Прежде всего, это неудобство самой процедуры. Проверяемый должен неподвижно вглядываться в окуляр прибора более минуты, что делает невозможным проверку лица, которое не желает ее проходить. К тому же некоторые глазные болезни, катаракта например, могут сделать со временем недоступными идентификационные признаки.

Для идентификации личности используется широкий круг признаков, различных по своей природе. Выше речь шла лишь об анатомических признаках человека, присущих человеку с рождения (некоторые авторы классифицируют их как статические). Однако исследователи не оставляют попыток использования поведенческих или динамических признаков, которые формируются у человека в процессе жизнедеятельности и обладают выраженными индивидуальными чертами.

Первым из таких признаков, который стал использоваться в целях идентификации, стал рукописный почерк. Методика почерковедческой экспертизы в криминалистике разработана давно, считается традиционной и широко используется в обеспечении судопроизводства. Предприняты попытки инструментальной идентификации почерка. С программным обеспечением такого плана мы знакомы даже не на профессиональном уровне. Используемая многими пользователями компьютерная программа Fine Reader обладает возможностью обучения машины особенностям какого-либо почерка для автоматического перевода рукописных документов в машинописные. Разработаны и приборы для получения образов почерка в целях идентификации. Тестируемый специальным стеком оставляет образцы своего почерка на экране, а прибор сравнивает почерк с имеющимися в его памяти образцами, подтверждая или отрицая их сходство.

Однако не все так идеально в описанной технологии. Упомянутая выше программа Fine Reader, достаточно эффективно используется лишь для распознавания печатных текстов и перевода их в электронный вид. Подобная же работа с рукописными текстами пока воспринимается лишь как красивая игрушка, далекая от практического применения. К тому же считается, что поведенческие признаки легче поддаются фальсификации, чем анатомические, что не дает оснований для оптимизма в перспективах их использования в биометрии. Что же касается фальсификации почерка, его возрастного патологического или ситуативного изменения, то разработаны “ручные” экспертные методики преодоления этих проблем, но речь пока не идет об их автоматизации и решение этих задач требует кропотливого труда опытного эксперта-почерковеда.

В последнее время в связи с широким внедрением персональных компьютеров в обиход современного человека, появился ряд исследований, предлагающих в качестве идентификационного такой поведенческий признак как клавиатурный почерк. Истоки этого метода исходят к тем временам, когда широкое распространение имела радиосвязь с использованием Азбуки Морзе. Опытного радиста можно распознать по своему стилю, скорости и качеству передачи сигналов. Примерно те же принципы положены и в распознавание человека, работающего на клавиатуре компьютера. Общая скорость, временные

промежутки между нажатием на клавиши, длительность воздействия на них и другие параметры легко фиксируются современной техникой [7]. Однако и здесь есть свои проблемы. Прежде всего, оказалось, что на клавиатурный почерк непосредственное влияние оказывают как объективные, так и субъективные факторы, такие как время суток, болезненное состояние испытуемого, внешние раздражители. К тому этот метод оказался абсолютно неприменим к дилетантам, которые еще не освоили технику машинописи. Представляется, что среди населения Земли такие пока еще составляют большинство.

Свои недостатки есть и у других методов: распознания по голосу, по артикуляции при произнесении определенных звуков и т.п.

Помимо совершенствования имеющихся методов идет и активный поиск новых. Не так давно в печати появилось сообщение о том, что каждый человек обладает неповторимым набором различных бактерий, который можно выявить на его кожных покровах.

Для методов идентификации личности на наш взгляд должны быть разработаны четкие критерии классификации, чтобы эффективнее использовать их для решения тех или иных задач.

По природе идентификационных признаков можно разделить на морфологические и поведенческие. Для установления круга возможностей метода, на наш взгляд, представляется полезной классификация по проявлению признака во времени. Идентификация по статическим признакам позволяет работать даже с фотоизображениями объектов или с трупами(антропометрия, карта вен, форма лица), а динамические признаки должны фиксироваться в течение определенного промежутка времени (голос, артикуляция, рукописный и клавиатурный почерк). Именно динамические признаки в большей мере подвержены фальсификации. Важным критерием классификации является и возможность скрытого применения (если точнее, то скрытого получения информации о признаках). Здесь представляется возможным выделить даже три группы методов. Методы с возможностью скрытого применения (признаки внешности, голос, запах), методы с относительной возможностью скрытого применения (дактилоскопия, генотипоскопия) методы с невозможностью скрытого применения (антропометрия, отождествление по радужной оболочке и сетчатке глаза). Как вариант этой классификации представляется критерий добровольности предоставления информации о признаках. Некоторые признаки нельзя изучить в неискаженном виде без добровольного предоставления информации о них, а некоторые признаки изучаются медицинскими методами, применение которых Закон оговаривает согласием пациента.

По скорости идентификации методы можно разделить на быстрые и медленные. Например, процесс генотипоскопической идентификации по своей длительности не сравним с процедурой отождествления по внешности или даже голосу.

Несмотря на то, что при использовании любого метода конечное слово за экспертом-человеком, по степени его участия в отождествлении, методы можно классифицировать на автоматизированные, полуавтоматизированные и “ручные”.

По всеобщности применения следует выделить универсальные методы, позволяющие идентифицировать любого человека (генотипоскопия), и методы специальные, основанные на признаках, характерных для более узкого круга объектов (клавиатурный почерк).

Высокую криминалистическую значимость имеет такое свойство идентификационного признака как возможность случайного отображения на окружающей обстановке. Дактилоскопические следы, обнаруженные на месте происшествия уже более века используются в качестве доказательства, все шире применяется и генотипоскопическая информация, полученная из биоследов преступника, есть опыт идентификации по запаховым и звуковым следам. Однако трудно себе вообразить ситуацию случайного оставления преступником ин-

формации о признаках сетчатки глаза или венной карты.

Представляется, что развитие научно-технического прогресса и изменение законодательства позволят пересмотреть и изменить классификационную группу того или иного метода, что сможет повысить их ценность или изменить специфику их использования.

Относительно перспектив дальнейшего развития биометрии и областей использования ее достижений, то прогнозы здесь довольно оптимистичны. Уже сегодня биометрические системы внедряются в самые неожиданные сферы человеческой деятельности от идентификации школьников в столовых для оплаты питания, до отождествления телезрителя, находящегося перед экраном в целях адресного подбора содержания рекламы. В сфере противодействия преступности эти методы также находят все более широкое применение. Общественная опасность преступных проявлений и, прежде всего терроризма, поставит человечество перед необходимостью создания всеобщей биометрической базы данных, несмотря на возникающие при этом этические проблемы и опасность тотального контроля. Техническое совершенствование инструментальной базы позволит сократить время снятия и обработки информации. Будут совершенствоваться техника поиска следов, оставленных человеком, а также технологии их классификации и систематизации для эффективного поиска в больших массивах. Повсеместное распространение систем контроля позволит уменьшить количество фактов избрания мер пресечения, и уголовных наказаний связанных с изоляцией. Эффективные методы идентификации позволят оперативно устанавливать личность жертв преступлений, что всегда способствует их быстрому раскрытию и расследованию. Совсем недавно в Дюссельдорфе разработана программа, которая может быть использована для противодействия распространению детской порнографии. С помощью этой программы анализируется большое количество изображений, что позволяет идентифицировать внешность детей, ставших жертвами сексуальной эксплуатации [2].

Разнообразие биометрических методов, наличие у них тех или иных достоинств и недостатков дает основание сделать вывод, что надежная идентификация личности возможна только на основе комплексного использования различных методик. Методы идентификации личности требуют постоянного совершенствования с учетом постоянной их "проверки на прочность" попытками преступников фальсифицировать информацию о личностных признаках, исключить или затруднить их розыск и отождествление.

Список литературы:

1. ***Берд К.*** Биометрия как она есть (24.05.2002) // Компьютерра № 20(445) [WWW документ]. URL http:// http://www.kinnet.ru/cterra/445/18034.html (20 ноября 2007).

2. Биты и байты в борьбе с детской порнографией(9.03.2006)// "Biometrics "Российский биометрический портал [WWW документ]. URL http://www.biometrics.ru/document.asp?group_id=11&nItemID=1238&sSID=3.7 (20 ноября 2007).

3. ГААРК Ф.706, оп 71, д.1.

4. ***Гросс Г.*** Руководство для судебных следователей как система криминалистики. – Новое изд. перепеч. с изд. 1908 г. – М.:ЛексЭст,2002. – 1088 с.

5. ***Дегтярева А., Вежневец В.*** Методы идентификации по радужной оболочке глаза (09.07.2004)// "Графика и мультимедия" Научно образовательный сетевой журнал [WWW документ]. URL http://cgm.graphicon.ru/content/view/ 61/28/#_Toc72525433 (20 ноября 2007).

6. Полицию просят отдать базу данных ДНК(12.09.2002) // BBC Russian.com [WWW документ]. URL http://news.bbc.co.uk/hi/russian/uk/newsid_2253000 /2253027. stm#top (20 ноября 2007).

7. ***Прохоров А.*** Пропуск, который всегда с собой: Снова о биометрических устройствах контроля доступа(21.03.2001)//КомпьютерПресс- №3.-2001. [WWW документ]. URL http://www.compress.ru/Archive/CP/2001/3/5/10.htm. (20.11.2007).

8. ***Ревич Ю.*** Биометрическая утопия (21.01.2004) // "Biometrics"Российский биометрический портал [WWW документ]. URL http://www.biometrics.ru/document.asp?group_id=11&nItemID=311&sSID=3.7 (20 ноября 2007).

9. ***Торвальд Ю.*** Век криминалистики: Пер. с нем. / Под ред. и со вступ.ст. Ф.М. Решетникова.- 3-е изд.-М.:Прогресс,1991. – 323 с.

10. ***Biever C.*** Vein camera keeps injections on target (6.10.2004) / New Scientist [WWW документ]. URL http://www.newscientist.com/article.ns?id=dn6497 (20 ноября 2007).

11. ***Jeffreys AJ., Wilson V., Thein S.L.*** Individual-specific "fingerprints" of human DNA // Nature. 1985. V. 316.

РЕЗЮМЕ

В статті автор розглядає можливості застосування сучасних досягнень науково-технічного прогресу під час ідентифікації особи: дактилоскопії, генотипоскопії, почеркознавства, біометрії. Запропонована класифікація ідентифікаційних методів.

SUMMARY

The author analyses using of modern scientific-technical progress achievement in persons identifying suggesting its identifying methods.

Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики

Подано 27.09.08

І.І. Когутич,
доцент, кандидат юридичних наук
(Львівський національний університет
імені Івана Франка

Окремі аспекти "судової криміналістики"

Ключові слова: *судова криміналістика, судовий розгляд кримінальних справ, розслідування злочинів.*

Майже 70 років тому, а саме у 1938 р. у журналі "Соціалістична законність" було опубліковано статтю О.Л. Ципкіна "Криміналістика і судове слідство". Однак жодної реакції цей напрям розвитку криміналістики не отримав. У 1964 р. Л.Є. Ароцкер опублікував монографію "Використання даних криміналістики в судовому розгляді кримінальних справ", а в 1969 – "Тактика і етика судового допиту". Інших публікацій, окрім декількох статей того ж Л.Є. Ароцкера, в яких би спеціально і комплексно досліджувалось питання можливості і потреби використання знань криміналістики в суді, досі в Україні не було. Хіба що в деяких найновіших вітчизняних підручниках з криміналістики є окремі тези про те, що, … криміналістика на основі своїх наукових досліджень та розробок пропонує оперативно-розшуковим працівникам, слідчим, експертам, ***суддям*** (виділено мною – ***І.К***.) науково обґрунтовані та перевірені практикою засоби, прийоми та методи розкриття злочинів, розслідування та ***судового розгляду кримінальних справ*** (виділено мною – ***І.К***.)", а також, що "… криміналістика перестала бути наукою тільки для розкриття і розслідування злочинів" [13, 6; 18, 6]. Однак, як видається, ці абсолютно правильні позиції не знайшли потрібного обґрунтування і у подальшому викладі матеріалу не імплементовані у канву системи складових криміналістики.

У Російській Федерації комплексних галузево-предметних досліджень у цьому напрямі також немає. Хоча тут не можна не назвати Р.С. Бєлкіна, який одним із перших підтримав Л.Є. Ароцкера і справедливо констатував право на існування "судової криміналістики" [4, 193–199], а, визначаючи предмет криміналістики, брав за основу закономірності, обумовлені сферою судового дослідження злочинів, під якою розглядав суб'єктно-діяльнісну конструкцію, зокрема – діяльність органів дізнання, слідства, ***суду*** (виділено мною – ***І.К***.) та ін. щодо встановлення істини в процесі судочинства [5, 83]. Однак подальших конкретних кроків щодо предметного пропагування цих ідей в роботах автора ми не знаходимо.

Окремі аспекти цієї тематики розглянуто у спільній монографії С.Л. Кисленко і В.І. Комісарова "Судове слідство: стан і перспективи розвитку" [11], а також у монографії Ю.В. Коренєвського "Криміналістика для судового слідства" [12]. Однак у зазначених працях проблему застосування даних криміналістики у судових стадіях розглянуто і здебільшого продовжують розглядати передусім з позиції використання таких знань суддею (судом); увагу зосереджено, зокрема, на тактиці виконання окремих судово-слідчих дій і загальних питаннях організації та планування судового слідства.

© І.І. Когутич, 2008

На сьогодні змінився характер вітчизняного кримінального судочинства. Він із переважно інквізиційного (розшукного) перетворюється у все більше змагальний, тобто коли не тільки де-юре, а й де-факто, центральною стадією цього процесу стає стадія розгляду кримінальних справ у суді. Отже об'єктивно змінюється акцент у діяльності головних суб'єктів кримінального процесу, тобто саме у ході судового розгляду його сторони: прокурор – державний обвинувач, адвокат-захисник, за активного сприяння судом, також обумовленого наявним у нього обов'язку встановити істину у справі і прийняти у ній законне й обґрунтоване рішення, – здійснюють дослідження всіх її обставин.

Іншими словами, процес дослідження у кримінальній справі, що має судову перспективу, досудовим розслідуванням злочину не завершується, а навпаки – ще активніше продовжується його судовим розглядом.

Останнім часом все частіше декларують позицію про необхідність адаптувати традиційні криміналістичні рекомендації, розроблені для кримінального судочинства, до потреб інших видів процесуальної діяльності (тобто для вирішення цивільно-правових, адміністративно-правових і господарсько-правових спорів) [3; 6; 7; 14; 15; 16; 17 та ін.].

"Безумовно, суттєві зміни в кримінальному, кримінально-процесуальному, адміністративному, цивільному та іншому законодавстві ставлять перед криміналістикою багато складних питань і перш за все: чи відповідають її рекомендації та положення сучасній практиці боротьби зі злочинністю криміналістичними засобами; чи повинна сьогодні наука криміналістика розробляти свої рекомендації не лише для здійснення кримінально-процесуальної діяльності, що історично завжди була предметом її дослідження, але й цивільної, арбітражної, адміністративної, митної та іншої діяльності; чи є потреба криміналістиці розробляти технічні засоби, тактичні прийоми і методи, адресовані суддям, органам, посадовим особам, уповноваженим розглядати справи про адміністративні правопорушення…?" [9, 18–21].

На ці запитання, як видається, необхідно відповісти запереченням. Використання криміналістичних знань в інших, окрім кримінального судочинства, сферах правозастосовчої діяльності відбувається не внаслідок напрацювання специфічних для цих сфер криміналістичних засобів і методів, а шляхом відбору тих із уже розроблених, які можна ефективно використати: здебільшого – це ті чи інші засоби і методи збирання й дослідження матеріальних носіїв інформації, одержання і перевірки вербальної (знакової, у тому числі словесної) інформації. Користувачі криміналістичних знань у таких випадках лише відбирають їх із арсеналу криміналістики та використовують у перетвореному вигляді, аналогічно тому, як використовують ці знання інші науки: археологія, археографія, судова медицина тощо.

Більше того, "криміналістика, предметом свого дослідження має винятково пізнання закономірностей вчинення, розкриття, розслідування та попередження злочинів, а не правопорушень" [1, 70–74; 2, 21; 9, 18–19; 14, 31–33 та ін.].

Тим не менш є науковці, які, навпаки, вважають, що за сучасного трактування предмета криміналістики не варто акцентувати увагу виключно на злочинах [8, 66]. З цією позицію солідарний В.Г. Гончаренко. Він, зокрема, вважає, що "…сфера застосування криміналістики предметно не обмежується правопорушеннями, а поширюється на всі суспільні відносини, які потребують конкретного ситуаційного правового регулювання… Застосуванню криміналістики немає меж. Крім оперативної, слідчої, прокурорської, адвокатської, суддівської діяльності, це може бути нотаріальна, кримінально-виконавча, господарська, банківська діяльність, археологія, літературознавство, мовознавство, мистецтвознавство, архітектура, екологія та ін." [10, 12–13].

Ці слова, якщо не розставити певні акценти між оперативною, слідчою, прокурорською, адвокатською, суддівською діяльністю, з одного боку, і між нотаріаль-

ною, кримінально-виконавчою та іншими вищенаведеними видами діяльності, з іншого (у першу чергу, через помилковість їх розгляду як предметно-однорівневі категорії), спонукають, принаймні, до таких закономірних запитань: невже всі названі види діяльності є об'єктами вивчення криміналістики? Невже закономірності перебігу всіх цих діяльностей утворюють її предмет? Невже і нотаріуси, і працівники кримінально-виконавчої системи, і банкіри, археологи, філологи, екологи і т.д., використовуючи криміналістичні знання, є суб'єктами криміналістичної діяльності, тобто, криміналістами? Мабуть, що ні.

Список літератури:

1. ***Аверьянова Т.В.*** О тактике защиты и социально-психологической характеристике // Актуальні проблеми криміналістики: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (Харків 25-26 вересня 2003 р.). – Харків: Грифон, 2003.
2. ***Аверьянова Т.В.*** Роль и значение деятельности Р.С. Белкина в становлении современной криминалистики. – М., 2002.
3. ***Апарникова Ц.М.*** Использование и проверка вещественных доказательств в гражданском процессе / Соц. законность. – 1957, № 12.
4. ***Белкин Р.С.*** История отечественной криминалистики. – М.: НОРМА, 1999. – 496 с.
5. ***Белкин Р.С.*** Курс криминалистики. В 3 т. Т. 1: Общая теория криминалистики. – М.: Юристь, 1997. – 408 с.
6. ***Богдасарова М.А.*** Из практики криминалистической экспертизы документов по гражданским делам // Сб. науч. трудов Ташкентского НИИСЭ. Вып. 4. – Ташкент, 1961.
7. ***Васенков В.А.*** Правовые, организационные и технические основы применения криминалистических и иных специальных познаний в деятельности органов государственного нотариата. – М., 1982.
8. ***Волчецкая Т.В.*** Развитие криминалистической науки и предмет криминалистики // 50 лет в криминалистике. К 80-летию со дня рождения Р.С. Белкина. – Воронеж: ВГУ, 2002.
9. ***Гавло В.К.*** Метологические аспекты и некоторые пути развития криминалистики // Актуальні проблеми криміналістики: Матеріали мінародної науково-практичної конференції (Харків 25-26 вересня 2003 р.). – Харків: Грифон, 2003.
10. ***Гончаренко В.Г.*** Методологічні проблеми вчення про предмет криміналістики // Актуальні проблеми криміналістики: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (Харків 25-26 вересня 2003 р.). – Харків: Грифон, 2003. – 312 с.
11. ***Кисленко С.Л., Комиссаров В.И.*** Судебное следствие: состояние и перспективы развития. – М.: Юрлитинформ, 2003. – 176 с.
12. ***Кореневский Ю.В.*** Криминалистика для судебного следствия. – М.: АО "Центр ЮрИнфоР", 2001. – 198 с.
13. Криміналістика: Підручник / За ред. В.Ю. Шепітька. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2001. – 684 с.
14. ***Крыгин Е.В.*** Криминалистическая экспертиза в административном процессе. – Харьков, 1982.
15. ***Россинская Е.Р.*** Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. – М.: Норма, 2005. – 656 с.
16. ***Федосеева В.Б.*** Криминалистическая экспертиза документов по гражданским делам. – М., 1966.
17. ***Хван В.А.*** Судебная экспертиза по гражданским делам // Вопросы судебной экспертизы. – Алма-Ата, 1960.
18. ***Шепитько В.Ю.*** Криминалистика: Курс лекций. Издание третье. – Харьков: Одиссей, 2006. – 368 с.

19. ***Яблоков Н.П., Головин А.Ю.*** Криминалистика: природа и система. – М.: Юристъ, 2005. – 174 с.

РЕЗЮМЕ

На основе анализа специальной литературы, переосмысливая соответствующие положения науки криминалистики, предложено свое видение некоторых аспектов ее современного состояния и перспектив развития.

SUMMARY

Based on analysis of special literature, oversens the corresponding position of criminalistic science, called attention to own vision of some aspects in it's current status and future prospects for development.

Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики

Подано 03.10.08

А.Н. Архипова,
старший преподаватель

Н.Н. Китаев,
кандидат юридических наук, доцент
(Иркутский государственный технический университет)

Роль одорологической экспертизы при расследовании убийства “без трупа”

Ключевые слова: *досудебное следствие, расследование убийств, одорологическая экспертиза.*

Расследование убийств, по которым трупы потерпевших не обнаружены, создает большие трудности, что отмечают различные авторы [2; 3,4; 4; 6, 8]. Согласно обобщению Управления криминалистики Генеральной прокуратуры России, с 1999 по 2005 гг. судами с вынесением обвинительного приговора рассмотрено 143 уголовных дела при отсутствии трупа потерпевшего в отношении 191 подсудимого [5].

В данном обобщении следственной практики достаточно подробно отражены такие процессуальные действия по конкретным уголовным делам как осмотр места происшествия и следственный эксперимент, значительное место уделено судебным экспертизам, проведение которых возможно и при отсутствии трупа потерпевшего. Однако среди перечисленных экспертиз не нашли отражение одорологические исследования, которые затем использовались судом при вынесении обвинительного заключения.

В практике прокуратуры Иркутской области имеется положительных пример использования заключения одорологической экспертизы при изобличении убийц в ситуации отсутствия трупа потерпевшего.

Так, в ноябре 1992 г. из собственной квартиры в гор. Иркутске был похищен и бесследно исчез Усов – руководитель страховой компании “Мегарезерв”. Неизвестные лица, представившись сотрудниками милиции, надели на него наручники и увезли в неизвестном направлении. Несколько лет данное преступление оставалось нераскрытым, пока оперативными работниками не была разоблачена банда, возглавляемая бывшим прокурором Небудчиковым.

Из показаний членов банды Тигунцева и Торбеева следствие выяснило, что 24 ноября 1992 г. они по указанию Набудчикова под обманным предлогом увезли потерпевшего Усова на дачу № 87 садоводства “Здоровье” в Шелеховском районе Иркутской области. Здесь они совместно с Небудчиковым задушили Усова, в ту же ночь его тело было вывезено в лесной массив и захоронено в яме, а личные вещи сожжены.

Главарь банды Небудчиков от дачи показаний по данному эпизоду отказывался, как на предварительном следствии, так и в судебном заседании.

При осмотре дачи, где совершено убийство потерпевшего, были взяты соскобы и смывы с паркетного рола, поскольку обвиняемые Тигунцев и Торбеев указывали на факт кровяных выделений изо рта убитого Усова, и последующее замывание водой.

В соответствии с заключением судебно-биологической экспертизы, на двух плитах

© А.Н. Архипова, Н.Н. Китаев, 2008

паркетного пола обнаружены следы крови человека, высказаться о групповой принадлежности которой не представляется возможным ввиду ничтожно малого количества материала [1, 92].

Поиски места тайного захоронения тела потерпевшего оказались безрезультатными. В сложившейся ситуации следователь прокуратуры назначил одорологическую экспертизу, производство которой было поручено Экспертно-криминалистическому центру МВД России. В распоряжение экспертов были представлены образцы, изъятые на даче – месте убийства Усова, а также ношеные зимние сапоги и кроссовки потерпевшего.

Как видно из исследовательской части экспертного заключения, запаховые пробы получены с использованием разработанной в ЭКЦ МВД РФ методики и специального устройства (авторское свидетельство СССР на изобретение № 268837, зарегистрированное 1 февраля 1989 г.). Одорологические исследования проводились на основании методических рекомендаций "Использование запаховой информации в раскрытии и расследовании преступлений" – М.: ВНИИ МВД СССР, 1989., в специально приспособленном лабораторном помещении, при максимальном устранении посторонних раздражителей и оптимальных для собак-детекторов условиях. Применялось 5 собак-детекторов. При исследовании использовалась стартовая, эталонная и исследуемая пробы. С учетом лабораторных исследований эксперты пришли к выводу о едином источнике происхождения запаховых следов человека из соскоба и смыва с представленных паркетных досок, кроссовки и зимнего сапога – на перечисленных объектах обнаружены запаховые следы потерпевшего Усова А.Л. [1, 113].

Давая оценку действиям Небудчикова, Тигунцева и Торбеева суд, с учетом обстоятельств убийства, пришел к выводу, что подсудимые действовали как соисполнители убийства этого потерпевшего. Далее в приговоре говорилось:

"Тот факт, что в ходе предварительного следствия и в судебном заседании не установлено местонахождение тела Усова, не может служить основанием для освобождения виновных лиц от уголовной ответственности. В ходе предварительного следствия принимались меры для отыскания места сокрытия трупа Усова, но оно не было установлено. В настоящее время утрачены все возможности для этого, так как со времени убийства прошло около 8 лет. Природные и ландшафтные условия существенно изменились, что делает невозможным реальное отыскание тела Усова" [1, 21].

Приведенный пример демонстрирует возможности одорологической экспертизы при изобличении убийств в ситуациях осложненного доказывания их вины.

Список литературы:

1. Архив Иркутского областного суда, 2001. Уголовное дело № 2-2-2001. Том 11.
2. ***Килессо Е.Г.*** Методика расследования убийств, сопряженных с безвестным исчезновением потерпевшего: первоначальный этап расследования: Автореф… дисс. канд. юрид. наук. – СПб, 2004.
3. ***Китаев Н.Н.*** Проблемы расследования отдельных видов умышленных убийств. – Иркутск, 1992.
4. ***Мудьюгин Г.Н.*** Расследование убийств по делам, возбужденным в связи с исчезновением потерпевшего: Автореф. дисс. … канд. юрид. наук. – М., 1962.
5. Письмо Генеральной прокуратуры РФ № 28-15-05 от 14 февраля 2006 г. "Обобщение практики расследования уголовных дел, по которым трупы потерпевших не обнаружены".
6. ***Шилин А.В.*** Особенности предварительного расследования по уголовному делу, возбужденному по факту безвестного исчезновения лиц. // Российский следователь. – 2006. – № 1.

РЕЗЮМЕ

В статті автори розглядають деякі особливості розслідування кримінальних справ про вбивства, які пов'язані із безвісним зникненням потерпілих. Наводяться особливості підготовки матеріалів та призначення одорологічної експертизи.

SUMMARY

The author analyses using of modern scientific-technical progress achievement in persons identifying suggesting its identifying methods.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики.

Подано 23.05.08

О.В. Бурак,
аспірантка
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник доцент О.С. Захарова)

Реформування судової системи в Україні

Ключові слова*: судоустрій, спеціалізація судів, судова реформа.*

24 серпня 1991 р. Верховна Рада УРСР прийняла Акт проголошення незалежності України, який було підтверджено народом України на всеукраїнському референдумі 1 грудня того ж року. Проте незалежна Українська держава успадкувала від Радянського Союзу судову систему, властиву тоталітарним політичним режимам. Суди в СРСР навіть не визнавалися судовою владою і були підконтрольні партійним органам, а юрисдикція судів була досить обмеженою. Тому основною передумовою для реформування судової системи в Україні стала невідповідність радянської судової системи потребам демократичного розвитку.

Метою даної статті є розгляд та дослідження теоретичних і практичних проблем судоустрою в контексті судової спеціалізації.

Зміцнення правового статусу судів, певна переоцінка їх ролі в суспільстві пов'язані із здійсненням в Україні судової реформи, відправною точкою для якої стала Концепція судово-правової реформи (далі – Концепція), затверджена постановою Верховної Ради України від 28 квітня 1992 р. [7].

У Концепції було виділено три етапи реформи. Заходи першого етапу спрямовані на законодавче забезпечення судової реформи і мали включати прийняття законів про судоустрій і статус суддів, про Конституційний Суд України, про конституційне судочинство, нових процесуальних кодексів тощо. До першого етапу віднесено також запровадження спеціалізації суддів з розгляду адміністративних справ, створення судових колегій з адміністративних справ і апеляційних колегій у судах обласного рівня і Верховному Суді України. На другому етапі мали бути утворені нові ланки судів: Вищий апеляційний суд, адміністративні суди, суди з розгляду сімейних справ, у справах неповнолітніх. Третій етап, завершальний за Концепцією, полягав в узагальненні результатів попередніх двох етапів, у подальшій спеціалізації судів та вдосконаленню законодавства щодо діяльності судової влади.

Реалізація положень Концепції дала змогу зробити ряд істотних кроків у напрямі розбудови судової системи і засад її функціонування, зокрема, було законодавчо закріплено самостійність судової влади та основні засади її здійснення, почали реалізовуватись принципи територіальності та спеціалізації в побудові судової системи.

Метою судово-правової реформи, що здійснюється в Україні, є формування демократичної правової держави, де гідність особи, її здоров'я, права і свободи, недоторканість і безпека є найвищою соціальною цінністю та гарантуються Конституцією. Судова реформа безпосередньо стосується кожної людини, захисту її прав і свобод. Реформування судової системи з огляду на його надзвичайно важливі правові, соціальні, економічні, політичні й інші наслідки

© О.В. Бурак, 2008

має бути науково обґрунтованим, системним та продуманим. Разом з тим, здійснювані впродовж останніх сімнадцяти років заходи щодо реформування судової системи не призвели до створення належних умов для функціонування неупередженого, незалежного і справедливого суду.

Концепція судово-правової реформи 1992 р. як програмний документ відіграла важливу роль у становленні судової влади в Україні, хоч реальні заходи щодо судової реформи часом суттєво відрізнялися від передбачуваних. А після прийняття Конституції України 1996 р. [5], в якій окреслено нову систему судоустрою, Концепція практично втратила значення програмного документа реформування судової системи, оскільки чимало її положень перестало узгоджуватися із вимогами Основного Закону.

Крім цього, у 1995 р. Україна набула членства у Раді Європи, взявши на себе низку зобов'язань, насамперед у сфері захисту прав людини і правосуддя. Тому Законом України від 17 липня 1997 р. було ратифіковано Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. [1]. Це означало, що з моменту набуття чинності для України, тобто з 11 вересня 1997 р., держава взяла на себе зобов'язання гарантувати право на справедливий судовий розгляд та інші права людини, передбачені Конвенцією. Ці права стали захищатися від порушень з боку держави Європейським судом з прав людини.

Останніми роками у зв'язку з активізацією процесів європейської і євроатлантичної інтеграції актуальним є питання щодо виконання Україною міжнародних зобов'язань стосовно досягнення ефективності і стабільності інституцій, які забезпечують верховенство права. Провідне місце серед цих інституцій займає судова гілка влади.

Між тим відсутність концептуального бачення реформування судової влади призвела до непослідовності і невиправданої повільності процесу перебудови та організації загальних і спеціалізованих судів, що триває вже сімнадцятий рік. Десятки законів, які приймалися начебто на розвиток реформи, не ґрунтувалися на якомусь основному стрижні чи одній ідеології. Автори цих законопроектів нерідко мали на меті не якомога надійніший захист прав та інтересів людини в сфері судочинства, а створення якихось абстрактних моделей, що начебто відповідають так званим світовим стандартам, не задумуючись при цьому, чи є ці моделі функціонально придатними для України, чи спроможна держава забезпечити їх фінансами та кадрами, чи зберігається позитивний вітчизняний досвід, що накопичувався роками.

У наслідку існуюча на сьогодні в Україні система здійснення правосуддя є розбалансованою, не відповідає європейським стандартам і не гарантує право особи на справедливий суд, а відтак не вважається дієвим інститутом захисту прав людини. Численні хаотичні та суперечливі законодавчі ініціативи, спрямовані на зміну системи правосуддя, свідчать про те, що процес реформування є непослідовним, а політики, та й власне і фахівці, не мають узгодженого бачення того, як має виглядати судова система [6; 8].

На сучасному етапі судової реформи і подальшої демократизації суспільного ладу в Україні постає досить багато питань з приводу місця і тієї ролі, яку має відігравати судова влада. Як справедливо зазначається у літературі, існування в радянський період лише судів, які були підпорядковані державі, робило систему правосуддя, з одного боку, безальтернативною (як негативний момент), а з іншого боку, чіткою і послідовною щодо підвідомчості справ судам і певної ієрархії судової влади (позитивний момент) [13, 211]. Тому в процесі вдосконалення системи судоустрою в контексті спеціалізації судочинства при одночасному збереженні єдності судової системи варто уважніше придивитися як до позитивного вітчизняного досвіду попередніх років, так і сучасного досвіду демократичних країн, насамперед, європейських.

Саме тому Указом Президента України від 10 травня 2006 р. було затверджено "Концепцію вдосконалення судівництва для

утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів" (далі – Концепція судівництва), якою визначено, що метою реалізації Концепції є забезпечення становлення в Україні судівництва як єдиної системи судового устрою та судочинства, що функціонує на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів і гарантує право особи на справедливий суд [6].

Концепція складається з десяти розділів. У першому визначено її мету і завдання, виходячи з тих проблем, які існують у судовій системі сьогодні. Другий розділ визначив завдання подальшого розвитку судівництва в Україні як перелік цінностей, на досягнення яких спрямовано реформування. Конкретні заходи щодо проведення судової реформи передбачено у наступних розділах за напрямами: система судів, судочинство, статус суддів, добір, кваліфікація та дисциплінарна відповідальність суддів, суддівське самоврядування, забезпечення діяльності судів, суміжні інститути (адвокатура і правова допомога, прокуратура та система досудового слідства, виконання судових рішень тощо).

Завданнями Концепції було визначено створення цілеспрямованої, науково обґрунтованої методологічної основи розвитку правосуддя в Україні на найближчі десять років, встановлення шляхів удосконалення законодавства у цій сфері, усунення негативних тенденцій, що мають місце внаслідок непослідовності здійснення попередньої судової реформи, забезпечення доступного та справедливого судочинства, прозорості в діяльності судів, оптимізації системи судів загальної юрисдикції, посилення гарантій незалежності суддів, якісне підвищення фахового рівня суддівського корпусу, підвищення статусу суддів у суспільстві, істотне поліпшення умов професійної діяльності суддів, радикальне поліпшення стану виконання судових рішень, створення можливостей для розвитку альтернативних (позасудових) способів розв'язання спорів [6].

Для удосконалення судового устрою у Концепції запропоновано забезпечити більш логічну побудову системи судів загальної юрисдикції відповідно до принципів територіальності, спеціалізації та інстанційності.

Згідно з принципом територіальності суди мають бути утвореними так, щоб їх юрисдикція охоплювала певну територію держави, виходячи з потреби наближення судочинства до людини; спеціалізація полягає в тому, що суди мають бути організовані з урахуванням особливостей предмета судових справ за відповідною юрисдикцією та зумовленого цими особливостями виду судочинства; у відповідності з принципом інстанційності суди мають бути організовані так, щоб забезпечити право на перегляд судового рішення у суді вищого рівня.

З огляду на забезпечення принципу спеціалізації, окрім спеціалізації суддів, Концепцією пропонується окремо утворити кримінальні суди, адміністративні та цивільні суди (передбачається, що господарські суди згодом стануть частиною судів цивільної юрисдикції), а також ліквідувати інститут військових судів. Інстанційна організація судової системи, що пропонується Концепцією, фактично є чотирьохланковою, оскільки передбачає можливість розгляду справи у чотирьох судових інстанціях (касаційний перегляд може здійснюватися двічі: вищим судом відповідної юрисдикції та у виняткових випадках – Верховним Судом України).

Між тим, оскільки вироблення Концепції відбувалося фактично без урахування позиції суддівського корпусу, Рада суддів України у заяві від 26 травня 2006 р. "Про концептуальні підходи Ради суддів України до подальшого здійснення судово-правової реформи в Україні" висловила свою позицію щодо розроблення і затвердження Концепції. Ця позиція полягала насамперед у тому, що, виходячи з положень Конституції, така Концепція має бути затверджена Верховною Радою [3].

Тим часом Національною комісією зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права при Президентові України на підставі згаданої Концепції було розроблено проекти законів України "Про внесення

змін до Закону України "Про судоустрій України" [10] і "Про внесення змін до Закону України "Про статус суддів" [11], якими запропоновано викласти зазначені закони у новій редакції. Підготовку законопроектів було здійснено фактично без залучення представників суддівського корпусу. При цьому не було взято до уваги принципові положення щодо судоустрою та статусу суддів, висловлені в заяві Ради суддів від 26 травня 2006 р. Попри це зазначені законопроекти наприкінці 2006 р. були внесені главою держави на розгляд парламенту.

Цей факт змусив Раду суддів України висловити свою позицію щодо законопроектів "Про внесення змін до Закону України "Про судоустрій України" і "Про внесення змін до Закону України "Про статус суддів". Як зазначалось у зверненні Ради суддів України до Президента України та Верховної Ради України від 9 лютого 2007 р., "… при підготовці названих законопроектів було порушено принцип демократизму нормотворчої діяльності – ці базові для функціонування державної влади загалом і судової системи зокрема проекти законів не були винесені на обговорення науковцями, юристами, професійними суддями. Таке обговорення було нашвидкоруч організоване після внесення цих законопроектів на розгляд парламенту, коли воно втратило практичний сенс, оскільки прийняття їх парламентом у першому читанні означало б схвалення їхньої концепції, яка в багатьох випадках видається хибною" [4].

У п. 3 звернення Ради суддів зазначалось, що аналіз унесених на розгляд парламенту законопроектів про судоустрій та статус суддів свідчить про те, що їх автори в багатьох випадках вибрали помилкові підходи до визначення напрямів подальшого розвитку судової реформи. У цілому запропоновано екстенсивний шлях розвитку вітчизняної судової системи – збільшення кількості судових органів та суддів. Такий підхід, який автори законопроектів пояснюють реалізацією принципу спеціалізації судової діяльності, невиправдано ускладнює судову систему, робить її малозрозумілою не лише для громадян, а й фахівців у галузі права, зокрема для професійних суддів [4].

Розробникам законопроектів судова система України видається як чотири автономних системи судів відповідних юрисдикцій (цивільна, господарська, адміністративна і кримінальна), кожна з яких складається з судів першої, апеляційної та касаційної інстанцій, що об'єднуються Верховним Судом України лише завдяки запровадженню повторної касації. Але незважаючи на завдання щодо здійснення повторного касаційного перегляду лише у разі виявлення різного застосування норм права касаційними судами окремих юрисдикцій, Верховний Суд України не є єдиним судовим органом, а складається з чотирьох самостійних судових палат (у цивільних, господарських, адміністративних і кримінальних справах), а відтак потребує реформування для подолання різного застосування норм права у власній практиці [6; 8].

Загалом запропонована авторами законопроекту "Про внесення змін до Закону України "Про судоустрій України" система судоустрою є історично виправданою для нашої країни та зрозумілою для людей, оскільки суди розглядатимуть специфічні види правовідносин.

Разом з тим вже під час реалізації судової реформи виникло чимало нових проблем, які потребують концептуального вирішення. На сьогоднішній день основні складові елементи судової системи – Конституційний Суд України, Верховний Суд України, Вищий адміністративний та Вищий господарський суди України – відокремлені один від одного не лише приписами процесуальних законів, але й мають притаманні тільки їм особливості організації.

У відповідності із ч. 2 ст. 125 Конституції України Верховний Суд України визнається найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції, тобто вершиною судової піраміди у державі [5]. На розвиток цієї конституційної норми ст. 18 Закону України "Про судоустрій України" як одну з гарантій єдності систе-

ми судів загальної юрисдикції передбачає забезпечення Верховним Судом України однакового застосування законодавства [2]. Це практично реалізовується шляхом перегляду ним постанов Вищого господарського та Вищого адміністративного судів, а також постанов апеляційних судів загальної юрисдикції. Це виправдано, оскільки за таких умов зберігається вплив Верховного суду на однорідність судової практики, але уникається його перевантаження рядовими спорами.

Втім ситуації з касаційним переглядом судових актів у господарських та в цивільних спорах значною мірою відрізняються. Так, Вищий господарський суд переглядає судові акти з дотриманням встановленого процесуальним законодавством двохмісячного строку, а той же час, в даний момент має місце перевантаження цивільної палати Верховного суду України, яка наразі розглядає касаційні скарги, що надійшли ще у 2003 році. Це в свою чергу не сприяє оперативному розгляду справ у розумний строк. Також слід відзначити значне перевантаження районних судів.

Як відомо, Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів вказує на незавершеність реформи норм процесуального права. Проте досвід і практика засвідчують: у вдосконаленні сфери правосуддя основні зусилля необхідно зосередити на вдосконаленні саме правил розгляду судових справ. Це зробило б діяльність суду більш ефективною, процес зрозумілим, простим, оперативним, менш затратним, не обтяжливим для суддів та людей.

Попри це прийнятий ще за радянських часів і суттєво змінений КПК не задовольняє потреби суспільства, господарські суди вирішують справи за правилами ГПК, які не узгоджуються із положеннями ЦПК і КАС. А розробка нових проектів ГПК свідчить, що, копіюючи деякі європейські стандарти, автори цього акта не завжди враховують реалії правової ситуації в Україні.

Дійсно, Верховному Суду України необхідні повноваження щодо корекції судової практики вищих спеціалізованих судів, якщо вони допускають непослідовність (неоднаковість) при застосуванні законодавства в аналогічних справах або роблять взаємовиключні висновки на підставі одних і тих самих норм матеріального і процесуального права. Але в той же час, нерозумно було б відмовитися від вищих спеціалізованих судів, оскільки це означало б допустити таку ж ситуацію, як і з касаційним переглядом Верховним судом цивільних справ, коли такого правосуддя доводиться чекати роками, що не сприятиме доступності правосуддя та оперативності судового розгляду.

Як відзначається у неодноразових заявах і зверненнях Ради суддів України і голови Верховного Суду України, здійснення повторного касаційного перегляду судових рішень має відноситись до повноважень Верховного Суду, оскільки, по-перше, він є єдиним судовим органом у нашій державі, в якому процесуально консолідуються всі види судочинства (крім конституційного); по-друге, його рішення є остаточними в межах держави і за загальним правилом не підлягають подальшому оскарженню; по-третє, виконання ним касаційної функції є одним з основних правових засобів забезпечення справедливого правосуддя, стабільності судової влади та єдиної судової практики [9].

Крім цього, варто зазначити, що визнання за вищими судами відповідних спеціалізованих юрисдикцій права на ухвалення остаточного рішення може спровокувати виникнення ситуації, коли будь-яке рішення Верховного Суду України може визнаватися Європейським судом таким, що суперечать ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. За такого підходу фактично піддаються сумніву положення Конституції України стосовно того, що Верховний Суд України є найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції, а перегляд ним судових актів вищих спеціалізованих судів після прийняття цими судами остаточних рішень може визнаватися Європейським судом як такий, що порушує ст. 6 Конвен-

ції. У цьому сенсі є неприпустимим діяти без урахування рішень Верховного Суду України, тому позиція окремих правників, відповідно до якої вищий спеціалізований суд має стати остаточною інстанцією при вирішенні спору, суперечить приписам ст. 125 Конституції.

Визнання нашою країною найважливіших міжнародних стандартів у галузі захисту прав людини потребує відповідного юридичного механізму забезпечення захисту прав і свобод фізичних і юридичних осіб. Між тим існування в Україні кількох вищих спеціалізованих судів з перспективою їх збільшення на підставі норми ч. 3 ст. 125 Конституції про те, що вищими судовими органами спеціалізованих судів є відповідні вищі суди, вимагає доктринального переосмислення необхідності раціонального використання принципу спеціалізації судової системи.

Загалом в останні роки замість вжиття системних, науково обґрунтованих і суспільно орієнтованих заходів проведення судової реформи звичною стає практика лобіювання законопроектів, які базуються на концептуально хибних засадах визначення судового устрою України, прямо суперечать Конституції України і містять юридично необґрунтовані пропозиції.

Усе викладене дозволяє стверджувати, що судова реформа вже давно в нашій країні стала нагальною суспільною потребою. Разом з тим реформа має забезпечити єдність та цілісність судової системи. Тому потрібно негайно зупинити процес автономізації окремих складових судової системи, а натомість законодавчо забезпечити розвиток спеціалізованих юрисдикцій – спеціалізації розгляду судових справ з урахуванням особливостей предмета судових справ за відповідною юрисдикцією та зумовленого цими особливостями виду судочинства.

Ще одна засада реформи – забезпечення доступності правосуддя. Варто пам'ятати, що суд існує для людини, тому всі пропозиції щодо реформування системи судів та судочинства необхідно оцінювати з позиції людини. У неї не повинно виникати істотних труднощів у зверненні до суду, в тому, щоб взяти участь у судовому засіданні, отримати судове рішення тощо.

На наше переконання, судова реформа не буде ефективною, якщо вона проводитиметься окремо від заходів, спрямованих на розбудову України як демократичної, соціальної і правової держави. Тому судова реформа має бути головною складовою конституційної реформи.

Як відомо, Законом України "Про внесення змін до Конституції України" від 8 грудня 2004 р. було відкореговано механізм стримувань і противаг між главою держави, законодавчою і виконавчою владою. Між тим статус судової влади залишився незмінним. Тому на часі внесення певних змін і доповнень до розділу VIII Конституції України з метою забезпечення становлення в Україні системи спеціалізації судової діяльності.

В подальшому судова реформа і, зокрема, реалізація принципу спеціалізації судової діяльності мають відбуватися шляхом паралельного здійснення перспективних і першочергових заходів. До перших мають бути віднесені ті заходи, здійснення яких пов'язане із внесенням змін до Конституції. Саме в ній мають бути визначені стратегічні та ідеологічні пріоритети судоустрою і судочинства.

Відповідно до ст. 6 Конституції державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України. Але Конституцією не визначено, які саме органи належать до судової влади (на відміну від органів законодавчої і виконавчої влади), що стало причиною відсутності чіткого і системного бачення стратегії реформи у законотворчому процесі, непослідовних і суперечливих кроків при розбудові судової системи. Таким чином, питання організаційно-правових засад перебудови спеціалізованих судів в Україні в контексті європейських стандартів в наш час залишаються актуальними.

Існуюча система судів загальної юрисдикції, без сумніву, потребує вдосконалення з метою реалізації засад судочинства, визначених Конституцією, міжнародних зобов'язань України щодо забезпечення права кожної особи на захист компетентним і неупередженим судом, а також з метою наближення правосуддя до громадян. Правильно організована система спеціалізації судової діяльності є однією з гарантій справедливого та ефективного правосуддя в Україні, всебічного і повного судового захисту прав і свобод громадян. При цьому реформування судової системи або системи судів в Україні полягає не в тому, яку саме систему ми оберемо – європейську, американську чи іншу. Головне – буде вона демократичною чи ні.

Список літератури:

1. Закон України "Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції" від 17 липня 1997 року № 475/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 40. – Ст. 263.
2. Закон України "Про судоустрій України" від 7 лютого 2002 року № 3018-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 27–28. – Ст. 180.
3. Заява Ради суддів України "Про концептуальні підходи Ради суддів України до подальшого здійснення судово-правової реформи в Україні" від 26 травня 2006 року // www.liga.ua
4. Звернення Ради суддів України до Президента України та Верховної Ради України про проекти законів України "Про судоустрій України" і "Про статус суддів" від 9 лютого 2007 року // www.liga.ua
5. Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
6. Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів. Затверджена Указом Президента України від 10 травня 2006 року № 361/2006 // www.liga.ua
7. Концепція судово-правової реформи в Україні // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 30. – Ст. 426.
8. ***Оніщук М.*** Удосконалення правосуддя: засади реформування // Юридичний вісник України. – 2007. – № 14.
9. ***Онопенко В.*** Проти руйнації судової системи // Юридичний вісник України. – 2008. – № 11.
10. Проект закону України "Про внесення змін до Закону України "Про судоустрій України" від 27 грудня 2006 року (реєстр. № 2834) // www.rada.gov.ua/proza.htm
11. Проект закону України "Про внесення змін до Закону України "Про статус суддів" від 27 грудня 2006 року (реєстр. № 2835) // www.rada.gov.ua/proza.htm
12. ***Сердюк В.*** Єдність судової системи в контексті судово-правової реформи // Юридичний вісник України. – 2008. – № 5.
13. ***Фурса С.Я., Щербак С.В., Євтушенко О.І.*** Цивільний процес України: Проблеми і перспективи. Науково-практичний посібник. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2006.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются вопросы реформирования судебной системы, в частности вопросы, связанные с системой специализированных судов.

SUMMARY

The article deals with the problem of reforming judicial system, in particular, questions, connected with the system of specialized courts.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Подано 23.06.08

А.М. Хливнюк,
аспірантка
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник доцент О.С. Захарова)

Участь Державної судової адміністрації України у фінансуванні судів

Ключові слова: *державна судова адміністрація, суд, незалежність судів та суддів, фінансування судів.*

Фінансування судів у розмірі, достатньому для належного виконання судами їх функцій, є одним із складових елементів незалежності судів, а отже, і однією із ключових функцій Державної судової адміністрації України (далі – ДСА) та територіальних управлінь державної судової адміністрації. Крім того, ДСА займається питаннями фінансового забезпечення кваліфікаційних комісій суддів та органів суддівського самоврядування. Важливість питання фінансування полягає в тому, що від успішного його вирішення залежить розв'язання проблем матеріально-технічного, кадрового, соціального, інформаційного та ін. характеру.

Слушною є думка В.Б. Яцини про те, що "кожна влада повинна визначатись певною організаційною і фінансовою самостійністю, що є необхідними чинниками її дієвості" [2, 130–131]. Те, що належне фінансування судів є важливою гарантією їх незалежності вважають Б. Футей, В.І. Німченко, П.Ф. Мартиненко, Д.М. Притика [14, 14–16], П.П. Пилипчук [12, 3–4], В.В. Онопенко [10, 40], М.Д. Савенко [16, 35], В.В. Городовенко [1, 43], Ю.Д. Долгов [2, 62–63] та ін.

Згідно з Основними принципами незалежності судових органів, схваленими 29 листопада та 13 грудня 1985 р. резолюціями Генеральної Асамблеї ООН [7, 13–18], на кожну державу – члена ООН покладається зобов'язання виділяти відповідні кошти, які б давали змогу судовим органам належним чином виконувати свої функції. Незалежність судових органів гарантується державою і закріплюється в Конституції або законах країни. Усі державні та інші установи зобов'язані поважати незалежність судових органів і дотримуватися її (п. 1, 7). Крім того, Віденська декларація і Програма дій, прийнята на другій Всесвітній конференції з прав людини 25 червня 1993 р. [7], наголошує на необхідності належним чином фінансувати установи, які здійснюють правосуддя (п. 27) [11, 4].

Іншим важливим міжнародним документом в цій сфері є Висновок Консультативної Ради європейських суддів для Комітету міністрів Ради Європи про фінансування та управління судами [7, 126], в якому наголошується на явний зв'язок між фінансуванням судами та принципами Європейської конвенції з прав людини: доступ до правосуддя та право на справедливий судовий розгляд не можуть бути належним чином гарантовані в тому випадку, якщо справа не може бути розглянута судом у розумний строк, оскільки в даного суду немає відповідних коштів і ресурсів, для того щоб ефективно здійснювати свої завдання.

Процес фінансування судів можна умовно поділити на три стадії, якими є: визначення розміру фінансування судів,

© А.М. Хливнюк, 2008

виділення бюджетних коштів на фінансування судів, витрачання виділених коштів [10, 41].

Джерелом фінансування судів України є Державний бюджет України. Це положення закріплене у ч. 1 ст. 130 Конституції України, якою встановлено, що держава забезпечує фінансування та належні умови для функціонування судів і діяльності суддів, а в ч. 3 ст. 120 Закону України "Про судоустрій України" зазначено, що видатки на утримання судів у Державному бюджеті України визначаються окремими рядками по загальних судах і спеціалізованих судах, а також окремими рядками по місцевих судах, апеляційних судах, військових судах (місцевих та апеляційних разом) та окремо по кожному вищому спеціалізованому суду. Ці видатки не можуть бути скорочені в поточному фінансовому році. Дані положення повністю кореспондуються з правовою позицією Конституційного Суду України, яка була викладена у Рішенні від 24 червня 1999 р. № 6-рп/99 у справі про фінансування судів, у Рішенні від 3 жовтня 2001 р. № 12-рп/2001 у справі про відшкодування шкоди державою, Рішенні від 20 березня 2002 р. № 5-рп/2002 у справі щодо пільг, компенсацій і гарантій.

Законодавством фактично заборонено фінансування судів, як органів державної судової влади, не з Державного бюджету. Це витікає з положень Бюджетного кодексу України (зокрема, ст. 13 та 85, ч. 8 ст. 3) та Закону України "Про джерела фінансування органів державної влади" (ст. 2).

Слід зазначити, що зміни до Закону України "Про судоустрій України" щодо закріплення норми, яка передбачає фінансування органів судової системи лише з державного бюджету, обґрунтовувались потребою боротьби з корупцією. Однак, як наголошують представники регіонів, уся допомога, яка надходила до судів, оприбутковувалась, і підстав для звинувачення у корумпованості не було [6, 5].

До речі, Верховною Радою України було прийнято проект Закону про внесення доповнення до Кримінального Кодексу України (№ 3148), який передбачав відповідальність за незаконне фінансування судових органів поза Державним бюджетом посадовою особою органу виконавчої влади, місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації незалежно від форми власності або фізичною особою в будь-якій формі. Але Президент України вніс пропозицію щодо відхилення цього Закону, яка згодом була підтримана Верховною Радою України. Як зазначається у висновку Головного науково-експертного управління Верховної Ради, встановлення кримінальної відповідальності за діяння, пов'язані з позабюджетним фінансуванням судових органів, не змінює ситуації в принципі, не розв'язує проблеми їх недостатнього фінансування. Однак передбачені проектом дії можуть бути кваліфіковані за низкою інших статей чинного Кримінального кодексу України.

Цікавою з цього приводу є думка, що дане доповнення не відповідає Конституції України і порушує рівність трьох гілок влади, адже не передбачено відповідальності за незаконне фінансування органів законодавчої чи виконавчої влади, встановлюється цим самим дискримінаційний режим для суб'єктів позабюджетного фінансування судових органів [3, 6].

На нашу думку, встановлення імперативної норми щодо фінансування органів судової влади все-таки є правильним і логічним продовженням конституційного положення про обов'язок держави забезпечувати фінансування та належні умови для функціонування судів і діяльності суддів.

На сьогодні визначальною нормою, яка регламентує виділення та перерахування коштів на фінансування судів, слід вважати ч. 2 ст. 121 Закону України "Про судоустрій України", де передбачено, що видатки на утримання судів не пізніше 10 числа кожного місяця перераховуються органами Державного казначейства України на рахунки Верховного Суду України, інших судових установ – головних розпорядників бюджетних коштів та на рахунки територіальних управлінь державної судової адміністрації.

Частиною 2 ст. 120 цього ж Закону передбачено, що головними розпорядниками

коштів Державного бюджету України щодо фінансового забезпечення діяльності судів є окремо Верховний Суд України, Конституційний Суд України та вищі спеціалізовані суди, а також ДСА – щодо фінансового забезпечення діяльності всіх інших судів загальної юрисдикції, а також діяльності кваліфікаційних комісій суддів усіх рівнів, органів суддівського самоврядування та державної судової адміністрації.

Встановлення цієї норми змінило на краще практику фінансування судів, яка існувала раніше і згідно з якою функції головного розпорядника коштів Державного бюджету, які виділялись на фінансування судів (окрім Конституційного Суду України, Верховного Суду України та Вищого господарського суду України), здійснювались Міністерством юстиції України [10, 48].

Однак положення ст. 120, 121 та 122 Закону України "Про судоустрій України" містять певні суперечності, що може призвести до серйозних непорозумінь і проблем при виконанні положень цього закону на практиці. По-перше, ч. 2 ст. 121 дає можливості для різних інтерпретацій у тому значенні, що нею не встановлено вимоги виділення до 10 числа місячного обсягу фінансування в повному обсязі. Відтак органи виконавчої влади можуть вважати, що ця норма виконується і в тих випадках, коли станом на відповідну дату кожного місяця виділено лише 50 або 60% від місячного розміру фінансування.

По-друге, положення ст. 120 та 121 Закону України "Про судоустрій України" встановлюють істотні відмінності від встановленого Бюджетним кодексом порядку. Зокрема, із норм статей випливає, що судові установи, ДСА та її територіальні управління повинні мати власні бюджетні рахунки у банківських установах. У той же час чинне бюджетне законодавство не передбачає можливості для бюджетних установ мати самостійні бюджетні рахунки. Зокрема, в ст. 48 Бюджетного кодексу визначено, що в Україні застосовується казначейська форма обслуговування Державного бюджету України. Статтею 51 Бюджетного кодексу передбачено, що розпорядники бюджетних коштів спочатку у межах встановлених кошторисами бюджетних асигнувань беруть бюджетні зобов'язання (тобто укладають угоди на придбання товарів, одержання послуг, виконання для них робіт) і лише після отримання відповідно до цих зобов'язань товарів, робіт чи послуг подають доручення на їх оплату органу Державного казначейства. Таким чином, бюджетні установи і організації не мають самостійних бюджетних рахунків, вони мають лише реєстраційні рахунки в органах Державного казначейства, які є інструментами обліку органами Державного казначейства коштів, виділених з метою фінансування відповідного розпорядника чи одержувача бюджетних коштів.

По-третє, зі змісту ст. 122 виходить, що "суди...забезпечують поточні потреби своєї діяльності самостійно...". Тобто, знову ж таки, простежується намагання законодавця встановити спеціальний, відмінний від інших державний органів, порядок фінансування судів. Однак ці норми є настільки загальними, що унеможливлює їх застосування.

Отже, в подальшому потрібно врегулювати ці розбіжності – шляхом встановлення обов'язку повного та своєчасного виділення бюджетних коштів на потреби судів, внесення відповідних поправок до бюджетного законодавства, зазначивши дію спеціальної норми Закону України "Про судоустрій України".

ДСА за погодженням з Радою суддів розробляє і затверджує єдині нормативи фінансового забезпечення судів загальної юрисдикції, які переглядаються не рідше одного разу на три роки. На підставі нормативів затверджуються кошториси витрат на утримання судів. Відповідальність за фінансове забезпечення діяльності кожного суду згідно з затвердженими нормативами покладається на органи державної судової адміністрації. Контроль за додержанням вимог щодо фінансування судів здійснює Рада суддів, а також органи державної влади, визначені законом.

Погодження нормативів фінансового забезпечення з Радою суддів можна назвати умовним, тому що у законі відсутній чіткий механізм вирішення спірних питань між

цими органами. Якщо орган суддівського самоврядування не дає згоди, то на підставі розроблених, хоч і не затверджених нормативів продовжується процес фінансування. Таким чином, втрачається основний елемент самостійності і незалежності судів загальної юрисдикції – фінансове і матеріально-технічне забезпечення судів, а також пов'язана з цим винагорода та соціально-побутове забезпечення суддів.

ДСА до початку бюджетного року визначає мережу розпорядників коштів бюджету нижчого рівня та одержувачів бюджетних коштів за територіями (обласний рівень), чітко визначившись із статусом кожної установи, яка обслуговується у відповідному органі Державного казначейства. Не пізніше ніж за 15 днів до початку бюджетного року ДСА подає Державному казначейству на паперових та електронних носіях мережу установ та організацій, які отримують кошти з державного бюджету.

Ще однією проблемою, не до кінця вирішеною Законом України "Про судоустрій України", є питання про те, яким чином бюджетні кошти, виділені на фінансування певного суду, мають розподілятись між цим судом та територіальним управлінням ДСА, яке здійснює забезпечення діяльності даного суду.

Частково цю проблему розв'язує ч. 2 ст. 122 Закону України "Про судоустрій України", якою передбачено: суди та інші установи, що мають статус юридичної особи, забезпечують поточні потреби своєї діяльності самостійно або на підставі окремих замовлень через державну судову адміністрацію. Витрати на потреби капітального ремонту, реконструкції та нового будівництва приміщень судів, а також інші капітальні витрати здійснюються через державну судову адміністрацію. Ця норма дає підстави для висновку, що бюджетні витрати судів на капітальні потреби мають здійснюватись через установи судової адміністрації, які, очевидно, і будуть отримувати бюджетні кошти на ці цілі та розпоряджатись ними відповідно до законодавства.

Що ж стосується інших потреб (і, відповідно, інших бюджетних витрат) судів, то питання про те, як мають розподілятись між судами та територіальними управліннями ДСА виділені для їх фінансування бюджетні кошти, залишається відкритим.

В сфері фінансування органів та установ судової системи ДСА здійснюються й інші важливі заходи. Зокрема, ДСА запроваджено постійно діючу систему підвищення кваліфікації бухгалтерів через проведення семінарів та надання консультацій і роз'яснень в телефонному режимі, здійснено комп'ютеризацію ведення бухгалтерського обліку в підзвітних установах, створено жорсткий механізм подачі звітної документації від підзвітних установ до ДСА з метою недопущення утворення нових сум заборгованості, організовано централізовані закупівлі з метою зниження вартості за рахунок обсягу та ін.

Однак аналіз положень нормативно-правових актів з питань фінансування судів та публікацій в ЗМІ про фактичне їх фінансування, свідчить, що загальний стан фінансування судів в Україні є вкрай незадовільним [4; 6]. Так в 2005 р. при збільшенні розміру державного бюджету майже в два рази витрати на утримання судів були збільшені лише на 6%, і це при тому, що лише у зв'язку зі змінами процесуального законодавства та умов оплати праці потреби судової системи зросли на 52% [18, 7]. У 2007 р. при збільшенні доходів бюджету на 9,4% ці витрати збільшено – на 2,2% [19, 7]. І вже у 2008 р. передбачено суттєве збільшення видатків на фінансування судової влади майже на 50%.

Нестачу коштів на фінансування судів можна пояснити обмеженістю ресурсів Державного бюджету. Однак загальні витрати на фінансування судів сьогодні становлять менше 1% від дохідної частини Державного бюджету України. Як видається, ці причини слід шукати у реальній практиці прийняття рішень щодо розпорядження бюджетними коштами, яка, до того ж, знайшла своє закріплення у відповідних нормативно-правових актах. Зокрема, Кабінет Міністрів України має монопольне право законодавчої ініціативи щодо проектів річних законів про Держав-

ний бюджет України і, користуючись цим правом, вносить до парламенту пропозиції щодо фінансування судів, сформульовані на власний розсуд. Як результат, за останні роки бюджетні запити органів судової влади жодного разу не були враховані у повному обсязі, а лише на 40-50% [15, 10; 19, 6].

Окрім цього, попри певну деталізацію і конкретизацію приписів бюджетною законодавства, здійснену шляхом прийняття у 2001 р. Бюджетного кодексу, органи виконавчої влади (Кабінет Міністрів України, Міністерство фінансів України, Державне казначейство, ДСА України) і досі користуються широко дискрецією при оперативному вирішенні питань про розподіл і спрямування наявних у держави в певний момент бюджетних коштів. Якщо стосовно інших органів виконавчої влади та підпорядкованих їм підприємств, організацій установ така дискреція виглядає необхідною і природною, то наявність її стосовно органів судової влади не може вважатися нормальним явищем [10, 56].

Отже, чинне бюджетне законодавство визначає правила здійснення операцій з бюджетними коштами без урахування принципу розподілу влади і незалежності судової влади. В Законі України "Про судоустрій України" закладено основу виділення бюджетних коштів судам, яка відрізняється від загального порядку, однак, норми є настільки невизначеними, що органи виконавчої влади продовжують застосовувати загальні норми бюджетного законодавства.

Таким чином, виходячи із правового статусу ДСА та встановленого порядку, фінансування судів загальної юрисдикції здійснюється фактично в межах, визначених виконавчою владою [16, 37]. І все це при тому, що достатнє фінансування є своєрідним юридичним визнанням державного і суспільного авторитету судової влади, є невід'ємним елементом її статусу [2, 31].

Отже, актуальним питанням функціонування судової системи є те, що носії судової влади або представники судового самоврядування не беруть участі у виробленні тієї частини державного бюджету, в якій передбачаються витрати на утримання судів [5, 233].

Такий порядок побудови механізму фінансування судової системи, на думку В.Д. Савенка, ставить під сумнів повну самостійність більшості суддів через нечітко визначений порядок формування у Державному бюджеті України видатків на утримання суддів. Надається пропозиція всі зазначені видатки у Державному бюджеті України визначати окремим рядком по кожному суду на підставі складеного і належно обґрунтованого самим судом кошторису та перераховуватись на рахунок без посередника [16, 37]. Погоджуючись із даною позицією, слід ще додати, що роль ДСА при такому порядку фінансування має полягати, по-перше, в узагальненні та перевірці таких кошторисів і централізованому поданні їх до Міністерства фінансів України, по-друге, у контролі спільно з органами суддівського самоврядування за їх використанням.

Ця пропозиція повністю узгоджується із міжнародними стандартами, зокрема у Висновку Консультативної Ради європейських суддів для Комітету міністрів Ради Європи про фінансування та управління судами [7, 126] наголошується на тому, що фінансування судів не повинно залежати від політичних змін. І хоча рівень фінансування судів відноситься до категорії політичних рішень, необхідно, щоб у системі, заснованій на поділі влади, завжди було забезпечено таке положення, щоб ні виконавчі, ні законодавчі органи не мали можливості робити який-небудь тиск на судові органи при розгляді їхнього бюджету.

Обґрунтованими є висловлювання науковців та практичних працівників, що обов'язок ДСА України щодо фінансування судових органів не сприяє незалежності суддів та судів, [9, 17] не є адекватним високому статусу судової влади та її місцю в системі владних інститутів України [2, 131; 8, 38; 13, 35] через те, що вона є органом виконавчої влади. Про те, що "хронічне недофінансування судової системи, неприховане бажання представників інших

державних органів забезпечувати цей процес "у ручному режимі" (хочу – виділяю кошти, хочу – ні)" є одним із способів тиску на суд та було предметом особливої уваги на позачерговому VIII з'їзді суддів України [17, 92].

Цілком слушною є думка Л. Москвич, що реалії сьогодення питання матеріальної незалежності суддів із соціально-економічної сфери в соціально-політичну. Щоб обмежити соціально-політичний аспект на незалежність суддів, потрібно доручити соціально-економічне забезпечення суду самостійному органу, який би не входив в систему ні законодавчої, ні виконавчої влади [8, 146].

Отже, потрібно вирішувати питання виведення ДСА із підпорядкування виконавчої влади, визначивши її статус як органу організаційного забезпечення в системі судової влади.

Для покращення фінансування судів потрібна не лише зміна правового статусу ДСА, а й побудова прозорого механізму фінансування судів шляхом внесення істотних законодавчих змін, які можуть передбачати:

1) розробку за участю самих суддів (через органи суддівського самоврядування) економічно обґрунтованих базових нормативів забезпечення фінансових потреб судів і на їх основі — щорічних розрахунків реальної потреби органів судової влади у фінансових ресурсах;

2) обов'язкове ознайомлення законодавців з документами, що містять розрахунки фінансових потреб судів, до прийняття ними відповідного річного закону про Державний бюджет України;

3) забезпечення безпосередньої участі суддів у підготовці бюджетів судів;

4) надання мотивованого пояснення Кабінетом Міністрів України у разі неповного врахування внесених пропозицій;

5) заборону зменшення розміру поточних (або таких, що не мають одноразового характеру) видатків органів судової влади у річних бюджетних законах, а можливо, й імперативний припис про обов'язкове нормативне щорічне збільшення розміру таких видатків протягом певного періоду;

6) введення до державного бюджету окремими рядками кожного суду (місцевого, апеляційного, Верховного Суду України), а також інших органів судової влади;

7) визначення на законодавчому рівні механізму повного та своєчасного отримання органами судової влади коштів, призначених відповідно до закону на їх фінансування, незалежно від волі і розсуду органів виконавчої влади чи їх посадових осіб (або визначення заходів, що можуть бути вжиті у випадку неповного або несвоєчасного виділення бюджетних коштів);

8) виведення органів судової влади із системи казначейського виконання бюджету і надання судам та органам ДСА права самостійно (але у відповідності до затверджених кошторисів і під контролем уповноважених державних органів) розпоряджатись виділеними на їх фінансування бюджетними коштами

Аналіз норм чинного бюджетного законодавство свідчить, що правила здійснення операцій з бюджетними коштами визначені без урахування принципу розподілу влади і незалежності судової влади. В Законі України "Про судоустрій України" закладено основу виділення бюджетних коштів судам, яка відрізняється від загального порядку, однак, норми є настільки загальними та невизначеними, що органи виконавчої влади застосовують загальні норми бюджетного законодавства.

Ухвалення законодавчих новацій, які б передбачали реалізацію запропонованих вище положень, дозволить встановити єдиний підхід до фінансування судової системи, а отже, змінити на краще ситуацію з забезпечення судів.

Список літератури:

1. ***Городовенко В.В.*** Європейські стандарти незалежності судової влади // Вісник Верховного Суду України. – 2006. – № 1(65).
2. Етичні та правові проблеми забезпечення незалежності суддів. Матеріали наук.-практ. семінару, 30-31 березня 2005 р., м. Харків / В.В. Сташис (голов. ред.) — К. : ЦНТ "Гопак", 2006.
3. ***Зизда О.*** Кто вправе спонсировать суды? // Юридическая практика, № 43(357), 26 октября 2004 г.
4. ***Корнійчук Є.*** Класична модель трьох рівних гілок влади в Україні не вибудована // Юридичний журнал. – 2007. – № 9(63).
5. ***Лемак В.*** Особливості судової влади в Україні: теоретичні та практичні аспекти // Українське право. – 2006. – № 1.
6. ***Макаренко Г.*** Судова влада: незалежна – значить не залежна економічно // Юридичний вісник України, № 43, 23-29 жовтня 2004 р.
7. Міжнародні стандарти незалежності суддів: Збірка документів. – К.: Поліграф-Експрес, 2008.
8. ***Москвич Л.М.*** Статус суддів: теоретичний та порівняльно-правовий аналіз. – Харків, 2004.
9. ***Оніщук М.*** Судово-правова реформа: чи буде дано відповіді на виклики часу ? // Право України. – 2003. – № 5.
10. ***Онопенко В.В.*** Забезпечення незалежності судової влади у сфері фінансування судів: законодавство та практика // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2003. – № 12.
11. ***Пилипчук П. П.*** Належне фінансування судової влади як одна з гарантій самостійності судів і незалежності суддів // Вісник Верховного Суду України. – 2005. – № 1.
12. ***Пилипчук П.П.*** Ще раз про незалежність суддів // Вісник Верховного суду України. – 2005. – № 9(61).
13. ***Подкопаєв С.В.*** Дисциплінарна відповідальність суддів: сутність, механізм реалізації. – Харків: ВД Інжек, 2003.
14. ***Полешко А.*** Судова система в проекті Конституції України // Право України. – 1992. – № 11.
15. Проблеми у сфері правосуддя можна подолати лише системними заходами (Матеріали розширеного спільного засідання Президії Верховного Суду України, президії Ради суддів України та колегії Державної судової адміністрації України, яке відбулося 18 квітня 2008 р.) // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 5(93).
16. Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи. Матеріали наук.-практ. конф., 18-19 квітня 2002 р., м. Харків / Редкол.: Сташис В.В. (голов. ред.). – К.: Юрінком Інтер, 2002.
17. Учасники позачергового VIII з'їзду суддів України заявляють про безпрецедентний тиск на судову владу // За матеріалами сайту Верховного Суду України www.scourt.gov.ua.
18. ***Шестопалов К.*** Недофинансирование – судейская боль // Юридическая практика, № 43(357), 26 октября 2004 г.
19. ***Шустік О.*** Обмеження фінансування рівнозначне обмеженню незалежності // Судоустрій і судочинство в Україні. – 2006. – № 1–2.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматривается актуальная проблема современного этапа судебно-правовой реформы в Украине - выполнение Государственной судебной администрацией Украины функции финансирования судебной власти, определяются особенности правового регулирования указанного вопроса. Предлагается авторское видение необходимых законодательных изменений относительно построения прозрачного и эффективного механизма финансирования судебной власти.

SUMMARY

In the article the actual problem of the present stage of judicial-legal reform in Ukraine - execution of function of financing of the judicial power by the State judicial administration of Ukraine is considered, features of legal regulation of the specified question are defined. Author's vision of necessary legislative changes concerning construction of the transparent and effective mechanism of financing of the judicial power is offered.

Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики

Подано 09.09.08

А.В. Руденко,
кандидат юридичних наук, доцент
(Кримський юридичний інститут
Національної юридичної академії України
імені Ярослава Мудрого)

Забезпечення доступності адміністративного судочинства

Ключові слова: *Конституція, Закон України, органи державної влади, самоврядування, основи законодавства, система адміністративних судів, адміністративна юстиція, принцип територіальності, судовий захист, адміністративні правовідносини.*

Конституція України проголосила права та свободи людини найвищою соціальною цінністю, а на державу поклала обов'язок їх забезпечувати та захищати. Важлива роль у справі захисту прав, свобод та законних інтересів осіб у сфері державного управління та місцевого самоврядування відводиться адміністративним судам. Саме на них покладається розгляд і вирішення правових (адміністративно-правових) спорів, де однією стороною виступає особа (фізична або юридична), а іншою – орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхні посадові чи службові особи, інші суб'єкти публічної влади при здійсненні ними управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. Але ніяка найефективніша система захисту прав і свобод громадян не буде діяти, доки не буде забезпечений вільний та безперешкодний доступ до неї. Згідно із ч. 3 ст. 3 Закону України "Про судоустрій України" судова система забезпечує доступність правосуддя для кожної особи в порядку, встановленому Конституцією України та законами. Ця норма спрямована на реалізацію в Україні загальновизнаних міжнародних норм, оскільки відповідає положенням Міжнародного пакту про громадянські та політичні права (п. "а" ч. 3 ст. 2), Європейській конвенції про захист прав людини (ст. 6).

Хоча адміністративні суди є досить новим інститутом для українського законодавства, але за короткий проміжок їх існування та дії адміністративна юстиція вже стала більш доступним та ефективним інститутом захисту прав, свобод та інтересів людини [10, 3]. Доступність адміністративної юстиції є необхідною передумовою її ефективного функціонування, не зважаючи на те, територіальна це чи процесуальна доступність. Кожна людина, чиї права порушені органами державної влади, їх посадовими особами, повинна мати можливість захистити свої права у судовому порядку. Система адміністративних судів України та норми Кодексу адміністративного судочинства України (далі КАСУ) в цілому спрямовані на вирішення цього питання, але ще залишаються питання, котрі вимагають аналізу та законодавчого вирішення.

Розробкою цих питань займалися О. Бідей, Г. Жилін, І. Марочкін, В. Оноленко, О. Пасенюк, Ю. Педько, В. Стефанюк, С. Тараненко та інші. Так, І. Марочкін визначає доступність правосуддя як нормативно закріплену та реально забезпечену можливість безперешкодного звернення до

© А.В. Руденко, 2008

суду за захистом своїх прав. Серед основних елементів доступності він виділяє:

1. ***Організаційно-правові:***

а) судоустрій – територіальне наближення судів до населення; створення умов, що сприятимуть зайняттю суддівських посад висококваліфікованими спеціалістами; належне матеріальне забезпечення судів; раціональна організація роботи апарату суду та інші;

б) судочинний – порядок порушення справ у суді; порядок розгляду справ, що забезпечує безперешкодну можливість використовувати процесуальні права; розумні строки судового розгляду; можливість оскарження судових рішень та їх реальне виконання та інші.

2. ***Матеріальні*** – розумність судових витрат, часткове чи повне звільнення від їх сплати; фінансування судової діяльності, що забезпечує можливість незалежного правосуддя; надання кваліфікованої юридичної допомоги на пільгових умовах вразливим верствам населення [6, 33].

Треба погодитися з такою систематизацією елементів доступності адміністративного судочинства. Усі вони так чи інакше впливають на доступність адміністративного судочинства, але вирішення цих питань знаходиться у компетенції різних державних органів. Деякі проблеми повинні вирішуватися самими адміністративними судами (строки розгляду справ у суді), у вирішенні інших необхідна допомога окремих державних органів (матеріальне забезпечення судової системи), а деякі можуть бути вирішені лише на законодавчому рівні (система судів).

Серед проблем, з якими стикається правосуддя, Г. Жилін виділяє такий фактор, що негативно впливає на його доступність, як збільшення з кожним роком надходження справ у суди та ускладнення справ. Причому це відбувається на тлі масової свідомості, в якій переважають негативні оцінки можливості судового захисту, а саме: звернення до суду не схвалюється. У такій ситуації зміцнення авторитету суду, підвищення ефективності його роботи може спричинити ще більше навантаження на суди. Іншою причиною, в силу якої істотно знижується доступність судового захисту, є та обставина, що низовою ланкою системи судів загальної юрисдикції, що розглядає більшу кількість цивільних справ, є районні суди, які, як правило, розташовані на великій відстані від значної частини населення [4]. Надмірне навантаження негативно впливає на строки розгляду справ та якість судочинства, оскільки відбувається невиправдане спрощення, недотримання процедури. Численні скарги на порушення прав людини часто вчасно не розглядаються в зв'язку з перевантаженістю судів різних інстанцій і особливо судів на місцях [3]. Таку думку поділяють і самі судді [7]. Проте О. Бідей вважає, що в Україні досі не подоланий острах перед самою назвою адміністративних судів [1, 39]. З цією думкою важко погодитися. У 2007 р. на розгляді в окружних адміністративних та місцевих загальних судах перебувало близько 240 тисяч позовних заяв. В апеляційних адміністративних судах України на розгляді перебувало 47 тисяч скарг. Це говорить про значну динаміку росту кількості звернень громадян до адміністративних судів. На думку С. Тараненко значна кількість звернень громадян свідчить з одного боку про їх соціальну активність, а з іншого – віддзеркалює негативні явища у суспільстві, недоліки в роботі владних структур [16, 141]. На наш погляд, збільшення кількості звернень громадян свідчить про зростання довіри до адміністративних судів, розуміння, що адміністративний суд є "захисником" громадян від порушень прав та законних інтересів з боку державних органів та їх посадових осіб.

Розглядаючи проблему доступності судочинства, необхідно скористатися досвідом інших країн. Для забезпечення ефективного доступу громадян до правосуддя у всіх суб'єктах Російської Федерації відповідно до Закону РФ "Про мировых суддів Російської Федерації" (1998 р.) засновані первинні, найбільш наближені до населення судові системи – мирові суди, що обслуговують невеликі судові території з населенням у кілька тисяч чоловік. Закон

визначив, що мирові судді призначаються на посаду законодавчим органом суб'єкта Федерації або обираються на посаду населенням відповідної території (15-30 тис. чоловік) на термін не більше п'яти років (при повторному і наступному призначенні чи обранні – на термін не менше п'яти років).

Мирові судді розглядають цивільні спори і виносять вироки при вчиненні нетяжких злочинів (максимальний строк покарання до трьох років позбавлення волі). Вони є суддями загальної юрисдикції суб'єктів Російської Федерації і входять до єдиної судової системи країни. Про ефективність діяльності таких судів свідчить статистика. Так, мировими суддями завершено: у 2001 р. – 1,2 млн. справ, у 2002 р. – 2,3 млн. справ, у першому півріччі 2003 р. – 1,6 млн. справ, що складає відповідно 23,8; 46,2 і 57,0% від числа всіх справ, завершених судами першої інстанції в Російській Федерації [8].

Система мирових судів в адміністративному судочинстві на даний час не сприйнята українською системою судів. У системі адміністративних судів, враховуючи специфіку адміністративного судочинства, більш високі вимоги, що ставляться до кандидатур на посади суддів адміністративного суду. Це пояснюється також високим рівнем складності справ, вирішувати які, як і забезпечувати ефективне правосуддя, можуть лише високопрофесійні судді, з великим досвідом, а не початківці – мирова юстиція або "народні" судді, які обрані за спрощеною процедурою [2, 127]. Досить важко також забезпечити незалежність таких судових установ від владного впливу.

Не слід забувати й про те, що створення спеціалізованих адміністративних судів деякі науковці вважали перепоною на шляху доступності правосуддя для громадян [2, 142; 13, 12]. З іншого боку, забезпеченню доступності адміністративного судочинства слугує: 1) право на звернення до суду для відкриття провадження в адміністративній справі та порядок реалізації цього права; 2) територіальне розташування адміністративних судів; 3) відсутність матеріальних перешкод (судові витрати, надання правової допомоги та платних послуг); 4) встановлення такого порядку судового розгляду адміністративної справи, що забезпечує можливість безпосереднього здійснення особами, які беруть участь у справі, процесуальних прав у всіх інстанціях (особиста участь, мова, перекладач).

Необхідним чинником забезпечення доступності судочинства є реалізація в процесуальному законодавстві конституційних положень, відповідно до яких права і свободи людини та громадянина захищаються судом [5, 13]. Відповідно до Рішення Конституційного Суду України від 9 липня 2002 р. № 15/рп/2002 щодо офіційного тлумачення положення ч. 2 ст. 124 Конституції України, право на судовий захист не може бути обмежене законом чи іншими нормативно-правовими актами навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану. Конституція України подібна до конституцій країн Європи саме через розуміння домінанти людини як постаті у суспільному середовищі, а держави – як спеціального механізму для обслуговування інтересів людини через забезпечення реалізації їх прав (природних чи набутих) [17, 22]. Гарантія права звернення особи до суду не має винятків. У випадках, коли після використання всіх національних заходів захисту особа вважає, що її права все ж таки незаконно порушені, передбачена можливість звернутися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна (ст. 55 Конституції України).

Закріплення зазначених норм в адміністративному процесуальному законодавстві та реалізація їх на практиці належним чином забезпечить доступність правосуддя. Аналогічні норми містить Загальна декларація прав людини (ст. 10) та Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (ч. 3 ст. 2, ч. 1 ст. 14). КАСУ також дублює цю норму в ст. 6, зазначаючи, що ніхто не може бути позбавлений права на розгляд його справи та права на участь у розгляді

своєї справи в адміністративному суді будь-якої інстанції.

Практика Європейського Суду з прав людини виробила мінімальні стандарти доступу до правосуддя. Відповідно до них будь-яка вимога, що стосується громадянських прав та обов'язків, може бути пред'явлена до суду; якщо особа не має коштів на оплату послуг представника, держава зобов'язана надати їй безкоштовну юридичну допомогу; розгляд справи має бути здійснений судом у розумний строк.

Елементом доступності правосуддя при зверненні з адміністративним позовом є альтернатива у виборі способу подання позовної заяви до суду (особисто, поштою, через представника). Важливою ознакою ефективного правового захисту є прийнятні передумови доступу для прийняття (допустимості) заяв, які не повинні занадто ускладнювати шлях правового захисту [15, 5]. Тобто повинні бути встановлені прийнятні строки для подання адміністративного позову та не повинно бути встановлено занадто високих вимог до форми адміністративного позову. За загальним правилом, строк звернення до адміністративного суду за захистом прав, свобод та законних інтересів особи встановлений в один рік, що обчислюється з дня, коли особа дізналася або повинна була дізнатись про порушення своїх прав, свобод чи інтересів (ч. 2 ст. 99 КАСУ). Але є випадки, коли цей строк відрізняється від загального. Як приклад, можна навести розгляд справ про звільнення з публічної служби, де громадянин може звертатися до адміністративного суду лише у місячний строк.

Ще одним важливим елементом є строк розгляду адміністративної справи у суді. Не можна погодитися с висловленням, що на відміну від цивільного процесу, в адміністративному судочинстві, де наявні специфічні процедури, не визначені кінцеві строки розгляду публічно-правового акту, а також розгляду скарг на рішення місцевого суду. Загальний річний строк для звернення до адміністративного суду за захистом прав, свобод та інтересів особи згідно зі ст. 99 КАСУ дає змогу вирішувати лише питання позовної давності, але щодо того, скільки такий процес має тривати в суді та обов'язок стосовно вирішення спору в розумний строк (судді це розуміють по-різному) тут не визначено. У КАСУ передбачено, що адміністративна справа має бути розглянута і вирішена протягом розумного строку, але не більше двох місяців від дня відкриття провадження у справі (ч. 1 ст. 122). З цього правила також є виключення. Це пов'язано з тим, що адміністративні суди розглядають справи, які охоплюють широке коло правовідносин. Прикладом такого виключення може слугувати положення, що адміністративна справа щодо оскарження нормативно-правових актів вирішується протягом розумного строку, але не пізніше одного місяця після відкриття провадження у справі (ч. 7 ст. 171 КАСУ). На наш погляд, такі, досить короткі, строки є важливими для більшості громадян, які не бажають мати справу з судовою тяганиною та прагнуть якнайшвидше отримати рішення суду.

КАСУ також закріплює, що на прохання позивача службовцем апарату адміністративного суду може бути надана допомога в оформленні позовної заяви. Якщо забезпечити апарат адміністративного суду кваліфікованими кадрами, то ця норма матиме важливе значення для швидкого та якісного розгляду справи. Слід зазначити, що Кодекс не закріплює надання цієї послуги на платній основі, хоча і не встановлює механізму реалізації (яка форма прохання, можливість та наслідки відмови службовця апарату допомогти в оформленні адміністративного позову). У п. 15 Постанови Пленуму ВАСУ № 2 від 6 березня 2008 р. зазначено, що на прохання позивача службовцем апарату місцевого адміністративного суду може бути надана допомога в оформленні позовної заяви лише в частині роз'яснення вимог щодо відповідності позовної заяви положенням ст. 105, 106 КАСУ, а не стосовно її змісту, обґрунтування чи виготовлення (друкування). На наш погляд, таке роз'яснення звужує зміст ч. 2 ст. 105 КАСУ. Працівник суду має надавати допомогу не лише з питання відповідності позовної заяви вимогам КАСУ,

а і з оформлення, складання такої заяви. Ми вважаємо, що доцільніше було б визначити, хто з апарату адміністративного суду повинен надавати таку допомогу, в якому обсязі, у яких випадках особі може бути відмовлено в наданні допомоги, як особа може оскаржити таку відмову та інше.

Альтернатива позивача у виборі адміністративного суду теж відіграє позитивну роль у реалізації доступності адміністративного судочинства. Так, справи щодо оскарження дій або бездіяльності посадових чи службових осіб місцевих органів виконавчої влади розглядаються і вирішуються місцевим загальним судом як адміністративним судом або окружним адміністративним судом – за вибором позивача. Позивач сам здійснює вибір суду, який йому більш підходить (з урахуванням територіальної наближеності, довіри до суддів окремих судів тощо). Позивач, маючи право вибору суду, може висловити таким чином свою довіру чи недовіру конкретному суду, вибрати найдоступніший для себе суд. Право вибору суду є додатковою гарантією для громадян при захисті порушених прав. У разі невизначеності предметної чи територіальної підсудності адміністративної справи така справа розглядається місцевим адміністративним судом за вибором позивача.

В країнах Європи питання невизначеної підсудності вирішується по-різному. Так, у законодавстві Франції розмежовано підсудність справ судовим органам, проте коли виникає прогалина в законодавчому полі, питання підсудності вирішується в юрисдикційному провадженні. Таку функцію має трибунал з конфліктів, який відіграє посередницьку роль у французькій судовій системі. Він створений за принципом паритетного представництва суддів від кожної гілки правосуддя – Касаційного суду Франції й Державної ради, його рішення оскарженню не підлягають [14, 44]. На етапі становлення адміністративного судочинства, з урахуванням проблем, які виникають при визначенні підсудності адміністративних судів, така норма має право на існування. З накопиченням досвіду діяльності адміністративних судів та для більш ефективного здійснення адміністративного судочинства необхідно більш конкретно визначити підсудність адміністративних судів. В такому разі ця норма втратить своє значення.

На нашу думку, доступність судочинства забезпечується за рахунок реалізації принципу територіальності у побудові системи адміністративних судів, за яким суди наближені до населення. Конституція України закріпила, що система судів загальної юрисдикції будується за принципом територіальності, тобто вона пристосована до адміністративно-територіального устрою України. Разом з тим, в адміністративному судочинстві реалізація принципу територіальності повинна мати особливості, оскільки територія, яку обслуговуватиме той чи інший адміністративний суд, не повинна збігатися з адміністративно-територіальним устроєм країни задля захисту суду від можливих посягань органів державної влади та місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб на хід розгляду справи в суді та ухвалення рішення по справі. Однак територіальне розташування не повинно спричинити труднощів для громадян при зверненні за захистом своїх прав і свобод. Це, безумовно, складне завдання. Чим більша територія підсудна адміністративному суду, тим складніше громадянам безпосередньо звернутися до нього за захистом своїх порушених прав та брати участь у судовому процесі. З іншого боку, зменшення території, що підсудна адміністративному суду, може вплинути на їх залежність від органів виконавчої влади. Сьогодні проблема незалежності судової влади є вкрай актуальною [9; 11; 12].

У процесі проведення судової реформи пропонувалися різні варіанти побудови системи адміністративних судів. Так, Концепція судово-правової реформи України пропонувала систему адміністративних судів, що відповідала системі судів загальної юрисдикції – районні адміністративні суди, колегії з адміністративних справ в апеляційних судах та Верховному Суді України.

Проекти Адміністративного процесуального кодексу підходили до вирішення

цього питання по-різному. Автори проекту, підготовленого науковою групою на чолі з В. Стефанюком, – прибічники трьохланкової системи адміністративних судів. Нижчу ланку цієї системи становлять місцеві (окружні) адміністративні суди, створені на рівні районів і міст, другу – апеляційні суди на рівні областей, вищу – Вищий адміністративний суд. Позитивними рисами цієї системи є її простота і зрозумілість для громадян. Вона також цілком відповідає головній вимозі – доступності адміністративного судочинства, оскільки суди максимально наближені до громадян, а тому громадянин зможе максимально швидко (а від цього багато в чому залежить і ефективність) звернутися до адміністративного суду для захисту своїх порушених прав. Однак таке територіальне розташування окружних адміністративних судів відкриває можливості для втручання органів державної влади в їх діяльність, що може негативно позначитися на законності рішень, які ними виносяться, і на довірі громадян до цих судів. Недоліком подібної системи також можна вважати і створення апеляційних судів на рівні областей. У такий спосіб і ця ланка може потрапити під вплив державної влади, але вже більш високого, обласного рівня.

Інша модель системи адміністративних судів знайшла своє закріплення в проекті Адміністративно-процесуального кодексу України, підготовленому співробітниками Центру політико-правових реформ. Вона складається з чотирьох ланок і передбачає два рівні місцевих адміністративних судів. Першим є місцеві суди загальної юрисдикції, за умови, коли вони розглядають справи, що виникають з адміністративних правовідносин; другий – місцеві (окружні) адміністративні суди; апеляційною інстанцією для них мали стати апеляційні адміністративні суди, створені на рівні декількох областей; Вищий адміністративний суд очолює систему адміністративних судів і стає касаційною інстанцією для місцевих і апеляційних. На думку авторів цього проекту, така система дозволить уберегти адміністративні суди від впливу на них органів державної влади й органів місцевого самоврядування, але при цьому залишиться доступною для населення. У цій системі існує раціональне зерно, але вона не відповідає жодній з вищевикладених вимог: місцеві суди загальної юрисдикції доступні для громадян, але вони також доступні й для органів державної влади; окружні адміністративні суди недосяжні для місцевих виконавчих органів, але так само важкодосяжні й для населення.

КАСУ закріпив, що система адміністративних судів складається з місцевих (окружних) адміністративних судів, апеляційних адміністративних судів, Вищого адміністративного суду України, а також місцевих загальних судів при вирішенні ними деяких категорій адміністративних справ та Верховного Суду України при перегляді судових рішень за винятковими обставинами.

На наш погляд, побудована в Україні система адміністративних судів не є досконалою. При її побудові не реалізована ідея створення адміністративних судів в округах як територіальних одиницях, які б не співпадали з існуючим територіальним поділом України. Створення окружних адміністративних судів на рівні областей не є досягненням у забезпеченні доступності для населення. Зрозуміло, що така побудова системи адміністративних судів може мати об'єктивні підстави, наприклад, брак коштів, тому ми вважаємо, що це питання не можна вважати остаточно вирішеним. Така система адміністративних судів є перехідною на шляху створення справді незалежного та доступного адміністративного судочинства.

Ще одне положення, яке свідчить про доступність адміністративного судочинства, це врахування судом майнового стану сторони, право суду повністю або частково звільнити її від сплати судових витрат, зменшити розмір належних до оплати судових витрат, відстрочити чи розстрочити сплату судових витрат на визначений строк (ч. 1 ст. 88 КАСУ). На думку автора, в статті слід було б зазначити необхідність врахувати стан не лише сторін, а й стан третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги на пред-

мет спору, оскільки ці особи вступають в справу шляхом подання адміністративного позову і на них поширюється вимога щодо сплати судового збору. Кодекс не містить тлумачення понять "відстрочка" та "розстрочка", підстав та порядку їх призначення. Тому при вирішенні цих питань слід виходити з практики, що склалася у сфері цивільного судочинства. Розмір судового збору, порядок його сплати і звільнення від сплати встановлюється законом. Нині ще не прийнятий закон щодо врегулювання питань, пов'язаних із судовим збором (як для адміністративного, так і для цивільного судочинства). Тому чинним для обох видів судочинств залишається Декрет Кабінету Міністрів України "Про державне мито" від 21 січня 1993 р.

Кожен має право на правову допомогу відповідно до ст. 8 Закону України "Про судоустрій України", ст. 16 КАСУ. Адміністративний суд звільняє повністю або частково особу від оплати правової допомоги і забезпечує надання правової допомоги у передбачених законом випадках, якщо відповідний орган відмовив особі у забезпеченні правової допомоги. Дане положення відповідає міжнародним вимогам та повинно забезпечити правову та економічну рівність сторін, реальну змагальність. Відповідно до міжнародно-правових принципів, надання юридичної допомоги вразливим верствам населення має розглядатися не як акт милосердя, а як обов'язок усього суспільства в цілому [6, 34]. Проте КАСУ не містить переліку підстав звільнення особи повністю або частково від оплати правової допомоги, це питання залишається на розсуд суду.

Одночасно слід зазначити, що в адміністративному судочинстві досить широким є коло послуг, що надаються особам, які беруть участь у справі, на платній основі. Так, під час підготовчого провадження особи, які беруть участь у справі, можуть не лише знайомитись з матеріалами справи, робити з них виписки та копії, але й за власний рахунок замовити та отримати в суді засвідчені копії документів і витяги з них (ч. 2 ст. 119 КАСУ). Причому це право не обмежується лише стадією підготовчого провадження. На платній основі здійснюється роздрукування технічного запису судового засідання, але це не позбавляє особу, яка бере участь у справі, права безкоштовно знайомитися із технічним записом і журналом судового засідання. Такі витрати не є судовими витратами, які можуть бути зменшені судом чи від оплати яких суд може звільнити особу. У КАСУ необхідно передбачити випадки надання таких послуг безкоштовно, оскільки діюче положення обмежує права осіб, які не в змозі оплатити такі послуги. Тим самим порушується принцип рівності сторін у процесі.

Особа має право безпосередньо брати участь у розгляді адміністративної справи в адміністративному суді будь-якої інстанції і ніхто не може бути позбавлений цього права (ч. 4 ст. 6 Закону України "Про судоустрій України", ч. 3 ст. 6 КАСУ). Особі повинно бути завчасно (не пізніше ніж за сім днів до судового засідання, якщо в справі не скорочені строки розгляду, але в будь-якому разі у строк, достатній для прибуття до суду) повідомлено про дату, час і місце судового засідання. Неповідомлення про час розгляду справи унеможливлює розгляд справи. Особа має право заявити про своє бажання брати участь не лише в суді першої інстанції, а й при провадженні адміністративної справи в апеляційному та касаційному порядку, при перегляді справ за винятковими та нововиявленими обставинами. Належне забезпечення зазначеного права особи є складовою доступності адміністративного судочинства, особа має право на активну безпосередню участь у судовому процесі.

Відповідно до ст. 10 Конституції України державною мовою в Україні є українська мова. Але в Україні гарантується свобода розвитку, використання та захист російської, інших мов національних меншин України, що відповідає міжнародним стандартам. Учасникам процесу не може бути відмовлено в праві користуватися рідною мовою (ст. 27 Міжнародного пакту про громадські і політичні права). Ці положення підтвердив Конституційний суд у своєму рішенні від 22 квітня 2008 р. № 1-18/2008.

Забезпеченню доступності адміністративного судочинства має слугувати положення законодавства про надання права особам, які не володіють або недостатньо володіють державною мовою, користуватися рідною мовою та послугами перекладача в судовому процесі. Судове рішення буде скасовано, якщо в процесі судового розгляду були порушені вимоги щодо забезпечення особі, яка не володіє або недостатньо володіє державною мовою, права користуватись рідною мовою та послугами перекладача. Причому це право у випадках, передбачених процесуальним законодавством, забезпечується державою (ст. 10 Закону України "Про судоустрій України").

Незаперечною є необхідність забезпечення особам, які беруть участь у розгляді справи, можливості у повному обсязі користуватись наданими Конституцією України та процесуальним законодавством правами, не бути обмеженим через мовні труднощі. Особа повинна розуміти зміст того, що відбувається в процесі, щоб своєчасно реагувати та усувати прогалини чи невідповідності. Без надання права користуватись рідною мовою або послугами перекладача особа буде обмежена в реалізації права знайомитись з матеріалами справи, давати усні та письмові пояснення, доводи та заперечення, заявляти клопотання і відводи, подавати докази, брати участь у дослідженні доказів, ставити питання іншим учасникам судового процесу, висловлювати свою думку з питань, які виникають під час розгляду, подавати заперечення проти клопотань, доводів і міркувань інших осіб, знайомитись із технічним записом судового засідання та подавати письмові зауваження на нього, робити із матеріалів справи виписки, оскаржувати судові рішення, а також користуватись іншими процесуальними правами, наданими їй законом, тобто весь перебіг судового процесу буде недоступний для неї.

Перекладачем може бути й особа, яка володіє технікою спілкування з німими, глухими чи глухонімими. Процесуальне законодавство гарантує реалізацію права використання національної мови чи користування послугами перекладача не лише в суді першої інстанції, а й в інших судових інстанціях.

В адміністративному судочинстві суд забезпечує надання особі перекладача, якщо дійде висновку, що особа внаслідок неспроможності оплатити послуги перекладача буде позбавлена судового захисту. Оплата послуг перекладача відноситься до судових витрат і не має особливостей порівняно з іншими видами судових витрат.

Система адміністративних судів в Україні створена на демократичних засадах з урахуванням прогресивних норм міжнародного права. В адміністративному судочинстві досить повно реалізована можливість захисту судом прав всіх верств населення, порушених рішеннями, діями та бездіяльністю суб'єктів владних повноважень. Підвищення рівня доступності фізичних та юридичних осіб до судового захисту спрямоване, в першу чергу, на забезпечення ефективного захисту їх порушених прав, свобод, інтересів й одночасно на підвищення рівня законності та відповідальності органів державної влади за свою діяльність.

Список літератури:

1. ***Бідей О.*** Проблеми популяризації адміністративної юстиції як головного інструмента захисту прав і свобод особистості // Право України. – 2008. – № 5.

2. ***Бринцев В.Д.*** Судебная власть (правосудие): Итоги реформ 1992–2003 гг. в Украине. – Харків: Ксилон, 2004. – 224 с.

3. ***Горшкова С.А.*** Европейская защита прав человека и реформирование российской судебной правовой системы // Журнал российского права. – 2002. – № 7.

4. ***Жилин Г.*** Защита прав человека в гражданском судопроизводстве // Российская юстиция. – 1998. – № 1.

5. Коментар до Закону України "Про судоустрій України" / За заг. ред. В.Т. Маляренка. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 462 с.

6. ***Марочкін І. Є.*** Доступність правосуддя та гарантії його реалізації // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи. – К., 2002.

7. ***Марочкін І.Є., Овчаренко О.М.*** Проблеми доступності судової влади: соціально-правовий аналіз [Електронний ресурс] // http://www.scourt. gov.ua/clients/vs.nsf/0/56267D170B5E60C0C3 25726D003EA0A7? OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=56267D170B5E60C0C 325726D003EA0A7&Count=500&

8. Мировой судья в гражданском судопроизводстве. Науч.-практ. пособие / Под ред. А.Ф. Ефимова, И.К. Пискарева. – М.: Городец, 2004. – 816 с.

9. ***Онопенко В.*** Такого відвертого тиску, такого брутального, нахабного втручання в діяльність судів, як тепер, не було ніколи // Дзеркало тижня. – 23 червня 2007 р. – № 24.

10. ***Пасенюк О.*** Розбудова адміністративної юстиції триває // Вісник Вищого адміністративного суду України. – 2008. – № 1.

11. ***Пасенюк О.*** Інтерв'ю в газеті Верховної Ради України "Голос України" // Голос України. – 1 квітня 2008 р. – № 62 (43120).

12. ***Пилипчук П.*** Про стан виконання в державі Конституції і законів України щодо забезпечення самостійності судів та незалежності суддів // Доповідь на VIII позачерговому з'їзді суддів України 26 червня 2007 р.

13. ***Полешко А.*** Перспективи запровадження в Україні адміністративної юстиції (з міжнародної конференції) // Право України. – 2003. – № 1.

14. ***Сердюк В.В.*** До питання створення адміністративних судів в Україні // Вісник Верховного Суду України. – 2001. – № 2.

15. ***Стефанюк В.С.*** Адміністративне право та адміністративно-правовий захист // Право України. – 2001. – № 12.

16. ***Тараненко С.*** Механізм захисту громадянами прав і свобод під час здійснення провадження у справах про адміністративні правопорушення // Право України. – 1998. – № 11.

17. ***Шишкін В.*** Організація судоустрою у світлі вимог ст. 6 Європейської конвенції про захист прав і основних свобод людини // Право України. – 2000. – № 9.

РЕЗЮМЕ

В статье со ссылками на Конституцию Украины и законодательные акты рассматриваются актуальные вопросы в системе деятельности административных судов Украины, которые созданы на демократических основах с учётом прогрессивных норм международного права. Одновременно в административном судопроизводстве полноценно реализована возможность защиты судом прав всех граждан, а также повышение уровня законности и ответственности органов государственной власти за свою деятельность.

SUMMARY

This article status of sentences and some conclusion of Constitutional Court of Ukraine and the legal procedihgs of carrying examine the actual of question into the system to the activity administration of the court of Ukraine, which create on the democration basis with calculation to the progressive standard in the international right. At the same time into the administration of the legal procedure of full value realization to possibility defence of the court right to the whole citizen, also rise the level legality and responsibility of the government bodies at the our activity.

Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики

Подано 16.09.08

С.С. Птуха,
аспірант
(Український державний університет фінансів та міжнародної торгівлі)
(Науковий керівник професор В.І. Акуленко)

Проблеми теорії і практики застосування концепцій "культурної спадщини" та "спільної спадщини людства" у сучасному міжнародному праві

Ключові слова: *культурна спадщина, спільна спадщина людства, загальнолюдське надбання, міжнародне співтовариство, охорона культурних цінностей.*

У сучасному міжнародному праві концепції "культурна спадщина" ("cultural heritage") та "спільна спадщина людства" ("common heritage of mankind") ще не набули завершеного наповнення, залишаються маловивченими, відтак привертають увагу теоретичні та практичні аспекти їх застосування, аналіз яких дає підстави розглядати культурну спадщину як особливий об'єкт концепції спільної спадщини людства, котра привнесла у розвиток міжнародного права "новий та корисний аспект" [10, 291].

Спільна спадщина людства, як і культурна спадщина, належить до прав людини третього покоління, котрі вирізняються різноманітністю і взаємопов'язаністю. Дані права по-різному тлумачаться в доктрині міжнародного права, наділяються різним змістом і обсягом, це, частково, зумовлено тим, що формування окремих інститутів третього покоління прав людини відбувалося в різних сферах людської діяльності і лише процес систематизації міжнародного права призвів до їх об'єднання як прав людини "третього покоління". Мета статті полягає у виявленні особливостей концепцій "культурна спадщина" та "спільна спадщина людства" з урахуванням новітніх тенденцій їх розвитку в міжнародному праві, а також аналізі правової природи і практики їх застосування.

За останні півстоліття міжнародне право зазнало кардинальних змін та перетворень, втім комплексні правові розробки з окреслених питань практично відсутні. У вітчизняній та закордонній науковій літературі окремі аспекти змістового значення, загальні підходи до вирішення проблеми співвідношення термінів "культурна спадщина" та "спільна спадщина людства" висвітлюються вченими, серед яких В.І. Акуленко, Г.О. Анцелевич, В.В. Максимов, О.І. Мельничук, О.А. Радзівілл, Ш. Вільямс, Е. Латманн, В. Ковальські, Л. Протт, В. Фідлер. У радянській науці міжнародного права зазначена проблематика майже не досліджувалася. Фактично єдиним юристом-міжнародником, який приділив детальну увагу спільній спадщині людства, був Р.В. Деканозов.

Враховуючи динаміку розвитку понятійно-термінологічного апарату міжнародного права, зауважимо, що концепція спільної спадщини людства, замінивши назву з "загальнолюдського надбання", зберегла змістове наповнення, що полягає в

© С.С. Птуха, 2008

“справедливому розподілі переваг, очікуваних від неї (“спільної спадщини людства” – С.П.) на довгочасну перспективу” [12, 296] і поки що не сформувалась остаточно. Донині зберігають актуальність слова голови III Конференції ООН з морського права, який закликав конкретизувати зміст даного поняття і підкреслив, що “найбільш серйозною проблемою є проблема напрацювання рамок, форми і змісту концепції спільної спадщини людства [7, 5], котра, на переконання Р.В. Деканозова, “складається з двох компонентів – просторового і ресурсного” [4, 145]. Нераціональна довготривала активна експлуатація природних ресурсів та просторів поза межами дії національної юрисдикції заподіяла значної шкоди відповідним об’єктам. З іншого боку, як слушно наголошує професор Г.О. Анцелевич, “нові можливості експлуатації природних ресурсів морського дна поставили на порядок денний питання про те, яким чином світове співтовариство може використовувати ці ресурси, як юридично і справедливо регламентувати діяльність держав на морському дні” [1, 127–128], адже на той час на дно морів і океанів поширювались загальні принципи міжнародного морського права, закріплені у Женевських конвенціях 1958 р. та в інших документах, котрі не вміщували детальної правової регламентації діяльності на морському дні, не підвладному національному суверенітетові держав. Відтак, стала нагальною потреба узгодження правового та інших режимів і механізмів експлуатації та збереження таких ресурсів всім міжнародним співтовариством, створення оптимальних і прийнятних для всіх держав умов діяльності на морському дні. Суть наукової концепції спільної спадщини людства полягає в раціональному використанні об’єктів, що знаходяться на міжнародній території спільного користування, поза межами національної юрисдикції держав, становлять цінність для міжнародного співтовариства в цілому та потребують збереження і захисту в інтересах майбутніх поколінь.

Проблеми ефективного дослідження і використання дна морів і океанів поза межами національної юрисдикції, правового регулювання діяльності людини на морському дні та експлуатації його мінеральних ресурсів з усією гостротою постали на XXII сесії Генеральної Асамблеї ООН у 1967 р. Саме тоді було сформовано спеціальний тимчасовий Комітет для вивчення питань використання ресурсів морського дна поза межами дії національної юрисдикції, в процесі роботи якого з’явилась ідея проголошення району морського дна поза межами національної юрисдикції держав спільною спадщиною людства. При цьому в міжнародно-правовій термінології поняття “людство” має умовний характер, оскільки людство не має міжнародної правосуб’єктності, тобто “юридичної властивості, яка передбачає можливості суб’єкта мати права, обов’язки та реалізовувати їх… Права та обов’язки, які дозволяють кваліфікувати суб’єкта (держава, організація тощо), формують його міжнародно-правовий статус” [9, 230]. Отже, під людством у даному контексті слід розуміти насамперед держави, а також інших суб’єктів міжнародного права. У становленні цієї концепції особливе значення мають такі міжнародно-правові акти, як Договір про принципи діяльності держав з дослідження і використання космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла від 27 січня 1967 р. [8, 137–143] (далі – Договір про космос 1967 р.), Угода про діяльність держав на Місяці та інших небесних тілах від 18 грудня 1979 р. (п. 1 і 5 ст. 11) [8, 162–171], Конвенція ООН з морського права від 10 грудня 1982 р. (ст. 136) [3, 322–474], Хартія економічних прав і обов’язків держав від 12 грудня 1974 р. [3, 135–145], в якій вперше було визначено міжнародно-правовий статус дна морів і океанів та його надр поза межами дії національної юрисдикції, як “спільної спадщини людства” (ст. 29), а також проголошено відповідальність усіх держав за захист і збереження навколишнього середовища (ст. 30).

На наш погляд, вищезазначене слугує вагомим аргументом для спростування позиції професора Жана Тускоза стосовно того, що “концепція загальнолюдського

надбання не має юридичного характеру, вона не закріплена позитивним правом, вміст цього надбання є невизначеним, а людство не наділене правами юридичної особи, які б дозволили йому отримати відповідні права. Це поняття належить до сфери уявного націй…, могло б прислужитися в майбутньому підставою для правових конструкцій" [15, 277]. Натомість Р.В. Деканозов, керуючись результатами порівняльного аналізу щодо правових режимів зазначених просторів і договірною практикою держав, слушно підкреслив, що "їх правові режими не ідентичні" [4, 161], але "між статусами відкритого моря, Антарктики і повітряного простору над ними, морського дна поза межами континентального шельфу, космічного простору існує тісний взаємозв'язок. Він базується не тільки на основних загальновизнаних принципах міжнародного права, а й на деяких спільних саме для статусів цих територій принципах і нормах, які визначають їх особливий правовий режим, що відрізняє їх від інших категорій територій (просторів)" [5, 203]. Правові статуси просторів, вилучених зі сфери національного суверенітету здійснювали і здійснюють взаємний вплив на становлення і розвиток відповідних правових норм. Не викликає сумніву, що норми міжнародного космічного права формувались під певним впливом норм міжнародного морського і міжнародного повітряного права, а ряд важливих положень Договору про Антарктику від 1 грудня 1959 р. [3, 664–669] таких, як спільна заінтересованість усього людства, використання виняткова у мирних цілях, свобода наукових досліджень, міжнародна співпраця та ін., знайшли віддзеркалення у Договорі про космос 1967 р. тощо. Водночас міжнародне космічне право помітно впливає на інші галузі міжнародного права. Скажімо, не можна не помітити впливу норм міжнародного космічного права на становлення і розвиток правового режиму Міжнародного району морського дна, приміром, в частині, що стосується його використання виключно в мирних цілях. Очевидно, що згодом взаємний вплив зазначених галузей та норм міжнародного права, передусім імперативних, зросте.

Зміст поняття "спільна спадщина людства" визначається конкретними положеннями відповідного міжнародно-правового акта. Stricto sensu до об'єктів спільної спадщини людства можна віднести лише Міжнародний район морського дна, Місяць та інші небесні тіла. Їх міжнародно-правовий статус буквально як спільної спадщини людства визначено в Угоді про діяльність держав на Місяці та інших небесних тілах 1979 р. (п. 1 і 5 ст. 11) і в Конвенції ООН з морського права 1982 р. (ст. 136). Міжнародно-правовий статус, подібний до попередніх, закріплено у міжнародних угодах щодо Антарктики, відкритого моря, космосу і, відповідно до резолюцій Генеральної Асамблеї ООН, міжнародного звичаю та доктрини, на них поширюється поняття "спільна спадщина людства". Р.В. Деканозов підкреслює, що "простори, на які поширюється поняття "спільна спадщина людства", – це завжди за правовою природою міжнародні території, оскільки принципи неприв'ласнення та спільного користування іманентні просторовому компоненту спільної спадщини. Інакше саме поняття "спільна спадщина людства» втрачає будь-який сенс" [4, 147]. Відтак, в розширеному тлумаченні, формальним критерієм віднесення до спільної спадщини людства є перебування поза межами національної юрисдикції. Водночас головним критерієм віднесення до спільної спадщини людства, на думку вітчизняного юриста-міжнародника О.А. Радзівілла, слід вважати "не стільки формальні просторові критерії (поза межами національної юрисдикції), скільки життєву важливість для всього людства об'єктів його спільного використання" [13, 81].

Дослідження правової природи концепції спільної спадщини людства дозволяє охарактеризувати її складові як такі, що є предметом заінтересованості всіх членів міжнародного співтовариства, на них не поширює дію національний суверенітет держав, вони та їх ресурси не підлягають привласненню в якій би то не було формі,

знаходяться у користуванні всіх членів міжнародного співтовариства. Порівняно з правовою природою просторового компоненту поняття "спільна спадщина людства", правова природа ресурсного компоненту має особливості, котрі, зокрема, полягають у тому, що принцип неприв'ласнення у цій сфері застосовується тільки поки такі ресурси не видобуті. До прикладу, відповідно до положень ст. 133 Конвенції ООН з морського права 1982 р. "ресурси" – це всі тверді, рідкі або газоподібні мінеральні ресурси in situ (на місці) в Районі на морському дні або в його надрах, включаючи поліметалеві конкреції, а "ресурси, видобуті з Району", розглядаються як корисні копалини. Таким чином, видобуті згідно з Конвенцією корисні копалини, на відміну від ресурсів, не належать до спільної спадщини людства і можуть перейти у власність того, хто їх видобув. Правова природа міжнародних ресурсів втілюється в їх міжнародній охороні, яка поєднує заходи щодо збереження і раціонального використання в інтересах як міжнародного співтовариства в цілому, так і окремих держав на благо нинішнього та майбутніх поколінь.

Застосування понять римського приватного права, приміром res omnium communis, res extra commercium, res nullius або terra nullins, для розкриття правової природи концепції спільної спадщини людства є неприйнятним, вони стосувались інших явищ. Скажімо, давньоримське поняття res omnium communis (спільної власності) передбачає можливість поділу такої власності, що суперечить універсальним міжнародно-правовим нормам, які забороняють національне привласнення об'єктів спільної спадщини людства (п. 2 і 3 ст. 11 Угоди про діяльність держав на Місяці та інших небесних тілах 1979 р., п. 1 ст. 137 Конвенції ООН з морського права 1982 р. та ін.). Отже, визначальними в правовій природі даної концепції є фундаментальні принципи неприв'ласнення та спільного рівноправного користування.

Варто враховувати, що принципи, покладені в основу правового статусу спільної спадщини людства, тісно взаємопов'язані й покликані створити найбільш сприятливі умови для використання тієї чи іншої території (просторів) та їх ресурсів на благо і в інтересах міжнародного співтовариства в цілому, котре все гостріше відчуває потребу у використанні зазначених об'єктів, багатих природними ресурсами, в інтересах кожної держави зокрема та міжнародного співтовариства в цілому, в інтересах всього людства, що, зрештою, й зумовило необхідність закріплення в міжнародному праві їх статусу. Щодо ***принципу неприв'ласнення*** (закріпленого у положеннях п. 2 і 3 ст. 11 Угоди про діяльність держав на Місяці та інших небесних тілах 1979 р., ст. 137 Конвенції ООН з морського права 1982 р. тощо) та ***принципу спільного користування*** (сформульованого зокрема у п. 4 ст. 11, п. 1 ст. 6, ст. 8 і 9 Угоди про діяльність держав на Місяці та інших небесних тілах 1979 р., ст. 141 і ст. 256 Конвенції ООН з морського права 1982 р.), то їх значимість для теорії і практики міжнародного права важко переоцінити, вони тісно пов'язані та взаємообумовлені, підлягають універсальному застосуванню як імперативні норми загального міжнародного права, як норми jus cogens, відступ від яких, згідно зі ст. 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., є неприпустимим.

Водночас із визначенням правової природи просторів поза межами національної юрисдикції, донині тривають дискусії стосовно поширення поняття спільної спадщини людства і на об'єкти, які не можуть перебувати цілком поза межами національної юрисдикції. Атмосфера і повітряний простір [2, 63–72] стали одними з перших предметів дискусій з окреслених питань. Чимало юристів-міжнародників як спільну спадщину людства розглядають довкілля, природні та антропогенні ресурси планети, культурні цінності, культурну спадщину. Скажімо, це поняття, на переконання професора Жана Тускоза, охоплює "захист людства під час війни, право міжнародного простору, зокрема Антарктики, небесних тіл, позаатмосферного простору, ***захист культурних цінностей*** (курсив наш – С.П.), захист довкілля тощо" [15, 277].

Розуміння правового змісту концепції спільної спадщини людства залишається неоднозначним як серед вітчизняних, так і іноземних вчених, що зумовлено, на думку професора Еразмського університету (Роттердам) Пітера Маланчука, невизначеністю конкретних правових наслідків, які випливають з неї, оскільки їх (***правові наслідки*** – С.П.) фактично залишено на розсуд держав [10, 290]. Зрештою, дана категорія є "свідченням появи в різних галузях міжнародного права груп принципів і норм, пов'язаних із змістово-цільовим розвитком принципу рівноправності держав" [11, 8]: правовий статус об'єктів спільної спадщини людства передбачає їх раціональне використання, передусім, державами на основі рівності, відповідно до основних принципів і норм міжнародного права, і виключає можливість дискримінації у вигляді національного привласнення однією з них частини цих просторів. Поза сумнівом, це цілком обґрунтовано, оскільки тільки в такий спосіб можна реалізувати основну ідею цієї концепції – врахування інтересів міжнародного співтовариства в цілому і кожної держави зокрема.

Глибокий аналіз розвитку правового статусу вод відкритого моря дав підстави вітчизняному вченому Г.О. Анцелевичу виокремити основні ознаки, характерні для того чи іншого об'єкта міжнародного права як об'єкта спільної спадщини людства: "Використання на благо всього людства, використання тільки в мирних цілях, неприпустимість поширення національної юрисдикції, рівність прав всіх народів на використання…, розумний справедливий облік заінтересованості всіх народів (націй) у використанні…, неприпустимість національного привласнення хоча б частини об'єкта" [1, 112]. Практика застосування джерел ***міжнародного права охорони культурних цінностей*** засвідчує, що навряд чи можна аргументовано стверджувати притаманність цих ознак сучасному правовому статусу культурної спадщини, але враховуючи значимість та важливість збереження для нинішнього і майбутніх поколінь, її варто розглядати як особливий об'єкт спільної спадщини людства, як об'єкт з особливим міжнародно-правовим статусом sui generis. У цьому контексті одним з найприйнятніших визначень культурної спадщини, закріплених у міжнародно-правових актах є, на наш погляд, її розуміння як сукупності ресурсів, успадкованих від минулого, які люди вважають, незалежно від своєї належності, віддзеркаленням і уособленням своїх постійно змінюваних цінностей, вірувань, знань і традицій. Культурна спадщина охоплює всі аспекти навколишнього середовища, які виникли внаслідок взаємодії між людьми і простором у ході історичного розвитку (п. "а" ст. 2 Рамкової Конвенції Ради Європи про значення культурної спадщини для суспільства 2005 р.).

У преамбулі Конвенції про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту 1954 р. закріплено принципове положення, згідно з яким "шкода, яка завдається культурним цінностям кожного народу, є шкодою для культурної спадщини всього людства" [16, 85], а, з іншого боку, як влучно зазначив О.А. Радзівілл, формування цілого комплексу норм у міжнародному праві, які склали відповідний інститут спільної спадщини людства, відбувалося паралельно з розвитком концепції культурної спадщини в доктрині міжнародного права [9, 4]. Зрештою, очевидно, що як за понятійним потенціалом, так і за обсягом напрямів регулювання обидві концепції є різнопланово багатими. Їх аналіз засвідчує, що в нормативних масивах не тільки соціальних галузей міжнародного права, до яких, безумовно, належить міжнародне право охорони культурних цінностей, а й інших, досліджених вище, реалізуються окремі елементи змісту принципу рівноправності держав, серед яких вирізняються принципи недискримінації та справедливості. Принцип недискримінації або, як його ще називають, рівності, є одним з основних принципів міжнародного торгівельного права [17, 682], проте широко застосовується у багатьох галузях міжнародного права, у праві Європейського Союзу та праві Ради Європи. Привертає увагу його формула, виведена прецедентним

правом Європейського Союзу, яка полягає у забороні однакового ставлення до різних ситуацій, чи різного ставлення до однакових ситуацій [14]. На нашу думку, саме в такому аспекті його слід застосовувати у міжнародному праві охорони культурних цінностей – у сфері повернення та реституції втрачених і незаконно вивезених культурних цінностей, особливо під час Другої світової війни. Втім, теоретичні напрацювання стосовно даної проблеми помітно відстають від потреб практики міжнародного співробітництва**,** що призводить до елементів суб'єктивізму під час вирішення практичних питань у цій галузі. Зазначена проблема потребує подальшого теоретичного обґрунтування та відповідних наукових досліджень прикладного характеру.

Принцип справедливості покладено в основу міжнародного правопорядку, його нормативний зміст пронизує всю систему міжнародного права, передусім його основні принципи. Аналізуючи роль принципу справедливості у міжнародних відносинах і міжнародному праві на універсальному рівні, Г.К. Дмитрієва слушно констатує, що "принцип справедливості має багатий зміст, який охоплює всі види міжнародних відносин. Універсальність змісту і дії – характерні риси принципу справедливості. Його зміст поєднує два взаємопов'язаних елементи. Перший з них є концептуальним. Він включає уявлення і принципи, що їх закріплюють, керуючись якими мають бути організовані та діяти система міжнародних відносин і відповідна нормативна система: вони повинні базуватись на справедливих… принципах. Другий елемент є функціональним. Він складається з принципів і норм, що стосуються функціонування системи міжнародних відносин і міжнародного права: ці системи повинні функціонувати на справедливій основі, справедливими мають бути і результати їх функціонування. Будь-яке міжнародно-правове регулювання повинно бути справедливим" [6, 78]. Як бачимо, йдеться про справедливість позитивну, тобто її загальновизнаний мінімум, як його закріплено у нормах міжнародного права. При цьому слід враховувати, що принципу справедливості належить провідна роль у визначенні справедливості інтересів держав, зокрема у сфері міжнародного права охорони культурних цінностей та їх узгодженні. Згідно принципу справедливості кожна держава, реалізуючи свої права, повинна поважати законні права та інтереси інших держав та решти суб'єктів міжнародного права. Показово, що з розвитком нормативного змісту принципу справедливості, розширюється його пряма регулююча дія, адже "все частіше норми міжнародного права передбачають застосування принципу справедливості для регулювання міжнародних відносин, насамперед у сферах, не врегульованих або недостатньо врегульованих міжнародним правом [6, 81], що особливо актуально для міжнародного права охорони культурних цінностей.

Поняття "спільна спадщина людства" має об'ємний зміст, а багатогранність терміна "спадщина" дає можливість застосовувати його до різних категорій міжнародного права. Відтак, щоб дане поняття було дієвим і відповідало потребам міжнародного співтовариства, необхідно конкретизувати його правовий зміст.

Території (простори), що знаходяться поза межами національної юрисдикції держав, та культурна спадщина суттєво різняться за правовим статусом і правовою природою, оскільки об'єкти першої перебувають поза національною юрисдикцією держав і належать усьому людству, а статус об'єктів культурної спадщини встановлюється міжнародним правом без обмеження суверенних прав держав на них. Отже, виникає питання, чи доцільно і виправдано поширювати концепцію "спільної спадщини людства" на об'єкти з різними правовим статусом і правовою природою, адже чимало юристів-міжнародників традиційно акцентують увагу на "єдиній юридичній природі категорії територій (просторів), вилучених зі сфери національного суверенітету" [5, 204], наголошуючи при цьому, що "…такій єдиній юридичній природі повинні відповідати єдине поняття, що

розкриває цю природу, а також термін, який позначає це поняття" [5, 204]. Проте навряд чи це може слугувати аргументом на користь не поширення такого поняття на інші категорії об'єктів, оскільки "деякі цінності культурної та природної спадщини становлять значний інтерес, що вимагає їх збереження як частини всесвітньої спадщини всього людства" [16, 129]. На наш погляд, склались об'єктивні умови, і сучасний рівень розвитку міжнародного права дозволяє поєднати в концепції спільної спадщини людства не тільки території (простори), вилучені зі сфери дії національного суверенітету, а й інші категорії значимих для всього міжнародного співтовариства об'єктів, що потребують міжнародно-правової охорони, передусім, культурної спадщини людства, "беручи до уваги, що пошкодження або зникнення будь-яких зразків культурної цінності чи природного середовища є згубним збідненням надбання всіх народів світу" [16, 129]. Визначення відмінностей у правовій природі цих категорій має не тільки теоретичне, а і практичне значення, оскільки сприятиме подальшій розробці їх статусів, зокрема статусу культурної спадщини як особливого об'єкта спільної спадщини людства, що вимагатиме, насамперед від держав, як основних суб'єктів міжнародного права, докласти максимум зусиль з метою досягнення рішення, прийнятного для всього міжнародного співтовариства. Таким чином, змістове розширення і збагачення концепції спільної спадщини людства найбільш повною мірою відповідатиме настійливим вимогам сучасних міжнародних відносин не лише на регіональному, а й універсальному рівнях.

Враховуючи викладене, a priori можна припустити, що в процесі подальшої гуманізації та демократизації міжнародного права, його прогресивного розвитку, зв'язок між концепціями "спільної спадщини людства" і "культурної спадщини" спричинить появу комплексів міжнародно-правових норм, які реалізують останню в міжнародному праві щодо прав людини, праві міжнародної відповідальності, міжнародному кримінальному праві та інших галузях міжнародного права. Крім того, концепція спільної спадщини людства дозволить на об'єктивній основі розвивати і конкретизувати статуси усіх видів об'єктів, що входять до її складу, безумовно, обов'язково з врахуванням специфіки, властивої кожному такому виду. На перспективу розробка вище аналізованих проблем є необхідною для забезпечення прогресивного розвитку сучасного міжнародного права, розвитку усталених чинних і появи нових універсальних міжнародно-правових норм, покликаних поширити свій регулятивний вплив на сферу охорони культурних цінностей.

Ці норми сформують основу для становлення принципу охорони культурної спадщини людства, нададуть йому дієвості та визначеності. З іншого боку, сам принцип, поєднуючи різні зазначені вище норми, надасть додаткового імпульсу таким нормам, підкреслюючи особливе значення для всього міжнародного співтовариства тих цінностей, на які поширює дію цей принцип. Особливість даного принципу полягає також у тому, що чимало міжнародно-правових норм, які він поєднує, функціонували і функціонують цілком самостійно, поза принципом охорони культурної спадщини людства як спеціальним принципом, на стадії формування, міжнародного права охорони культурних цінностей.

Список літератури:

1. ***Анцелевич Г.А.*** Международно-правовой статус и режим использования морских объектов общего наследия человечества. Перспективы развития в порядке de lege ferenda: Монография. – К.: УАЗТ, 2002.

2. ***Виноградов С.В.*** Международное право и охрана атмосферы. – М.: Наука, 1987.

3. Действующее международное право. В 3-х томах. / Составители Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. Том 3. – М.: Изд. Московского независимого института международного права, 2000.

4. ***Деканозов Р.В.*** Понятие "общее наследие человечества" в международном праве // Сов. ежегодник межд. права, 1981. – М.: Наука, 1982.

5. ***Деканозов Р.В.*** Некоторые вопросы юридической природы территорий (пространств), изъятых из сферы государственного суверенитета // Сов. ежегодник межд. права, 1973. – М.: Наука, 1975.

6. Дмитриева Г.К. Принцип справедливости в международном праве// Советский ежегодник международного права, 1983. – М.: Наука, 1984.

7. Док. ООН A / Conf. 62/ SR. 117.

8. Космічне право України: Збірник національних і міжнародних правових актів. Вид 4-те, переробл. та доповн. – К.: Атіка, 2004.

9. ***Кулеба Д.І.*** Участь України в міжнародних організаціях. Правова теорія і практика / За наук. ред. О.В. Задорожнього. – К.: Промені, 2007.

10. ***Маланчук Пітер.*** Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом / Пер. З англ. – Харків: Консум, 2000.

11. ***Мохаммад Халаф Абдель Фаттах Аль-Бкур.*** Розвиток принципу рівноправності держав у галузевих принципах і нормах сучасного міжнародного права // Автореф. дис. … канд. юрид. наук 12.00.11. – К., 2000.

12. ***Нгуен Куок Динь, Патрик Дайе, Алэн Пелле.*** Международное публичное право: В 2-х т. / Пер. с фр. – К., 2000. – Т. 2.

13. ***Радзівілл О.А.*** Проблеми і перспективи концепції спільної спадщини людства в сучасному міжнародному праві // Дис. … канд. юрид. наук 12.00.11. – К., 2000.

14. Справа 13/63, Italy v. Commission [1963] European Court Reports 165.

15. ***Тускоз Жан.*** Міжнародне право: Підручник / Пер. з фр. – К.: АртЕк, 1998.

16. Україна в міжнародно-правових відносинах. Кн. 2. Правова охорона культурних цінностей / Відп. ред. Ю.С. Шемшученко та В.І. Акуленко. – К.: Юрінком Інтер, 1997.

17. ***Cottier T., Mavroidis P.*** Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law.-University of Michigan Press, 2000.

РЕЗЮМЕ

В статье рассмотрен вопрос соотношения концепций "культурного наследия" и "общего наследия человечества" в современном международном праве, проблемы теории и практики их применения. Определены отличия и схожие черты в правовой природе этих категорий. Проанализированы дальнейшие перспективы развития международного права в сфере охраны культурных ценностей.

SUMMARY

The proposed article briefly covers the issue of "cultural heritage" and "common heritage of mankind" concepts relation, theoretical and practical meaning of this process. The author described the differences and similarities in the legal nature of these categories and analyzed further prospects of international law development in the sphere of cultural heritage protection.

Рекомендовано кафедрою
прав людини, європейськго та міжнародного права

Подан 03.10.08

М.С. Гребенюк
(Інститут держави і права ім. В.М. Корецького)
(Науковий керівник професор В.Н. Денисов)

Роль Конференції ООН з торгівлі і розвитку (ЮНКТАД) у формуванні міжнародного права на розвиток

Ключові слова: *міжнародні організації, міжнародні економічні відносини, принципи рівності та справедливості, преференції, право на розвиток.*

Міжнародні організації є повноправними учасниками міжнародних відносин і активно впливають на характер співробітництва держав, сприяючи вирішенню глобальних економічних, політичних, соціальних проблем, а також відіграють важливу роль у формуванні таких галузей права, як міжнародне економічне право, право міжнародних договорів, дипломатичне право і, нарешті, саме право міжнародних організацій. Вплив міжнародних інституцій на формування засад міжнародного права недостатньо вивчається у вітчизняній юридичній науці, хоча це має важливе теоретичне і практичне значення, особливо з огляду на перспективу їх подальшого розвитку. Недостатньо дослідженим залишається також міжнародне право на економічний розвиток, проблемні аспекти якого розглядаються у цій роботі. Воно містить чимало дискусійних питань, зокрема щодо принципів цього напряму права та їхнього трактування. Слід відзначити, що право на розвиток переживає період формування і становлення, тому недостатньою є нормативна база, що пояснюється певною специфікою питання та суперечностями стосовно основних його положень.

Серед основних публікацій на задану тему можна виділити статті І. Ніколайка, А. Коста, М. Булаїка та ін., проте системний аналіз досліджуваної проблеми у вітчизняній науці практично не проводився. Окрім того, вплив ЮНКТАД на формування міжнародного права на розвиток не знаходив належної оцінки, і тому в даній статті автор звертається саме до висвітлення цієї проблеми, особливо зупинившись на формуванні принципів міжнародного права на розвиток.

Одним з найважливіших процесів міжнародного життя другої половини минулого століття був розпад колоніальної системи і утворення на її місці нових суверенних держав, що справило значний вплив на розвиток міжнародного правопорядку. Через те, що значно збільшилася кількість суверенних держав в міжнародному співтоваристві, змінився багато в чому характер міжнародних відносин. Особливо гостро постала проблема економічного розвитку і диверсифікації господарської інфраструктури цієї групи країн, які наполегливо привертали увагу до своїх проблем а також висловлювали вимоги певного визнання багатими націями того, що вони мають моральний обов'язок допомагати країнам, які були раніше в правовому та економічному підпорядкуванні. Ці вимоги дали поштовх до появи нового напряму в міжнародному праві, а саме права на розвиток. Як пише У. Фрідман: “Новим виміром міжнародних відносин з часу закінчення останньої світової війни є стурбованість міжнародним

© М.С. Гребенюк, 2008

економічним розвитком – головним аспектом публічних міжнародних відносин" [21, 365].

Наприкінці 50-х років з'явилася концепція міжнародного права у сфері економічного розвитку, яка була опрацьована правниками країн, що розвиваються, серед яких: М. Булаїк (Югославія), О. Ріверо (Перу), М. Беджуан (Алжир) і ґрунтувалася на твердженні про взаємозв'язок між торгівлею та розвитком. Слід зазначити, що дана концепція викликала значну критику з боку розвинених країн, "у спробі відкинути, чи "де легалізувати" певні правові принципи і практику, котрі розглядаються країнами, що розвиваються, як ворожі до їхніх потреб і розвитку" [25, 1–16].

Характерною рисою нормативної системи міжнародного права є наявність комплексу основних принципів, які користуються вищим авторитетом. Найважливіші з них закріплені в Статуті ООН і складають нормативний фундамент сучасного міжнародного правопорядку. Як зазначає І. Лукашук, "будь-яка галузь міжнародного права спирається на основні принципи, які при цьому дещо модифікуються стосовно галузі" [11, 91].

У даному випадку вчені, які розробляли концепцію міжнародного права на розвиток, черпаючи вагомі аргументи з економічного аналізу, наполягали на перегляді ряду принципів міжнародного економічного права. При цьому відокремлення правових питань від економічних питань виявилося досить складною проблемою, оскільки обидві групи займають одну "територію".

Вони наголошували на необхідності перегляду таких принципів міжнародного права, як принцип рівності та взаємності, а також недискримінації. Не тільки допустимим, але й рекомендованим ними вважається виключення з принципу найбільшого сприяння з метою диференціації правозастосування відповідно до економічного становища держав [17, 216].

Згідно з тлумаченням принципу суверенної рівності держав, яке сформувалося на конференції в м. Сан-Франциско (США). "юридична рівність держав не залежить від їх фактичної сили, розмірів території, кількості населення та інших соціально-економічних і політичних факторів. Всі держави рівні між собою як суверенні, незалежні учасники міжнародного спілкування і будь-яка з них бере участь в міжнародних організаціях на рівних з іншими державами основах. Всі держави виступають як рівні суб'єкти міжнародного права, володіють рівними правами, несуть рівні обов'язки з міжнародного права і в однаковій мірі зобов'язані дотримуватися всіх приписів цього права" [18].

Проте на думку вітчизняних та зарубіжних вчених між державами все ще існує фактична нерівність, яка, зокрема, проявляється в їхній економічній діяльності. Французький юрист-міжнародник П. Фошіль пише: "…Держави, рівні з точки зору володіння правами, не можуть бути такими з точки зору здійснення цих прав. Держави, могутність, розміри і ресурси яких незначні, в дійсності не можуть, будучи повністю суверенними і незалежними, користуватися своїми правами так само, як це роблять сильні держави" [20, 464]. Ж. Ссель зводить принцип рівноправності держав до формули рівності перед правом. "Ми вважаємо, – підкреслює він, – що з точки зору міжнародного життя може бути тільки одна рівність – рівність перед нормою права і судовими органами, якими б не були важливими національні інтереси, про які йде мова, тобто рівність юридична. Володіння публічними функціями є, навпаки, питанням індивідуальних здібностей і можливостей. Фактична рівність є соціально неможливою. Вона породжує найбільші ускладнення і вперто заважає розвитку міжнародної соціальної організації" [24, 116]. На думку І. Лукашука, "ніхто не стане заперечувати фактичної нерівності держав, але це лише підкреслює значення встановлення їх юридичної рівності" [10, 268]. В. Денисов теж зазначає, що "юридична рівність держав, однак, не завжди означає їх фактичну рівність…Кардинальні зміни в структурі міжнародних відносин, що відбулися у 2-й половині 20 ст., вимагають відповідного коригування у структурі та

сфері міжнародних прав, в тому числі перегляду традиційної концепції державного суверенітету" [2, 123–124].

Міжнародне право на розвиток, на відміну від основних постулатів міжнародного права, відштовхується від припущення, що рівність в умовах економічної нерівності є рівносильною легалізації нерівності. В процесі прогресивного розвитку міжнародного права принципу формальної рівності держав слід надати характеру фактичної рівності. Рівність є основним принципом міжнародного права на розвиток тому, що вона служить вирішенню суперечностей між вимогами стосовно економічної незалежності і організованої взаємної допомоги, рівності у преференційному застосуванні, спільних вигод та заперечення взаємності по відношенню до країн, що розвиваються [17, 49–50].

Однак далеко не всі погоджуються з такими аргументами. На думку американського вченого Р. Хюдека. "нове міжнародне право економічного розвитку включає як одне з нових зобов'язань, що слід визнати, обов'язок преференційного і невзаємного застосування стосовно країн, що розвиваються… Немає загального принципу в правовій теорії, який можна використати, щоб визначити особливі права і обов'язки щодо застосування таких юридичних зобов'язань" [23, 186–187].

Опорою у даній ситуації, на яку посилаються прихильники міжнародного права на розвиток, є принцип справедливості, який в даному випадку, зокрема, полягає в обов'язку колишніх колоніальних держав допомагати в минулому залежним країнам в їхньому економічному становленні і росту. Хоча в міжнародній практиці досі не склалося чіткого нормативного змісту принципу справедливості, проте, зокрема в Преамбулі Статуту ООН однією з цілей організації є досягнення справедливості. Крім того в ст. 1 Статуту ООН говориться про обов'язок держав вирішувати свої міжнародні спори у відповідності з принципами справедливості та міжнародного права. Статут ООН встановлює зобов'язання вирішувати міжнародні спори мирними засобами таким чином, щоб "не піддавати загрозі міжнародний мир і безпеку і справедливість" (п. 3 ст. 2). Таким чином, мир, безпека і справедливість розглядаються в Статуті ООН як однопорядкові взаємопов'язані категорії. Справедливість виступає як вищий критерій при визначенні не тільки моральної, але і юридичної обґрунтованості правових норм. Йому належить основоположна роль при визначенні змісту правотворчого і правозастосовчого процесів. Він є універсальним, загальним. Що стосується його нормативного змісту, то він розкривається головним чином в системі міжнародного права в цілому і особливо в його основних принципах [3, 74–78].

Велику роль у формуванні і закріпленні основних положень міжнародного права на розвиток саме на принципах рівності та справедливості відіграє ЮНКТАД, яка з самого початку була трибуною проголошення та втілення найпрогресивніших та найсміливіших ідей цього права. В резолюції Генеральної Асамблеї ООН 1995 (XIX) від 30 грудня 1964 р., яка є актом, що засновує ЮНКТАД, визначено основні функції Організації, до яких належить: встановлення принципів і політики, які стосуються міжнародної торгівлі і відповідних проблем економічного розвитку (пункт 3b); розробка рекомендацій для проведення в життя зазначених принципів і політики (пункт 3c) тощо [19, 1–5].

Одним з найавторитетніших прибічників концепції економічного розвитку був перший Генеральний секретар ЮНКТАД Рауль Пребіш. Згідно з його підходом, світ розділився на аграрно-сировинну "периферію" та розвинений "центр", який зосередив науково-технічні досягнення, де відбувається швидший ріст накопичення капіталу та підвищення продуктивності праці. У своїй доповіді на Женевській конференції з торгівлі і розвитку в 1964 р. "За нову торговельну політику, що забезпечує розвиток" він зробив висновок, що "той значний кодекс правил і принципів, який був опрацьований в Гавані і частково втілений в Генеральній угоді з тарифів та торгівлі (ГАТТ), не відповідає концепції позитивної

економічної політики, якщо під нею розуміти намір здійснити раціональний і обґрунтований підхід до економічних сил для того, щоб змінити їхній стихійний розвиток і досягти чітко сформульованих цілей. Навпаки, ці правила і принципи, очевидно, ґрунтуються на концепції, згідно з якою достатньо усунути перешкоди, що стоять на шляху стихійної дії цих сил в міжнародній економіці для того, щоб розширити торгівлю в спільних інтересах всіх учасників. Ці правила і принципи спираються, крім того, на абстрактне поняття економічної однорідності, що перешкоджає визнанню величезних відмінностей в структурі між промисловими центрами і периферійними країнами…" [12, 7]. Вирішення даної проблеми Р. Пребіш вбачає в ідеях класичного протекціонізму, концепції компенсації втрат молодих держав на світовому ринку, необхідності відкриття ринків розвинених країн для товарів "периферії", зазначаючи, що ці рішення стосовно даних питань не повинні прийматися ізольовано, оскільки вони є складовою більш широкої політики міжнародного співробітництва в інтересах економічного розвитку [12, 18–22, 90].

У 1964 р на Женевській конференції ЮНКТАД були прийняті Принципи, які визначають міжнародні торговельні відносини і торговельну політику та сприяють розвитку. В них встановлюється обов'язок розвинених країн надавати преференційні, тарифні і нетарифні поступки всім країнам, що розвиваються (принцип восьмий), проголошувалася необхідність збільшити надходження міжнародної фінансової, технічної і економічної допомоги (принцип одинадцятий) тощо. Принцип четвертий визначив, що економічний розвиток і соціальний прогрес повинні бути спільною справою всього міжнародного співтовариства [5, 22–26].

Загальна система преференцій, запропонована ЮНКТАД, продовж короткого періоду була сприйнята практично всіма розвиненими країнами, які представили свої схеми національних преференційних тарифів. Вони різняться по колу бенефіціантів**,** номенклатурі товарів, обсягу преференцій, режимах для найменш розвинених країн і правилах походження товарів. Як зазначає С. Войтович, ці рекомендації, вплинули як на муніципальне право (національні преференційні схеми), так і на міжнародні договори (положення ГАТТ, преференційні положення Ломських конвенцій, відповідні угоди щодо регіонального економічного співробітництва), а також стали початком виникнення нових звичаєвих норм (зокрема, звичай, згідно з яким преференції на користь країн, що розвиваються, не повинні кваліфікуватися як неправова дискримінація розвинених держав) [27, 92]. ЮНКТАД також опрацював Глобальну систему торговельних преференцій між країнами, які розвиваються [22].

Завжди активною була і залишається робота ЮНКТАД стосовно опрацювання важливих міжнародно-правових документів у сфері економічного розвитку. У 1972 р. в ході третьої сесії ЮНКТАД була прийнята рекомендація про підготовку Хартії економічних прав і обов'язків держав, текст якої був представлений Генеральній Асамблеї ООН та прийнятий резолюцією у 1974 р. [15]. ЮНКТАД брала участь у розробці ряду розділів Декларації ООН про встановлення нового міжнародного економічного порядку [14] та Міжнародної стратегії розвитку [16], розробленої для забезпечення структурних змін в світовій економіці і міжнародному співробітництві для розвитку в інтересах країн з різним рівнем розвитку. Важливими також є резолюції, прийняті в ході шостої Конференції ЮНКТАД у Бєлграді про відмову від заходів економічного примусу, де засуджувалася політика торговельних обмежень, блокади, ембарго та інших економічних санкцій [26].

У 1976 р. в рамках ЮНКТАД була прийнята Інтегрована програма щодо сировинних товарів (ІПСТ) [11], метою якої є стабілізація цін на сировину та сприяння країнам, що розвиваються, в їхньому промисловому розвитку. Зазначена Програма охоплює понад 20 міжнародних угод з торгівлі такими сировинними товарами як какао, натуральний каучук, цукор, тропічна деревина, джут, алюміній тощо,

які укладаються між основними експортуючими та імпортуючими країнами з метою сприяння економічному розвитку держав-експортерів, здебільшого країн, що розвиваються, та укріплення економічного співробітництва. Дані угоди здійснюють глобальний вплив на покращення структури ринку міжнародної торгівлі.

Положення міжнародного права на розвиток закріплені також в Кодексі поведінки лінійних конференцій (1975 р.) [8], Комплексі узгоджених на багатосторонній основі справедливих принципів і правил для контролю за обмежувальною діловою практикою (1981 р.) [7], опрацьованому Міжнародному кодексі поведінки в області передачі технології (1985 р.) [13]. Зазначені документи мають універсальну сферу застосування та рекомендаційний характер

В рамках ЮНКТАД був розроблений індекс торгівлі і розвитку (ІТР), який відкриває великі можливості для впровадження в практику міжнародних економічних відносин оцінку об'єктивного взаємозв'язку між розширенням торгівлі і розвитком людського потенціалу. ІТР побудований як взаємообумовлена система одинадцяти компонентів, якими є: людський капітал, фізична інфраструктура, фінансове середовище, якість інституційних структур, екологічна стабільність, економічна структура, ступінь відкритості торгівлі, реальний доступ до іноземних ринків, економічний розвиток, соціальний і гендерний розвиток в сукупності з 29 показниками.

Під час одинадцятої сесії ЮНКТАД у 2004 р. в м. Сан Паулу (Бразилія) підкреслювалося, що необхідно знайти баланс між цілями ефективності і справедливості. Не дивлячись на всі зусилля на національному і міжнародному рівнях стосовно стимулювання економічного росту країн, що розвиваються, проблема їх розвитку залишається центральним питанням глобального порядку денного [4]. Вирішення цієї проблеми тісно пов'язано із забезпеченням безпеки міжнародного співтовариства. Як зазначає В.Н. Денисов, "причини війни часто криються в економічних проблемах розвитку країн і міжнародних відносин. Тому… мета Організації Об'єднаних Націй – це здійснення співробітництва між державами у вирішенні міжнародних проблем економічного, соціального, культурного і гуманітарного характеру" [1, 437].

Діяльність ЮНКТАД – координаційного центру системи ООН по комплексному розгляду проблематики торгівлі і розвитку та взаємопов'язаних питань в області фінансів, технології, інвестицій і стійкого розвитку, сфокусована в основному на реструктуризації міжнародних економічних та торговельних відносин з метою збільшення ролі країн, що розвиваються, у світовій торгівлі та прискоренні їхнього економічного росту. Робота Організації зосереджена на розгляді та вирішенні найважливіших проблем економічного розвитку, об'єднуючи країни світу та використовуючи всі доступні для цього міжнародно-правові механізми, формуючи необхідний нормативний та доктринальний масив. Ця діяльність виражається у визначенні в міжнародному праві на розвиток спеціальних принципів і формуванні основних напрямів політики держав та угодах.

В рамках ЮНКТАД з моменту її створення проголошувалися та формувалися основні засади міжнародного права на розвиток. Одним з найпрогресивніших був крок щодо перегляду основних принципів міжнародного права, зокрема принципу суверенної рівності держав. На думку італійського вченого А. Коста, рівність тепер тлумачиться як активний принцип втручання для переходу від формальної рівності до дійсної рівності [9, 74]. Прийняття Принципів, які визначають міжнародні торговельні відносини і торговельну політику та сприяють розвитку, Загальної системи преференцій, Глобальної системи торговельних преференцій між країнами, які розвиваються та інших документів закріпили нормативні основи міжнародного права на розвиток та сформували правовий звичай у даній сфері.

Сьогодні в рамках ЮНКТАД ведеться активна робота щодо подальшого опрацювання положень міжнародного права на розвиток, які покликані шляхом орієнтації уря-

дів країн на конкретні дії щодо активного співробітництва між державами вирішити глобальну проблему підвищення рівня життя населення у країнах, що розвиваються, укріпивши міжнародний мир, економічну рівновагу та безпеку на планеті.

Список літератури:

1. ***Денисов В.Н.*** Организация Обьединенных Наций как гарант поддержания мира и безопасности // Международное право XXI века. Промени, 2006.
2. ***Денисов В.Н.*** Принцип суверенної рівності держав // Юридична енциклопедія: В 6-ти – К., 1998. – Т. 5.
3. ***Дмитриева Г.К.*** Принцип справедливости в международном праве // Советский ежегодник международного права 1983. – М.: Наука, 1984.
4. Доклад Конференции Организации Обьединенных Наций по торговле и развитию о работе ее одинадцатой сессии, проходившей в Сан-Паулу (Бразилия) с 13 по 18 июня 2004 года. TD/412. Стр. 5–7. www.unctad.org.
5. Документы Конференции Организации Обьединенных Наций по вопросам торговли и развития. Женева, 23 марта-16 июня 1964 года, Нью-Йорк, 1964. – Т. 1.
6. Интегрированная программа для сырьевых товаров от 30 мая 1976 г. UNCTAD 93 (IV)
7. Комплекс согласованных на многосторнней основе справедливых принципов и правил для контроля за ограничительной деловой практикой. ООН. Нью-Йорк, 1981 г. TD/RBP/CONF/10/Rev.1
8. Конференция полномочных представителей ООН по Кодексу поведения линейных конференций. T.II. Заключительный акт (включая Конвенцию и резолюции) и требования по тоннажу. ООН. Нью-Йорк, 1975 г. TD/CODE/13/Add.1
9. ***Коста А.*** Питання розвитку, що регулюються міжнародним правом, у системі світового співробітництва // Міжнародне економічне співробітництво України (правові проблеми): Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. – К.: КНЕУ, 2004.
10. ***Лукашук И.И.*** Международное право. Общая часть. Учебник. – М.: Издательство БЕК, 1996.
11. ***Лукашук И.И.*** Нормы международного права в международной нормативной системе. – М.: Спартак, 1997.
12. ***Пребиш Р.*** За новую торговую политику, обеспечивающую развитие // Бюллетень иностранной коммерческой информации. – № 1б, 1964.
13. Проект международного кодекса поведения в области передачи технологии. ООН. 1985 г. TD/CODE/TOT/47
14. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 3201 (S-VI) від 1 травня 1974 р.
15. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 3281 (XXIX) від 12 грудня 1974 р.
16. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 45/199.
17. ***Bulajic M***. Principles of International Development Law. Progressive development of the principles of International Law relating to the New International Economic Order. Dordrecht / Boston / Lancaster, 1986.
18. "Documents of the United Nations Conference on International Organisation. San Francisco, 1945". United Nations Information Organisation, London – New York, 1945, t. VI. Doc. 944, I/1/34/1.
19. Establishment of the United Nations Conference on Trade and Development as an organ of the General Assembly, GA res. 1995 (XIX) of 30 December 1964, GAOR 19th Sess., Suppl.15.
20. ***Fauchille P.*** Traite de droit international public, t. 1, Paris, 1922.
21. ***Friedman W.*** The Changing Structyre of International Law. Columbia University Press, New York, 1964.
22. Global System of Trade Preferences among Developing Countries. TD/UNCTAD/GSTP/MM

23. ***Hudec R.E.*** Developing Countries in the GATT Legal System. Gower, Aldershot, Brookfield USA, Hong Kong, Singapore, Sydney for the Trade Policy Research Centre – London, 1987.

24. ***Scelle G.*** Cours de droit international public. Paris, 1948.

25. ***Schachter O.*** The Evolving International Law of Development// Columbia Journal of Transnational Law. – 1976. – Vol. 15, № 1.

26. UNCTAD VI-161 (VI) Внешняя задолженность; 162(VI) Международные валютные вопросы; 163 (VI) Официальная помощь в целях развития от 2 июля 1983 г.

27. ***Voitovich S.*** International economic organizations in the international legal process. Netherland, 1995.

РЕЗЮМЕ

В статье освещается вопрос формирования права на развитие – неотъемлемой части современного международного права, которое основывается на таких принципах как равность и справедливость, являющихся основополагающими и закрепленными в Уставе Организации Объединенных Наций. Дается характеристика деятельности Конференции ООН по торговле и развитию по принятию ряда международных актов, которые устанавливают и регламентируют международные экономические отношения с целью восстановления баланса между политиками эффективности и справедливости и содействии странам, которые развиваются, в их экономическом становлении.

SUMMARY

In the article is described the question of forming the law on development as an inalienable part of modern International law, which is founded on the principles of equality and justice that are fundamental and written in the Charter of UN.

There is given an characteristic of activities of the United Nations Conference of Trade and Development about accepting international acts which set up and regulate international economic relations with the purpose to made balance between the politics of effectiveness and justice and assist developing countries in there economic development.

Рекомендовано кафедрою
прав людини, європейськго та міжнародного права

Подано 24.09.08

Вимоги до оформлення наукових статей, що подаються до "Вісника Академії адвокатури України"

1. Вимоги до змісту:

1.1. Стаття повинна мати високий науковий рівень.

1.2. За змістом стаття повинна відповідати вимогам Постанови Президії Вищої атестаційної комісії України "Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України" від 15.01.2003 р. № 7-05/1. Зокрема, у ній повинні міститись такі необхідні елементи: а) постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими чи практичними завданнями; б) аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття; в) формулювання цілей статті (постановка завдання); г) виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; ґ) висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.

Стаття повинна розкривати зміст однієї з рубрик збірника:

1. Теорія та історія держави і права	10. Судоустрій. Прокурорський нагляд
2. Конституційне право	11. Адвокатура. Захист прав людини
3. Цивільне право і процес	12. Міжнародне право
4. Господарське право	13. Студентська наукова творчість
5. Трудове право і соціальний захист	14. Рецензії
6. Земельне право; аграрне право; екологічне право	15. Наукова хроніка
7. Адміністративне і фінансове право	16. Персоналії
8. Кримінальне право і кримінологія	17. Реклама
9. Кримінальний процес і криміналістика	18.Оголошення

Автор статті відповідає за правильність і достовірність викладеного матеріалу, за належність останнього йому особисто, точність викладених у роботі фактів (даних)та якість перекладу.

2. Вимоги до обсягу:

2.1. Обсяг матеріалів, які автори подають для публікації наукової статті – від 0,3 до 0,5 ум.друк.арк. (12 000 – 20 000 друк.знаків, включаючи пробіли). Орієнтовний посторінковий обсяг складає: мінімум – 7 сторінок, максимум – 12 сторінок, які оформлені у відповідності з вимогами.

2.2. Обсяг матеріалів, які автори подають для публікації рецензії – до 0,3 ум.друк.арк. (до 12 000 друк.знаків, включаючи пробіли). Орієнтовний посторінковий обсяг до – 7 сторінок, які оформлені у відповідності з вимогами.

3. Вимоги до оформлення матеріалів:

3.1. На початку статті в правій частині подається інформація про автора (ініціали автора і прізвище, науковий ступінь (якщо є), вчене звання, місце роботи).

3.2. Назва статті подається після інформації про автора з вирівнюванням по центру сторінки та виділяється напівжирним шрифтом.

3.3. Перед початком статті подається ключові слова, що виділяються курсивом. Загальна кількість ключових слів повинна бути не меншою трьох і не більшою десяти.

3.4. Бібліографічні посилання в тексті відображаються цифрами в квадратних дужках із зазначенням номерів сторінок відповідно джерела [3, 415].

3.5. Перелік використаних джерел подається в кінці тексту після слів "Список літератури" у *алфавітному порядку*. Оформлення списку літератури здійснюється згідно вимог ВАК України (див. Форма 23, затверджена наказом ВАК України від 21 березня 1997 року № 121) та відповідних державних стандартів.

3.6. Після списку літератури подаються резюме російською та англійською мовами.

3.7. Після статті автор зазначає структурний підрозділ вищого навчального закладу чи наукової установи, який дав рекомендацію до друку вказаних матеріалів. Для аспірантів та пошукачів обов'язкова наявність рецензії наукового керівника з зазначенням його наукового ступеня, вченого звання, прізвища, ім'я та по-батькові).

3.8. Автор підписується на звороті останньої сторінки з зазначенням повних атрибутів (прізвище, ім'я та по-батькові автора, повністю звання, посада, назва кафедри, факультету, вузу, домашня адреса, контактні телефони);

3.9. Текст статті друкується на папері стандартного формату (А 4) через 1,5 інтервала з дотриманням таких розмірів полів: верхнього, нижнього, лівого – 2 см і правого 1 см.

Весь текст повинен бути набраний шрифтом Times New Roman 14pt в одну колонку без застосування будь-якого форматування. ***Не допускається використання вставок та гіперпосилань.*** Можна виділяти окремі частини тексту курсивом або напівжирним шрифтом.

При наборі слід:

а) вимкнути "перенос" (Категорично заборонені примусові переноси!!!)

б) абзаци позначати символом " Ентер"

в) якщо Ваша робота містить нестандартні символи, то подавайте разом зі своєю роботою і шрифти .ttf, які були використані в роботі.

Зразок оформлення статті:

І.А. Іванов,
кандидат юридичних наук, доцент
(місце роботи)

Назва статті

Ключові слова: *журнал, видавництво, юрист.*

Основний виклад матеріалу [1, 13].

Список літератури:

1. *Быков В.М.* Криминалистическая характеристика преступных групп. — Ташкент, 1986.
2. *Дорошенко Д.* Історія України. 1917–1923 рр. —Т. 1. — Ужгород, 1930.
3. Криминалистика / Под ред. Р.С. Белкина. — М.: Норма-Инфра, 1999.
4. *Малевич Ю.И.* Права человека в глобальном мире. — М.: АСТ, 2004.
5. Стаття 6 Закону України "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини" від 16 червня 1999 року // ВВР. — 1999. — № 41.

РЕЗЮМЕ
Текст російською мовою
SUMMARY
Текст англійською мовою

Стаття рекомендована до друку такою-то кафедрою такого-то навчального чи наукового закладу (протокол № від"__"____200_року)***

Автор підписує статтю та зазначає прізвище, ім'я та по батькові, повністю звання, посаду, назву кафедри, факультету, вузу, домашню адресу, контактні телефони.

4. Порядок подачі матеріалів до редакційної колегії:

4.1.Стаття подається в електронному варіанті на дискеті у 2 файлах (в форматі doc. та в форматі RTF; назва файла обов'язково латинськими літерами) та в роздрукованому вигляді. На етикетці дискети необхідно вказати прізвище та ініціали автора. Стаття і дискета авторові не повертаються.

4.2. Зі статтею обов'язково надається:

— фотографія автора (розміром не менше, ніж 3х4, бажано в електронному варіанті);

— для аспірантів та пошукачів обов'язкова наявність рецензії наукового керівника з зазначенням його наукового ступеня, вченого звання, прізвища, ім'я та по-батькові).