ВІСНИК
КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ISSN 1728-2195

ЮРИДИЧНІ НАУКИ 60-62/2004

Засновано 1958 року

Досліджуються питання діалектики реформування методології сучасної правничої науки й освіти, конституційних реформ в Україні та прав людини, правового регулювання фірмових найменувань за чинним законодавством України, поняття і диференціація способів захисту цивільних прав та інтересів.

Розглядаються питання компенсації шкоди за екологічним законодавством, завдання стадії підготовки цивільних справ до судового розгляду, правові засади діяльності опозиційного уряду тощо.

Розраховано на науковців, юристів-практиків, студентів.

ВІДПОВІДАЛЬНИЙ РЕДАКТОР	**В.І.Андрейцев, д-р юрид. наук, проф.**
РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ	**В.І.Андрейцев, д-р юрид. наук, проф.; Н.Ю.Пришва, д-р юрид. наук, доц. (заст. відп. секр.); С.В.Гринько, канд. юрид. наук, доц. (відп. секр.); Г.І.Балюк, д-р юрид. наук, проф.; О.М.Вінник, д-р юрид. наук, доц.; Л.К.Воронова, д-р юрид. наук, проф.; О.В.Дзера, д-р юрид. наук, проф.; О.О.Шевченко, д-р юрид. наук, проф.; Н.Г.Шукліна, канд. юрид. наук, доц.; С.С.Яценко, д-р юрид. наук, проф.**

Адреса редколегії	**02017, Київ-17, вул. Володимирська, 60, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, юридичний факультет; ☎ (38044) 239 3167**
Затверджено	**Вченою радою юридичного факультету 24 березня 2003 року (протокол № 6)**
Атестовано	**Вищою атестаційною комісією України. Постанова Президії ВАК України № 1-05/7 від 09.06.99**
Зареєстровано	**Міністерством інформації України. Свідоцтво про Державну реєстрацію КІ № 251 від 31.10.97**
Засновник та видавець	**Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет" Свідоцтво внесено до Державного реєстру ДК № 1103 від 31.10.02**
Адреса видавця	**01030, Київ-30, б-р Т.Шевченка, 14, кімн. 43 ☎ (38044) 239 3172, 239 3222; факс 234 0105**

Kyiv National Taras Shevchenko University

© Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2004

ЗМІСТ

ВИПУСК 60

Андрейцев В.А. Сучасна правнича наука та освіта: діалектика реформування методології 5
Лисенко А.М. Конституційна реформа в Україні та права людини 9
Ковальчук О.М. Теоретико-правові дослідження Г.М.Даниловича – першого декана юридичного факультету Київського університету 13
Притика Ю.Д. Поняття і диференціація способів захисту цивільних прав та інтересів 16
Краснова М.В. Компенсація шкоди, заподіяної порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища як загальноюридичний принцип охорони довкілля 19
Шиманович О.М. Поняття, види та роль судових рішень у захисті прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави 22
Кривошеїна І.В. Правове регулювання фірмових найменувань за чинним законодавством України 25
Марусенко Р.І. Правові аспекти реєстрації земельних сервітутних прав 27
Давидова Н.О. Принципи особистих немайнових прав фізичної особи 31
Бондаренко Н.Л. Завдання стадії підготовки цивільних справ до судового розгляду 34
Совгиря О.В. Правові засади діяльності опозиційного Кабінету Міністрів: загальна характеристика. 36
Старушкевич А.В. Метод криміналістичного аналізу телефонних викликів і особливості його використання при розслідуванні злочинної діяльності у сфері наркобізнесу 39
Самохін О.Ю. Зміст криміналістичної характеристики незаконного обігу наркотичних засобів 47
Сагайдак П.Г. Використання методів фіксації при проведенні слідчих дій 50

ВИПУСК 61

Андрейцев В.І. Сучасна правнича наука та освіта: діалектика реформування методології 53
Толкачова Н.Є. Золота була 1356 р. і королівська влада в Германії. 57
Панасюк О.Т. Звичаєве регулювання трудових відносин 62
Беляневич О.А. Принцип свободи договору за Цивільним та Господарським кодексами України 64
Ковальчук Т.Г. Правові аспекти юридичних засобів охорони земель 68
Боднар Т.В. Договірні зобов'язання як категорія цивільного права 73
Балюк Г.І., Єлісєєва О.В. Правові засади вирішення судами спорів, пов'язаних із зверненням стягнення на земельну ділянку (як предмет іпотеки) на вимогу кредитора 75
Тернавська В.М. Деякі питання історії становлення і розвитку інституту суду присяжних в Україні 79
Совгиря О.В. Сучасний стан та перспективи нормативно-правового регулювання правового статусу парламентської опозиції в Україні 82
Смирнов М.І. Діюча сфера застосування відеоконференцз'язку при одержані доказів з кримінальних справ 85
Лисенко А.М., Мельник О.С. Застосування біометричних систем для ідентифікації особи 87
Старушкевич А.В. Криміналістичний аналіз слідової картини сексуальних вбивств 92

Kyiv National Taras Shevchenko University

CONTENTS

ISSUE 60

Andreitsev V. Modern legal science and education: dialectics of methodology reformation....5
Lysenko A. The Constitutional Reform in Ukraine and Human Rights 9
Kovalchuk O. The theoretically-legal researches of G.M.Danilovich
(the first dean of the faculty of law of the Kiev University)....13
Prytyka Y. The Definition and Differentiation of the Methods of the Defense of Civil Rights and Interests 16
Krasnova M. Compensation for damage caused by the breach
of environmental law as a nature protection general legal principle. 19
Shimanovich O. The notion, forms and role of the court decisions in defence of the rights and freedom
of person and citizen, rights and legal interests of the juridical persons, interests of the society and state 22
Kryvosheyna I. Legal regulation of company names under the Ukrainian legislation....25
Marusenko R. Legal aspects of easement appurtenant right's registration 27
Davydova N. Principals of person's private unproperty rights....31
Bondarenko N. Tasks of preparation stage of civil procedure. 34
Sovgiria O. Legal bases of activity of the oppositional Cabinet: a general characteristic. 36
Starushkevych A. The criminal telephone recjrd analysis method and particularity it's using for crime activity
investigation in drug business sphere....39
Samokhin A. Criminalistical characteristic of illegal drug turnover....47
Sagaydak P. Application of the fixation methods in investigative Actions 50

ISSUE 61

Andreitsev V. Modern legal science and education: dialectics of methodology reformation....53
Tolkachova N. Golden Bill of 1356 and kings' power in Germany....57
Panasiuk O. Customary regulation of labour relations....62
Belyanevych E. The Principle of Freedom of Contract According to Civil and Commercial Codes of Ukraine....64
Kovalchuk T. Legal Aspects of Juristic Means of Land Preservation 68
Bodnar T. Contractual obligations as a category of Civil Law....73
Baliuk H., Yelieseyeva O. Legal principles of adjudication by the courts of disputes related to taking recourse upon l
and parcels (as a subject of mortgage, on creditor's demand) 75
Ternavska V. Issues of history of formation and development of a jury in Ukraine....79
Sovgiria O. Contemporary state and perspectives of legal regulation of parliament opposition status in Ukraine....82
Smirnov M. Current sphere of videoconference communication appliance when collecting evidence in criminal cases85
Lysenko A., Melnyk O. Appliance of biometrical systems for identification of a person....87
Starushkevych A. Criminal analysis of sexual killings transe pattern....92

ISSUE 62

Rudyk P. Analyses of Presidential and Parliament Alternative Draft Documents on Changes
to the Constitution of Ukraine....99
Tolkachova N., Kostruba V. The Role of Calmar Union in the Forming of Centralized National State in Sweden 105
Bodnar T. Specific Features of the Fulfillment of Pecuniary Obligations in Civil Law of Ukraine 110
Panova G. The Lw Statuse of Refugees in Ukraine and Russia: Comparative Law Analysis 113
Sovgiria O. Legal Sstatus of Pparliamentary Oopposition in Ukraine: Pprospects of Llegislative Rregulation 116
Romanyuk L. Restrictions, Connected with the Admission to the Public Service and Passing of it....119
Vashchenko Y. Legal Aspects of Nonexpert Tax System in Ukraine 121
Solodkina O. Concept and Value of Bank Supervision in a System of Legal Regulation of Banking 125
Marusenko R. On the legal nature of easement appurtenant 129
Baronova T. The State Land Cadastre Notion and Legal Attributes....132
Shvets A. The state order as the legal form of reservation of agricultural production....135
Shimanovich O. The Problem of Essence (Juridical Nature) of the Court Decision in the Civil Process of Ukraine ...137
Skrygonyuk M. Genesis of Social (Mass) Disturbances and Legal Ground 140
Lyakhutin R. Functions of Criminal Punishment....144

Kyiv National Taras Shevchenko University

ЗМІСТ

ВИПУСК 62

Рудик П.А. Аналіз президентських та парламентських альтернативних законопроектів про внесення змін до Конституції України.....99
Толкачова Н.Є., Коструба В.В. Роль Кальмарської унії (1397–1523) у формуванні централізованої національної держави у Швеції. 105
Боднар Т.В. Особливості виконання грошових зобов'язань у цивільному праві України.....110
Панова Г.В. Правовий статус біженців в Україні та Росії: порівняльно-правовий аналіз. 113
Совгиря О.В. Правовий статус парламентської опозиції в Україні: перспективи законодавчого регулювання.....116
Романюк Л.В. Обмеження, пов'язані з прийняттям на державну службу та проходженням державної служби 119
Ващенко Ю.В. Правові аспекти спрощеної системи оподаткування в Україні.....121
Солодкіна О.В. Поняття і значення банківського нагляду в системі правового регулювання банківської діяльності.....125
Марусенко Р.І. До питання про правову природу земельного сервітуту 129
Баронова Т.В. Поняття та юридичні ознаки державного земельного кадастру.....132
Швець О.А. Державне замовлення як правова форма резервування сільськогосподарської продукції.....135
Шиманович О.М. Проблема сутності (юридичної природи) судового рішення в цивільному процесуальному праві України.....137
Скригонюк М.І. Генезис суспільних (масових) заворушень і його правове обґрунтування.....140
Ляхутін Р.С. Функції кримінального покарання.....144

Kyiv National Taras Shevchenko University

В.І.Андрейцев, д-р юрид. наук

СУЧАСНА ПРАВНИЧА НАУКА ТА ОСВІТА: ДІАЛЕКТИКА РЕФОРМУВАННЯ МЕТОДОЛОГІЇ

Розглядаються найактуальніші проблеми реформування вищої правничої освіти і науки в контексті інтеграції до Болонського процесу.

Topical problems of methodology reformation of higher legal education and science are examined in the context of Bologna process integration.

Серед сучасних проблем правознавства, позитивне вирішення яких визначатиме подальший поступовий прогрес нашого суспільства, утвердження національної ідеї розбудови державності, реалізації верховенства права і закону, принципового значення набувають питання методології та гносеології правничої науки і освіти. Адже йдеться про оновлення наукових підходів до розвитку кардинальних проблем державознавства і правознавства з урахуванням позитивного досвіду та цінностей історико-правової спадщини в нових умовах реформування економічних, соціальних, політичних, науково-технічних, організаційних засад нашого суспільства, формування ефективного правового механізму відповідно до сучасних завдань становлення суверенної держави, її функціонування в міжнародній системі координат.

За таких умов очевидними стають деякі заідеологізовані положення правової науки, відверті прорахунки, що не сприймалися в попередній період та продовжують за інерцією існувати на рівні апріорі сучасної методології наукових досліджень, що не сприяє розвитку правотворчого процесу та практиці ефективного застосування українського законодавства, а отже, страждає галузева правнича наука, окремі дослідження якої ще перебувають у полоні романтичних ілюзій доби радянського правознавства.

Це явно простежується в процесі ретельного аналізу деяких кандидатських та докторських дисертацій, монографічних досліджень, для яких характерні стереотипні штампи методології, поверховість та відірваність наукових положень від реальної практики. У той же час невиправдано, без достатніх наукових обґрунтувань прискорюється розвиток законодавчого та в цілому нормотворчого процесу за відсутності належних наукових концептуальних засад прийняття значної частини законів, які не вписуються в систему сучасного права і законодавства. Тож не випадково на теренах сучасного законодавчого процесу з'явилися лозунгові закони, що містять узагальнюючі норми – ідеї з невизначеним колом правового регулювання суспільних правовідносин, відвертого ігнорування позитивних наукових новацій сучасного правознавства, які негативно впливають на ефективність правозастосовної практики, оскільки віддалені від реального життя та правових інтересів громадян, держави та корпоративних потреб юридичних осіб.

Однак проблема не тільки у викладеному, а і в тому, що недоречності та прорахунки методології наукових досліджень пропорційно позначаються на розвитку правничої освіти, негативно впливають на формування світогляду, правничої культури, професійності майбутніх правників, оскільки "перекочовують" у підготовлені підручники, навчальні посібники, практикуми, навчальні програми та плани, які не відповідають сучасним правовим реаліям.

Скажімо, значна частина правничих наукових досліджень обумовлена специфікою діяльності окремих правових інституцій та правоохоронних органів, створенням галузевих вищих навчальних закладів, які продукують науковий аналіз такої діяльності в різних сферах забезпечення прав і свобод громадян. Постановка наукової проблеми цілком виправдана, актуальна, але, як правило, дослідники цих проблем залишаються в полоні загальних підходів та положень теорії держави і права, застарілих наукових конструкцій радянського правознавства, інколи про специфіку такої діяльності згадується лише на окремих сторінках дисертацій, що ревізує сучасну правову доктрину.

Сучасній методології правничої науки і освіти значною мірою зашкоджують уже довгий час існуючі стереотипи наукових підходів щодо визначення основних проблем правознавства, які з часом перетворилися на систему міфів цієї науки.

Як відомо, інстинкт привласнення речей призводить до їх монополізації, а часто до фетишизації й думки про них у формі визнання їхньої виключної істинності в кінцевій інстанції.

Саме такий підхід окремих вчених попереднього покоління в правознавстві породив міфи щодо вчення і ролі методів правового регулювання та значення їх у диференціації відповідних галузей права, що абсолютно не сприяє розвитку системи законодавства і практики його застосування. Тож невипадково в процесі наукової дискусії виголошувалися окремі висновки про доцільність спростування таких підходів, а то й взагалі про відмову від категорії системи права.

У цьому контексті марнотратними виявилися наукові пошуки методів правового регулювання, які притаманні тим чи іншим галузям права, надмірного їх обґрунтування класовою природою суспільства за типом держави і формування відповідного їм режиму правового регулювання. Однак практичної цінності такі наукові дослідження так і не набули, хоча "збили з пантелику" не один десяток дослідників, особливо молодих науковців-правознавців. Такі наукові знання апріорі так і залишилися "мертвими" науковими догмами, оскільки ні в науково-освітньому плані, ні в законотворчому процесі, ні тим більше в практиці правозастосування ніколи не були реалізовані.

Повною мірою до таких "застиглих" ідей можна віднести й бажання частини науковців повернутися до дискусії про поділ галузей права на публічно-правові та приватноправові, хоч об'єктивно і реально в природі суспільно-правничого життя вони не існують в чистому вигляді. Доречно сказати, що й наші попередники минулих століть такий поділ розглядали як умовний, і особливого подальшого поширення в двадцятому та новому століттях ці наукові підходи не набули. Тим менше підстав говорити про означений поділ галузей права сьогоднішніх правничих реалій, коли законотворчий процес фактично охопив усі сфери людської життєдіяльності, і навіть у найменуваннях тих чи інших законів не тільки немає чіткого методологічного підходу, а й натяку відстеження певних традицій і закономірностей, оскільки в основу їх покладаються в одних випадках об'єкти правового регулювання – житловий, земельний, водний, лісовий кодекси, то відповідний предмет правового регулювання, тобто галузь або сфера правовідносин – цивільний, сфера діяльності – Кодекс законів

© В.І.Андрейцев, 2004

Київський університет Shevchenko University

про працю, Закон про освіту, Закон про вищу освіту. І такий "нелогічний" алгоритм можна було б провести до безкінечності, особливо якщо аналізувати з цих позицій назви підзаконно-нормативних актів. Тому глибинний і неупереджений аналіз чинного законодавства й умовно сформованих галузей права дає підстави стверджувати про очевидну наявність застосування в правових приписах двох універсальних методів правового регулювання: публічно-правових і приватноправових, які характеризуються логічною диференціацією або змішаною природою застосування з урахуванням особливостей регулювання різних правовідносин.

Особливо чимало відвертих спекуляцій вбачаємо і в частині визнання виключної цивільно-правової природи приватноправових методів регулювання, особливо принципу та методу диспозитивності учасників цих правовідносин.

Як свідчить історико-правничий досвід, приватноправове регулювання обумовлено розвитком і змінюваною динамікою суспільних відносин, які потребують адекватного та нормативно-правового опосередкування і організаційно-правового забезпечення (супроводження) та яке виступає саме як антипод публічно-правовому регулюванню, що є закономірним у прогресі суспільно-правових явищ.

Скажімо, принцип диспозитивності як надбання права створює можливості для реалізації рівності прав і обов'язків суб'єктів різноманітних правовідносин, або правової адекватності правосуб'єктності їхніх учасників на відміну від правової полярності в регулюванні правовідносин за допомогою методів імперативності, що випливає з характеру та стану реалізації вказаних повноважень суб'єктами функцій влади та вертикального підпорядкування значної частини інших суб'єктів.

Отже, зазначені методи як правові способи упорядкування стають універсальними в правовому регулюванні різноманітних правовідносин як на позитивному, так і ретроспективному рівнях правового регулювання і правового забезпечення, що мало б, на моє переконання, уже давно скласти квінтесенцію методології правничої науки і освіти, у цілому правознавства, оскільки знаходить свою реалізацію і підтвердження в чинному законодавстві й у практиці його застосування.

Однак фетишизація зазначених методів як притаманних виключно адміністративному та деяким іншим публічно-правовим галузям права і відповідно до цивільного права не тільки не сприяли законотворчому процесу, а залишилися "крючкотворною" ідеєю і функцією минулого та і сьогоденного правознавства.

Указані наукові знання апріорі не тільки не прискорюють оновлення методології правничої науки і освіти, але й негативно позначаються на розвитку галузевої науки та на процесі кодифікації чинного законодавства.

Скажімо, схоластичне, поверхове, необґрунтоване прирівнювання категорії "земля" до поширеного поняття майна, а отже, речового права, обумовило появу в новому Цивільному кодексі України норм про право власності на землю (гл. 27 ст. 373–378)[1], хоч проста допитливість, не обов'язково і навіть професійне ставлення до викладених моделей правових норм названого проекту, з очевидністю показує текстове дублювання окремих норм Конституції України (ст. 13, 14) та норм чинного Земельного кодексу України[2].

У той же час при підготовці нового Цивільного кодексу України не тільки не взято до уваги, але й навмисно проігноровано методологічні особливості регулювання земельних правовідносин, безпосереднім об'єктом яких виступає земля або земельна ділянка, що базуються на вченнях різних галузей наук та, зокрема, сучасної науки екологічного та земельного права[3].

Отже, механічне ототожнення земель України з результатами виробничої діяльності, надання послуг тощо тобто з об'єктами виробничого, житлово-комунального, соціально-культурного призначення та побутового вжитку, іншого набутого чи придбаного майна, поширення на них відповідного правового режиму з погляду реалізації загальних повноважень власника нівелює сутнісну природу земель як об'єкта земельних правовідносин і режиму правового забезпечення щодо ефективного використання їх, відтворення й охорони.

При цьому не взято до уваги сучасні положення та висновки земельно-правової доктрини і такі особливості земель, які визначають їхній правовий режим у контексті реалізації права власності:

1) притаманність їм режиму основного національного багатства, що виокремлює їх з категорії майна та інших майнових цінностей, тобто об'єктів речового права;

2) виконання ними соціальних, екологічних, санітарно-гігієнічних, захисних, біологічних, державно-правових та інших соціально спрямованих функцій:

а) головної матеріально-біологічної основи навколишнього природного середовища (довкілля) та територіально розгалуженого простору, що визначається особливістю природної рельєфної структури з наявним різноманітним ґрунтовим покривом (ґрунтом), що формує природні та антропогенні ландшафти, розвиток і поширення рослинності, водних ресурсів, корисних копалин, інших природних компонентів, які за своїми природними властивостями створюють сферу життя (біосферу), що використовується на праві загального землекористування громадян;

б) матеріальної бази територіальної цілісності, суверенітету, національної безпеки держави в межах її кордону та адміністративно-територіального поділу, а також функціонування місцевого самоврядування, а також виступає як об'єкт комунальної власності різних територіальних громад;

в) природний ресурс, диференційований на окремі категорії за цільовим використанням, та територія, яка перебуває на праві власності українського народу або уповноваженого ним органу – держави для задоволення загальносуспільних інтересів, та земельні ділянки, що належать на праві спільної і приватної власності в частині задоволення корпоративних, культових та інших індивідуальних потреб та інтересів;

г) частина біосфери, яка виступає основним засобом виробництва в сільському, лісовому господарстві, в інших галузях господарювання, є операційною основою системи розселення в Україні, у тому числі розміщення садових поселень, галузей народного господарства, державного матеріального резерву, шляхів сполучення, виконує роль місця, джерела, засобу й умови існування живих організмів, життєдіяльності людини, забезпечення її духовних та матеріальних інтересів, а також стан поверхневого покриву, що потребує в разі деградації здійснення заходів щодо відвернення екологічно-небезпечного впливу на населення та якість довкілля.

Наведені положення, сформульовані галузевою, у даному випадку – земельно-правовою наукою, наочно демонструють вади хаотичного та непродуманого перенесення деяких загальних підходів щодо регулювання спеціальних правовідносин. Отже, ефективність нормативно-правового забезпечення на рівні загальних підходів втрачається без урахування специфіки об'єктів, що потребують спеціально-правового механізму гарантування та застосування відповідних універсальних міжгалузевих правових методів правового регулювання.

У цьому зв'язку доречно нагадати про те, скільки словесних списів "переламано" з проблем методології правничої науки, захищено кандидатських і докторських дисертацій, але ж результативність їх як показник ефективності для позитивного та негативного (ретроспективного) правознавства залишається незначною, якщо не сказати нульовою. Правда, саме такий стан розвитку методології сучасної правничої науки багато в чому став підставою для об'єктивного аналізу й висновку про доцільність спростування "нашарованих" десятиліттям висловлених нежиттєвих та хибних наукових ідей, які значною мірою відірвані від процесу формування національного законодавства та відповідно і практики його застосування.

Однак логічно простежується позитивний результат і висновок про те, що застосування цих двох класичних методів правового регулювання (публічно-правового та приватноправового) окремо чи в поєднанні для впорядкування поведінки суб'єктів у різноманітних правовідносинах, а отже, і у відповідних галузях права і законодавства, спроможне забезпечити узгодженість їхніх дій та ефективність чинності права.

Отже, зазначена проблема потребує детального вивчення й осмислення проблем методології правничої науки не тільки на рівні теорії права та теорії держави, але й галузевої науки, зокрема в регулюванні різних правовідносин – трудових, права соціального захисту, охорони здоров'я, освіти, земельних, екологічних, інноваційних та ін. Бо ж саме в них відбиваються та віддзеркалюються особливості застосування зазначених правових методів, виявляється практична доцільність і спроможність забезпечення захисту прав та виконання покладених зобов'язань відповідними суб'єктами з позиції виконання загальнообов'язкових нормативно-правових приписів та умов договорів.

Зрозуміло, що зазначені методи мають поліструктурну модель регулювання і класифікацію, що дозволяє в кожному конкретному випадку досягати мети правового регулювання, забезпечувати режим правопорядку, права і свободи громадян, інтереси держави та юридичних осіб. Тому значною мірою їхня ефективність залежить від дотримання нормативно-правових вимог учасниками різних правовідносин у процесі правозастосовної практики.

Серед актуальних проблем сучасного правознавства та методології правничої науки і освіти неабияку роль відіграє визначення нормативно-правової формалізації дисертаційних досліджень та присудження наукових ступенів в Україні. Не підлягає сумніву, що кандидатські та докторські дисертації – різновиди наукових правничих досліджень, що обумовлюють обов'язкову науково-практичну новизну у вирішенні теоретичних або практичних проблем сучасної правничої науки.

Зрозуміло, що така новизна має логічно, послідовно та системно доказуватися здобувачем наукового ступеня на спроможність бути легалізованою та віднесеною до категорії сфер відповідної наукової спеціальності та наукової діяльності вченого.

Система доказування новизни наукових положень включає постановку проблеми, виявлення доктринальних підходів до її вирішення, якщо вони наявні у відповідних публікаціях чи іншій легалізованій формі, аналіз чинного законодавства та ефективності практики його застосування, обґрунтування розв'язання проблеми шляхом дотримання нормативно-правових, формалізованих вимог та відповідних стандартів до форми викладення матеріалу і формулювання новаційних наукових положень, їх практичної апробації та визначення наукової цінності.

Тож не випадково, що захист дисертацій здійснюється у відповідних правових процедурах, які мають оціночне та юридичне значення, що формулюється у відповідних висновках. Ідеться, зокрема, про стадійність захисту наукових положень здобувачем дисертації:

а) первинний (попередній) захист наукових положень на відповідних кафедрах, відділах тощо, вищих навчальних закладах III–IV освітньо-кваліфікаційного рівня державної акредитації, наукових установах тощо, який передбачає колективний аналіз та оцінку підготовленого в письмовій формі наукового доробку дисертації, визначеної стандартизованим обсягом, формою викладення основних положень та відповідності їх іншим, нормативно визначеним показникам;

б) попередня експертиза дисертації експертною комісією, що призначається з членів спеціалізованої ради на предмет відповідності дисертації встановленим вимогам, обґрунтованості новизни для даної галузі правничих знань та можливість винесення її на прилюдний захист цієї спеціалізованої ради;

в) власне, прилюдний захист на засіданні відповідної спеціалізованої ради, створеної і легалізованої ВАКом України за конкретними науковими правничими спеціальностями і складом висококваліфікованих фахівців у цій сфері знань, який передбачає:

– обґрунтування здобувачем наукової концепції дисертації та її оприлюднення серед фахівців з відповідної галузі знань, яка має характеризуватися високим рівнем науковості, творчості, самостійності виконання, наукової доцільності, аргументованості положень та висновків, актуальності, практичної корисності, вміння аналізу складних державно-правових та суспільно-правових явищ, новаторського підходу в дослідженні їх, вміння донесення концептуальних ідей до уповноваженої ради, доказування прогресивності ідей, підходів та положень дисертації для галузі науки чи її складових (сегментів), особистий внесок автора в науку та значення роботи для практики правозастосування;

– доказування авторської позиції з дотриманням принципу змагальності здобувача наукового ступеня та його опонентів, що є показником демократичності процесу захисту дисертації;

– дотримання автором обов'язкових нормативно-правових, формалізованих якісних та кількісних показників щодо обсягу виконаної дисертації, обов'язкових попередніх публікацій наукового характеру у фахових виданнях – не менше 3 для кандидатських дисертацій, не менше 20 для докторських дисертацій та, крім того, наявності одноособово опублікованої монографії обсягом не менше 10 друкованих аркушів за темою наукового дослідження з підтвердженим авторським правом у формі наукової публікації, а не будь-яким іншим оприлюдненням досягнутих наукових результатів.

Як відомо, з цією метою ВАК України як найвищий державний атестаційний, науково-експертний та спеціалізований орган визначає вимоги щодо фахових видань, які надають право відносити до категорії наукових окремі публікації здобувачів*.Такі фахові видання проходять попередню експертизу в експертній раді ВАКу з правових наук на предмет відповідності публікації характеру правових за відповідною правничою спеціальністю, наявності належного обсягу, науково-практичної цінності, актуальності досліджуваних правничих проблем, рівню наукової авторитетності редакційної колегії, наявності не менше двох штатних докторів наук у

* Автор переконаний, що новаційні процеси, які зумовлюють створення Європейської зони вищої освіти і зони європейських досліджень у контексті Болонської декларації, викликають інтеграцію процедур атестації наукових та науково-педагогічних працівників, обумовлюють реформування порядку присвоєння вчених ступенів та вчених звань, гармонізації правового регулювання в цій сфері на рівні принципів Європейської інтеграції і розвитку Болонського процесу.

Національна юридична академія України

складі редакційної колегії засновника видавництва, високий рівень поліграфії тощо.

При цьому не допускається прирівнювання або заміни іншими видами видавничої продукції, зокрема, науково-практичними коментарями, посібниками, підручниками, іншими науково-популярними, науково-навчальними виданнями, які розглядаються як додаткові, а не основні джерела реалізації наукових ідей, викладених у дисертації.

Однак, як не дивно, вищезазначені стандартизовані показники щодо вимог до дисертацій нерідко піддаються ревізії та невиправданому спрощуванню як такі, що є "надуманими чиновниками від науки", з чим навряд чи можна погодитися.

Слід сказати, що найбільше нарікань "виплескується" саме з вуст здобувачів, які вперто не виконують вищезазначені вимоги чинного законодавства в цій сфері, прагнучи їх "обійти" та прискорити процес отримання заповітного диплома наукового ступеня. Адже невиконання зазначених вимог розглядаються як правопорушення з настанням відповідних юридичних наслідків залежно від стадії захисту та проходження контрольних експертиз в органах ВАКу України – повернення дисертаційної справи до спеціалізованої ради, в якій відбувся захист дисертації, відмова у виданні диплому, заслуховування здобувача наукового ступеня та керівництва спеціалізованої ради на засіданні Експертної ради ВАКу України, зняття з подальшого розгляду атестаційної справи, направлення на колективну рецензію іншої спеціалізованої ради ВАКу тощо, отже, як за порушення загальнообов'язкових кваліфікаційних вимог чинного законодавства, тобто нормативно визначених показників, які дозволяють прелегенту набувати за умов успішного захисту та проходження контрольних експертиз статусу фахівця вищої наукової кваліфікації.

Для прикладу, не піддаються критиці встановлені міжнародні, вітчизняні та інші нормативи участі в олімпіадах, чемпіонатах Європи та світу, інших спортивних за рівнем змагань, обов'язкових для встановлення кваліфікаційних можливостей спортсменів.

То чому ж ревізуються окремими правознавцями визначені законодавством нормативи, виконання яких є імперативними для підвищення професійної кваліфікації фахівця? Відповідь очевидна, оскільки це є спроба підготовки нашвидкуруч низькопробних дисертаційних досліджень. Адже, скажімо, наявність 20 наукових публікацій у фахових юридичних виданнях, якщо кожна з таких наукових статей складатиме хоча б 8–10 сторінок, зумовлює підготовку загального тексту за обсягом не менше 200 сторінок, спроможних розкрити і відобразити авторські задуми, підходи та аргументацію викладених у дисертації положень, що виносяться на захист та розкривають її зміст і конкретний внесок у правничу науку.

Тому, на нашу думку, систему обов'язкових показників доцільно не спрощувати, а, навпаки, удосконалювати нормативно-правовим порядком з тим, щоб мати чітке уявлення про особистий здобуток особи, яка прагне набути найвищого науково-кваліфікаційного рівня, а держава, легалізувавши їх, надає спеціалізованим радам, спеціалізованому експертному органу в особі ВАКу України відповідні права, передбачені чинним законодавством України, а також відповідні пільги і преференції, передбачені законодавством України про наукову та науково-технічну діяльність.

Адже легалізація вчених звань безпосередньо пов'язана з підвищенням кваліфікації наукового чи науково-педагогічного працівника і є підставою для обіймання відповідних посад та здобуття відповідної професійної кар'єри. З іншого боку, нормативне визначення показників для визнання дисертацій такими, що мають значення для розвитку теорії і практики, продукує застосування інноваційних правничих освітніх технологій, запровадження яких у навчальні плани та програми закладів вищої освіти правничих та юридичних факультетів університетів можуть стати тими освітніми стандартами, які визначатимуть сучасний рівень національної юридичної освіти.

Прискорений розвиток форм та моделей правничої освіти змушує нас, правників-освітян та науковців, дещо по-новому оцінити зазначену сферу діяльності, галузь управління, процес пізнання, відзначити сучасні критерії оцінки і результативність правових ідей та ідеології підготовки фахівців правничого профілю.

Попередня система координат здійснення правничої освіти стає "тісною" в час перебудовних та реформаційних освітянських процесів, оскільки послаблюється пріоритетність та монополізм виключно державної правничо-освітянської діяльності, спостерігається прискорення обертів її організації урізноманітнених правових форм, "акселерації" модних моделей інноваційних технологій підготовки висококваліфікованих фахівців в умовах очевидної домінанти прагматики над теорією освітянських правовідносин.

Усе більше та частіше набуває звучання "ноу-хау" від практиків правничого процесу, обділених не лише фаховою підготовкою юридичного спрямування, але й досвідом його організації та здійснення, які, спираючись у своїх судженнях на ореол керманича мундира, фортуну долі та очевидний брак фахівців цього профілю в різних куточках України.

Тож не випадково на шпальтах газет та інших періодичних видань ми вичитуємо поради горе-знатоків правничої освіти про необхідність рішуче відмовитися від старих підходів і все розпочати по-новому в підготовці фахівців-правників. Пропозиції щодо диплому про вищу юридичну освіту за 2-3 роки різнобарв'ям кидаються у вічі необізнаним на ниві правничого пізнання, втягують їх у процес "накачування" мізків, що опритомнюють лише, ступаючи на ринок праці випускників юридичних закладів вищої освіти. Цей алгоритм скороспілої, спонтанної, делітантської юридичної підготовки "скалічив" сьогодні долі не одному десятку, якщо не тисячам юнаків та дівчат.

І хоч відповіді на подібні запитання відомі, проте зазначений бізнес правничої освіти не тільки не припиняється, а ще більше набуває обертів. Дивно, але більшість із нас усе це бачать, знають, не схвалюють, однак кардинальних зрушень допоки не відчувається, хоч і діють вже певний час новоприйнятий Закон України про вищу освіту від 17 січня 2002 р.[4], Програма розвитку юридичної освіти на період до 2005 р., затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 10 квітня 2001 р. № 344[5].

Таким чином, стає очевидним, що сприйняття основних цінностей правничої освіти є несхожим у суспільстві, диференційованим з урахуванням мети, характеру та інтересів, на які вона спрямовується і реалізується. Отже, проблема цінностей освітньо-правничої діяльності в аксіологічному аспекті – це проблема практичної теорії, що має значення для будь-якої форми та організаційної структури правничої освіти.

Так, виникає запитання про те, що є цінним у правничій освіті як надбання народу, суспільства і держави в їхньому духовному оновленні? На наше глибоке переконання, – це *насамперед досвід, накопичений історією правничої освіти,* без урахування якого неможливо ефективно проводити підготовку юристів на рівні вимог сьогодення та міжнародних освітніх стандартів.

Відкинути, ревізувати чи відмовитися від попередніх досягнень – означає відхід від кращих традицій, які стали надбанням світових правничих освітянських центрів. Іс-

торико-правнича освітянська спадщина сьогодні стає тим осередком освіти і культури, світогляду й теорії пізнання, з якої ми черпаємо реалістичні відповіді з питань методології та методики правничої підготовки фахівців з урахуванням сучасних реалій. Саме завдяки розумінню значимості історико-правничого національного освітянського досвіду представники різних вищих правничо-освітянських шкіл нещодавно зібралися в Одесі, щоб вшанувати світлі сторінки 155-літньої історії юридичної освіти Півдня нашої держави, вшанувати наявні традиції та надбання у цій сфері. У цьому зв'язку принагідно зазначити, що сьогодні в різних регіонах України зосереджено всесвітньо відомі освітньо-правничі центри з більш ніж столітньою історією: Львівський державний університет імені І.Франка – понад три віки, Київський національний університет імені Тараса Шевченка – 170 років, Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого (м. Харків) – близько 200 років юридичної освіти.

За цей віковічний час сформовано освітньо-наукові правничі школи у відповідних сферах правознавства зі своїми традиціями, підходами, особливостями методики викладання та локальними освітньо-правничими стандартами. Очевидно, що їх поширення на тлі розмаю вищих навчальних закладів в Україні має важливе ціннісне значення в подальшій підготовці правників, а використання найкращих зразків, підтверджених історичним досвідом, унеможливить окремі прорахунки в методології та методиці освітньо-кваліфікаційної підготовки фахівців-юристів.

Сьогодні правнича освіта сформувалася, ствердилася як певна галузь людської діяльності, соціально-правова цінність, відповідна система правовідносин, правового регулювання з наявним організаційно-структурним, функціонально-процедурним, економічним, науково-технічним, навчально-методичним забезпеченням та механізмом соціально-правового гарантування, що дає підстави стверджувати про існування і функціонування відповідної галузі знань, навчальної дисципліни, науки та галузі права і законодавства.

До цього варто б додати, що в галузі правничої освіти задіяно тисячі науково-педагогічних, наукових працівників, численний загал студентів, аспірантів, докторантів, навчально-допоміжний та управлінський персонал зі своїм правовим статусом і правосуб'єктністю, створено сотні навчально-освітніх закладів, оздоровлено систему управління і державного регулювання, накопичено практику застосування законодавства про освіту, але, як не прикро, серйозних, фундаментальних наукових та навчальних розвідок поки що бракує. Скажімо, правовому регулюванню різних видів людської діяльності ми приділяємо чимало уваги, теоретично обґрунтували і законодавчо закріпили відповідні галузі права і законодавства, у навчально-правничих закладах читають нормативні та професійно-орієнтовані курси і спецкурси, і тільки правнича освіта, якій ми віддаємо свої талани, знання, частку свого життя, ще й тепер не знайшла в наших задумах, висновках і наукових положеннях гідного місця в системі правничих знань.

(Продовження див. у вип. 61)

[1] Голос України. – 2003. – 12 берез. [2] Голос України. – 2001. – 20 листоп. [3] Див.: *Андрейцев В.І.* Правовий режим використання, відновлення та охорони земель // Екологічне право: Особлива частина / За ред. В.І.Андрейцева. – К., 2001. – С.194-316; *Андрейцев В.І.* Об'єкти земельних правовідносин за новим Земельним кодексом України // Законодавство України: Науково-практичні коментарі. – 2002. – № 2. – С.3-19; *Шульга М.В.* Актуальні проблеми правового регулювання земельних відносин в сучасних умовах: Автореф. дис. … д-ра. юрид. наук. – Харків, 1998. [4] Голос України. – 2002. – 5 берез. [5] Офіційний вісник України. – 2001. – № 15. – Ст. 649. [6] Див.: *Андрейцев В.І., Андрейцев В.В.* Правнича освіта в Україні: проблеми теорії та практики. – К., 2000.

Надійшла до редколегії 06.05.03

А.М.Лисенко, канд. юрид. наук

КОНСТИТУЦІЙНА РЕФОРМА В УКРАЇНІ ТА ПРАВА ЛЮДИНИ

Розглядаються питання конституційної реформи в Україні. Аналізуються рішення Конституційного Суду України щодо відповідності вимогам ст. 157 і 158 Конституції України трьох проектів Закону України "Про внесення змін до Конституції України", поданих на розгляд Суду різними політичними фракціями Верховної Ради.

Issues of the constitutional reform in Ukraine are considered. The decision of the Constitutional Court of Ukraine about accordance of the drafts of Law "On the Introduction of Changes in the Constitution of Ukraine" with the demands of the Articles 157 and 158 of the Constitution of Ukraine is analyses.

Прийнявши 16 липня 1990 р. Декларацію про державний суверенітет України[1], Верховна Рада започаткувала утворення нової держави на Європейському континенті. 24 серпня 1991 р. Верховна Рада прийняла Постанову "Про проголошення незалежності України" і "Акт проголошення незалежності України"[2], які дефакто перетворили Україну на повноправного суб'єкта міжнародного права.

Проголосивши державний суверенітет України, ці документи закріпили також основні конституційні принципи новоствореної держави: верховенство влади народу – народ України є єдиним джерелом державної влади; повновладдя народу, яке реалізується на основі Конституції як безпосередньо, так і через народних депутатів, обраних до Верховної Ради та місцевих рад; верховенство Конституції та законів на всій території держави; розподіл державної влади на законодавчу, виконавчу та судову; гарантії громадянства та дотримання прав і свобод людини й громадянина в державі; рівності всіх перед законом; принципи територіального верховенства, економічної самостійності, екологічної безпеки, культурного розвитку, зовнішньої й внутрішньої безпеки, міжнародних відносин[3].

У подальшому ці демократичні принципи були втілені в Конституцію незалежної держави, яка була прийнята 28 червня 1996 р. Стаття 1 Конституції проголосила Україну суверенною, незалежною, демократичною, соціальною і правовою державою, в якій (ст. 3) "…людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. Права й свободи людини та гарантії їх визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави"[4]. Виходячи лише з цих конституційних обов'язків держави перед її громадянами, можна стверджувати, що Конституція України є однією з найдемократичніших Конституцій Європи. Але чому за такий незначний історичний проміжок часу в Україні постало питання про зміну форми правління державою з президентсько-парламентської на парламентсько-президентську? Історичний досвід свідчить, що такі конституційні зміни можуть відбуватися, зазвичай, у період буржуазно-демократичних революцій, як це було, наприклад, в Англії в XVII ст. (Протекторат Олівера Кромвеля 1653–1658 рр.), у Франції у XVIII ст.

© А.М.Лисенко, 2004

Kyiv National Taras Shevchenko University

(Конституція 1791 р., перша республіка у Франції). Натомість у США, з часу прийняття Конституції 1789 р. і до теперішнього часу, вносилися лише поправки, які ніяким чином не стосувалися зміни форми правління та перерозподілу владних повноважень. Відбувалося лише розширення конституційно закріплених повноважень окремих гілок влади, як, наприклад, Верховного Суду США, який отримав право визначати, чи відповідають прийняті Конгресом США закони Конституції[5]. Новоутворені Європейські держави продовжують свій поступальний розвиток державотворення, виходячи з історично сформованих реалій[6]. Тоді які ж процеси відбуваються в Україні, що спонукають до конституційних змін?

Запропонований Президентом України і винесений на всенародне обговорення, як і передбачається Конституцією, проект Закону України "Про внесення змін до Конституції України"[7] отримав схвалення та значну підтримку в трудових колективах під час його обговорення, але збурив депутатський корпус Верховної Ради. Депутатські фракції розробили свої проекти Закону України "Про внесення змін до Конституції України" та звернулися до Конституційного Суду з поданнями про їхню відповідність вимогам ст. 157 і 158 Конституції України. Конституційний Суд, розглянувши три справи: № 1-40/2003 від 30 жовтня 2003 р. (№ 1-в/ 2003)[8]; № 1-39/2003 від 5 листопада 2003 р. (№ 2-в/2003)[9]; № 1-47/2003 від 10 грудня 2003 р. (№ 3-в/2003)[10], дійшов висновку, що всі вони відповідають вимогам ст. 157 і 158 Конституції України. Висновки Конституційного Суду у вказаних справах є обов'язковими до виконання, остаточними і не можуть бути оскарженими. Судді Конституційного Суду можуть мати окрему думку, наприклад: Іваненко В.І. та Скомороха В.Є. у справах: № 1-40/2003 від 30 жовтня 2003 р. (№1-в/ 2003); № 1-39/2003 від 5 листопада 2003 р. (№ 2-в/2003); Вознюк В.Д. у справі № 1-47/2003 від 10 грудня 2003 р. (№ 3-в/2003), а законослухняні громадяни можуть скористатися конституційним правом, закріпленим у ст. 34 Конституції – "Кожному гарантується право на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань"[11] та висловити свої погляди з приводу окремих статей зазначених проектів Закону "Про внесення змін до Конституції України". Думки окремих громадян України ніяким чином не можуть вплинути на рішення Конституційного Суду, а тим більше на депутатів Верховної Ради, основним обов'язком яких є захист інтересів народу та виконання волі народу. Згідно зі ст. 5 Конституції "Носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ… . Право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові й не може бути узурповано державою"[12]. Тому результати всенародного референдуму щодо конституційних змін та пропозиції депутатських фракцій в зазначених законопроектах, у першу чергу, мають бути спрямовані на захист прав і свобод громадян та інтересів держави в цілому, прийматися Верховною Радою постатейно шляхом обговорення, а не політичного компромісу. Наочним прикладом того, як народні обранці вносять зміни до Конституції та захищають інтереси народу, можуть слугувати пленарні засідання Верховної Ради. Жорстке політичне протистояння, напруга політичних пристрастей переконують, що про права й свободи громадян не йдеться, а натомість бачимо безкомпромісну боротьбу за владу і за власність, яка ще десять років тому була державною. Це її є, на наш погляд, основною причиною "бархатної революції" в Україні, яка відбувається в межах території Верховної Ради та офісів політичних партій і зумовлює необхідність конституційних змін у державі, які, на жаль, відбуваються шляхом політичного компромісу між окремими політичними силами, а не шляхом волевиявлення народу України. Яку роль буде відведено народу в цій "боротьбі" і як він до цього поставиться покажуть найближчі президентські вибори.

Отже, ми маємо три висновки Конституційного Суду у вказаних справах, які є обов'язковими до виконання, остаточними і не можуть бути оскарженими. Постає питання, яким чином депутати Верховної Ради зможуть виконати ці рішення в умовах політичного протистояння? Запитання без відповіді. Натомість ми маємо своєрідний прецедент, коли певні політичні сили, користуючись конституційним правом, по суті "перетворюють" Конституційний Суд в інструмент політичної боротьби, на що зверталась увага й раніше[13]. Як зазначається у Висновку Конституційного Суду від 10 грудня 2003 р. № 3-в/2003 (Спр. № 1-47/2003), запропоновані зміни до ст. 76, 78, 81–83, 85, 87, 88–90, 93, 94, 98, 103, 106, 112, 113–116, 118, 120–122, 126, 128, 141, 148 та "Прикінцеві положення" розд. XVI в п. 1, 5, 6, 7 ***є ідентичними*** відповідним статтям, які містяться в проекті Закону України "Про внесення змін до Конституції України", що був предметом попереднього конституційного обговорення та висновку від 5 листопада 2003 р. № 2-в/2003 (спр. № 1-39/2003)[14]. Тому можна припустити, що ймовірним автором цих двох законопроектів був один авторський колектив, або ж одна особа, з якою погодились інші. До того ж розробниками не були враховані застереження Конституційного Суду, зроблені у Висновку від 5 листопада 2003 р. № 2-в/2003 щодо ст. 76, 78, 83, 85, 89, 90, 106, 112, 120, 121, 126, 128, п. 16 ст. 148 та розд. XVI "Прикінцеві положення" у зв'язку з неузгодженістю окремих положень їх з чинною Конституцією[15]. Крім зазначених застережень, варто було б розглянути та, можливо, внести поправки до окремих статей Конституції, зокрема такі :

- ***– частина 2 статті 76*** – "До Верховної Ради України може бути обрано громадянина України, який на день виборів досяг 21 року, має право голосу, (*можливо доповнити* – ***вищу освіту***) і проживає в Україні протягом останніх п'яти років". Якісний склад Верховної Ради – це запорука ефективної роботи парламенту. Нині діюча політична еліта, ідейні коливання якої від парламентаризму до авторитаризму виявили її повну непідготовленість і неспроможність до прийняття масштабних, доленосних для держави та народу рішень, спонукають доповнити і ***частину 3 статті 76*** – "Не може бути обрана до Верховної Ради України (*доповнити* – ***одна й та сама особа більше двох строків підряд*)**, громадянин, який ***…***". Десятирічний термін перебування депутата у Верховній Раді цілком достатній строк, аби в повній мірі реалізувати себе як політика й законодавця та отримати загальнонародне визнання й шану. Парламентські прецеденти з приводу заборони депутатам балотуватися на виборах до парламенту мала у своєму історичному розвитку, наприклад, Англія[16] в період буржуазно-демократичних змін у державі; **частину 5 ст. 76** " Строк повноважень (доповнити – депутатів) Верховної Ради України становить п'ять років", оскільки повноваження Верховної Ради як вищого законодавчого органу держави визначаються ст. 85 і не можуть бути обмежені в часі;
- ***– частина 2 статті 78***, ***частина 2 статті 120*** надають депутатом можливість обіймати посади міністрів, керівників інших центральних органів виконавчої влади, але суперечать раніше прийнятому рішенню Конституційного Суду від 13 травня 1997 р. № 1-зп[17]; конституційному законодавству: ч. 1, 2 ст. 3 Закону України "Про статус народного депутата України"[18]; ч. 2 ст. 4.1.2. Регламенту Верховної Ради України[19]; чинному законодавству: ст. 243-21, 243-25 Цивільного процесуального кодексу України[20]. Як слід розуміти цю поправку? Як право-привілей для керівників центральних

органів виконавчої влади? – тоді це суперечить ч. 2 ст. 24 Конституції; як економічна й політична необхідність або доцільність? – тоді – це зрощення влади й капіталу, де про права й свободи народу мови не буде. Враховуючи викладене, зміни до вказаних статей можуть мати в подальшому антидемократичне спрямування, оскільки передбачають зміцнення окремих політичних сил, в руках яких буде зосереджуватися вся повнота політичної й економічної влади, а довільність прийнятих змін до окремих статей Конституції лише сприятиме цьому;

- ***– пункт 6 статті 81*** – згідно з яким повноваження депутата припиняються в разі відсутності його без поважних причин на ***ста*** пленарних засіданнях Верховної Ради протягом календарного року. Важко зрозуміти чим керувались автори поправки, фактично надаючи депутатам право нехтувати своїми конституційними обов'язками протягом такого тривалого періоду і чому вони свідомо проігнорували ч. 3, 4, 7 ст. 24 Закону України "Про статус народного депутата України"[21], які передбачають, що кожний депутат, зобов'язаний бути присутнім та особисто брати участь у засіданнях Верховної Ради; особисто брати участь у голосуванні; додержуватися вимог трудової дисципліни та норм депутатської етики; ч. 1, 2, 3 ст. 4.1.6. та ч. 3 ст. 4.1.8 Регламенту Верховної Ради України[22], які визначають підстави відсутності депутата на пленарному засіданні, а також загальну кількість пропусків без поважних причин – **більше 20**, які є достатніми для порушення Верховною Радою питання перед виборцями про відкликання такого депутата. Уже нині телевізійні новини тому підтвердження, більшість пленарних засідань Верховної Ради проходять при напівпорожньому залі. Хіба потрібна така конституційна поправка? Яка легітимність законів, прийнятих меншістю депутатів парламенту без будь-якого обговорення, хто буде рахувати економічні та моральні збитки, завдані державі такими поправками до Конституції та відповідною діяльністю депутатів? Хто буде нести відповідальність за такий стан справ у державі? Запитання без відповіді, але потерпати, зазвичай, буде народ України. На наш погляд, дана поправка суперечить моральним принципам людини, є порушенням клятви депутата, суперечить ч. 2 ст. 24 Конституції України, згідно з якою "***Не може бути привілеїв*** чи обмежень ***за ознаками*** раси, кольору шкіри, ***політичних,*** релігійних ***переконань***… ***майнового стану… або іншими ознаками***"[23], відповідно порушується рівність конституційних прав і свобод людини та рівність громадян, зокрема за трудовим законодавством;
- ***– частина 4 статті 83*** – "…за результатами виборів і на основі узгодження та поєднання політичних позицій формується коаліція депутатських фракцій і депутатських груп, ... *(доповнити –* ***або за результатами виборів більшість становлять депутати однієї політичної партії чи блоку об'єднаних партій)***, яка відповідно до Конституції вносить пропозиції…"[24]. Якщо протягом місяця конституційна більшість у парламенті не сформована, то це є підставою для дострокового розпуску Верховної Ради. Ця конституційна норма спрямована перш за все на законодавче забезпечення ефективної діяльності парламенту і вона ж суттєво прискорить процес об'єднання політичних партій в політичні блоки та союзи, між якими в подальшому і буде вестись основна політична боротьба за владу в державі. Партія, яка перемагає на виборах, перетворюється на правлячу, бере на себе відповідальність за політичний і економічний розвиток держави. Сильніші партії, які потерпіли поразку, переходять у легальну опозицію до правлячої партії, інші припинять своє існування як непотрібні для суспільства. Дев'яносто шість офіційно зареєстрованих Міністерством юстиції України (станом на 01.02.04) політичних партій не сприяють політичній єдності народу і не відіграють особливої ролі в житті держави. Лідер політичної партії, яка перемогла на виборах, закономірно стає Прем'єр-міністром та формує уряд з партійної більшості. Об'єднані партійною дисципліною та солідарною відповідальністю за свою діяльність уряд і парламент фактично стають єдиним цілим. Центр законодавчої діяльності поступово буде переміщуватися в уряд (делеговане законодавство) та в комітети й комісії парламенту. Президентська та урядова прерогатива в законодавчій діяльності за підтримки партійної більшості Верховної Ради забезпечать ефективну роботу уряду й парламенту. Стримуючими факторами в їхній діяльності будуть Президент та народ, який своїм волевиявленням може проголосувати проти даної партії, але вже на наступних парламентських виборах. Дана поправка, на наш погляд, започаткувала кращий світовий досвід, тому є підстави сподіватися на подальші демократичні кроки, спрямовані на соціальний захист народу та зміцнення демократичних прав і свобод громадян України;
- ***– пункт 26 статті 85, частина 2 статті 148*** – "призначення половини (*замість третини*) складу Конституційного Суду України"; "Президент України, Верховна Рада України призначають по дев'ять суддів Конституційного Суду України"[25] – суттєво обмежують повноваження судової гілки влади в державі. До того ж вилучення з'їзду суддів з числа суб'єктів формування складу Конституційного Суду позбавляє судову владу представництва в єдиному органі конституційної юрисдикції держави та порушує принцип рівності й незалежності гілок державної влади, передбачених ст. 6 Конституції України. Для порівняння, у США саме Верховний Суд, який одночасно виконує і функції Конституційного Суду, є гарантом і тлумачем Конституції США, визначає чи відповідають прийняті Конгресом закони Конституції США. Рішення, прийняті Верховним Судом, є загальнообов'язковими для виконання для всіх гілок влади, змінити рішення Верховного Суду Конгрес США може лише відповідною поправкою до Конституції[26]. Таку судову владу необхідно зберегти й Україні, що було конституційно закріплено в ч. 2 ст. 148 Конституції України[27]. Вносити зміни до цієї статті, на наш погляд, недоцільно й шкідливо для майбутнього України;
- ***– пункт 27 статті 85, частина 4 статті 126, частина 1 статті 128*** – "обрання суддів строком на десять років"*(замість обрання суддів безстроково)*; "судді обираються на посаду строком на десять років, крім суддів Конституційного Суду України та суддів, які призначаються на посаду судді вперше"; "усі інші судді, крім суддів Конституційного Суду України, обираються Верховною Радою України строком на десять років у порядку, встановленому законом"[28], також фактично спрямовані на обмеження судової влади в державі, а відповідно і державних гарантій щодо захисту прав і свобод людини, передбачених ст. 3 Конституції. Цією поправкою може порушуватися принцип верховенства права, захисником і носієм якого є саме суди – звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини й громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується (ст. 8 Конституції); обмежуватися незалежність судової влади в цілому й окремих суддів зокрема. Але заради об'єктивності слід зазначити, що запозичення історичного досвіду європейських держав (Іспанія, Бельгія, Данія, Норвегії, Фінляндія тощо) щодо обрання суддів на посаду безстроково є передчасним через відсутність аналогічного історично-

го досвіду в Україні, неналежне кадрове забезпечення судів і незавершеність судової реформи в цілому[29]. Якщо судова система, наприклад, Великобританії протягом століть формувала доцільність незмінності суддів[30], то такої історичної спадщини ні наші судді, ні наша влада не мають. Тому заради справедливого правосуддя варто було б поєднати строкові періоди професійного зростання, які б за відповідних умов могли перейти в безстрокові повноваження. Це необхідно задля того, щоб судді України змогли усвідомити свою роль у демократичному суспільстві, а влада – прийти до висновку, що на благо держави краще мати сильну й незалежну судову владу, а не навпаки. Як приклад можна навести декілька норм права з "Правди Іне", яка діяла в VII ст. в англосаксонському королівстві Уессексі: "1) Перш за все Ми (король і верховний суддя) повеліваємо, щоб служителі Бога правильно дотримувалися своїх канонів. 1.1) Потім Ми повеліваємо, щоб народні звичаї дотримувалися так: … 3) Якщо раб працює в неділю за наказом свого пана – хай буде вільним, а пан сплатить 30 шилінгів штрафу"[31];

- ***– вилучення з діючої Конституції частин 4, 5, 6 статті 89.*** Парламентські події, які спонукали парламентарів обговорювати питання про корупцію у Верховній Раді[32], а також звинувачення окремих депутатів у корупційних діяннях і судове їх переслідування (Павло Лазаренко, Юлія Тимошенко) переконують, що автори законопроекту передчасно вилучили ***частини 4, 5, 6 із статті 89*** Конституції України. Позбавлення, як мінімум, третьої частини депутатського корпусу можливості створювати депутатські тимчасові слідчі комісії для розслідування питань, що становлять суспільний інтерес, позбавлення опозиції у Верховній Раді парламентського контролю за діяльністю більшості є антидемократичним кроком, за яким може настати черга суттєвого обмеження прав і свобод громадян;
- ***– стаття 93 –*** вилучення Національного банку як центрального органу державного управління з числа суб'єктів законодавчої ініціативи не сприятиме зміцненню національної валюти України – гривні. *"Національний банк є центральним органом державного управління, юридичний статус, завдання, функції, повноваження й принципи організації якого визначаються Конституцією України, …законодавством України"*[33];
- ***– частина 4 статті 94 –*** запропоноване доповнення ***"У разі, якщо Президент України не підписав цей законопроект, він підписується та офіційно оприлюднюється Головою Верховної Ради"*** суперечить основному змісту ч. 4 ст. 94 Конституції України, згідно з якою *"Якщо під час повторного розгляду закон буде знову прийнятий Верховною Радою України не менш як двома третинами від її конституційного складу, Президент України* ***зобов'язаний його підписати*** *та офіційно оприлюднити впродовж десяти днів"*[34]. Дана поправка суперечить ст. 88, оскільки серед конституційних обов'язків Голови Верховної Ради України підписування законів за Президента, а тим більше їх оприлюднення не передбачено. До того ж ця поправка суттєво обмежує повноваження Президента, наділяє Голову Верховної Ради невластивими йому повноваженнями та може ускладнювати взаємовідносини між гілками влади;
- ***– частини 1-2 статті 103*** – пропозиція щодо обрання Президента України Верховною Радою, спрямована на зміну форми правління в державі – президентсько-парламентської на парламентсько-президентську, суттєво обмежує повноваження Президента України як гаранта державного суверенітету. Ця стаття позбавляє громадян України права брати участь у виборах Президента держави на основі загального, рівного і прямого виборчого права, права вільного волевиявлення щодо кандидатів на посаду Президента; зменшує вагомість інституту президентства в державі в цілому. Маючи невтішний досвід обрання Голови Верховної Ради, можна лише здогадуватися, що буде відбуватись у Верховній Раді, коли парламентарі протягом трьох місяців, передбачених Конституцією, будуть обирати Президента.
- ***– частина 3 статті 103*** – "Одна й та сама особа не може бути Президентом України більше ніж два строки підряд". Зміст цієї конституційної норми не передбачає подвійного тлумачення, а тому важко погодитися з рішенням Конституційного Суду від 25 грудня 2003 р. № 22-рп/2003 у справі № 1-46/2003 щодо строків перебування на посаді Президента України[35]. Формальне рішення Суду підтверджує припущення, що окремі політичні сили використовують Конституційний Суд як інструмент політичної боротьби з політичними противниками. Не важко передбачити, які рішення буде приймати Конституцій Суд, сформований лише двома суб'єктами права – Верховною Радою та Президентом, обраним Верховною Радою. Якщо в нинішньому складі Суду ще є судді, які мають власну думку (*з якою важко не погодитися)* щодо рішення більшості суддів Конституційного Суду України, наприклад: Савенко М.Д. – "положення частини третьої ст. 103 Конституції України необхідно розуміти так, що одна й та сама особа не може бути Президентом України більше двох конституційних строків підряд незалежно від часу вступу на цей пост, правового статусу, функцій, повноважень Президента"; Ткачук П.М. – "... нині діючий Президент України перебуває на цій посаді другий строк підряд"; Шаповал В.М. – "...незастосування цільового способу тлумачення стало однією з причин недостатності рішення і юридичної помилковості зроблених у ньому висновків"[36], то найближчим часом їх може зовсім не бути, оскільки склад Конституційного Суду буде формуватися не за професійною ознакою, а за "партійною". Якщо це відбудеться, то є велика імовірність того, що Конституційний Суд стане заручником у політичній боротьбі за владу, судова влада в цілому втратить самостійність і незалежність, яка передбачена ст. 126, 127, 129 Конституції України, міжнародним[37] та чинним законодавством[38], авторитаризм влади набуде завершеного вигляду. Минуле, від якого ми так намагаємося відійти, повертається?;
- ***– пункт 5 статті 121*** – "нагляд за додержанням прав і свобод людини і громадянина, додержання законів з цих питань органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їхніми посадовими й службовими особами покладається на прокуратуру". Визнання необхідності конституційного захисту прав і свобод громадян України, які й до цього визнавалися вищою цінністю і гарантувалися державою (ст. 3 Конституції), а також те, що посадові та службові особи органів державної влади та місцевого самоврядування також повинні додержуватися законів щодо цих питань, свідчить про те, що найвразливішим місцем у державі є саме незахищеність прав і свобод громадян, які потерпають, зазвичай, саме від всевладдя і безкарності посадових і службових осіб органів державної влади й управління, місцевого самоврядування. Згідно з інформацією державного секретаря МВС України Олександра Гапона "...протягом поточного року станом на 01.07.03 р. до адміністративної відповідальності притягнуто 22948 співробітників міліції, із них 16 тисяч – за недоліки у виконанні службових обов'язків"[39]. Чи зможе прокуратура забезпечити належне виконання конституційного обов'язку без підтримки інших владних органів, а також суду, незалежність якого внесеними поправка-

ми обмежується? Очевидно що ні, а тому ця поправка потребує законодавчого регулювання, оскільки носить дещо декларативний характер.

- Аналіз висновків Конституційного Суду України у справах про відповідність трьох проектів Закону України "Про внесення змін до Конституції України" вимогам ст. 157 і 258 Конституції України показав, що пропоновані зміни до Конституції й висновки Суду до них, законослухняними громадянами можуть оцінюватися по-різному. В обґрунтування своїх висновків Конституційний Суд з кожної пропонованої зміни статті Конституції вказує, що "…ця зміна відповідає вимогам ст. 157 Конституції України як така, що не передбачає скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина", або ж "…зміни до статей…Конституції України не спрямовані на скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина"[40]. Однак з цим не можна погодися, наприклад, щодо ст.: ч. 2 п. 6 ст. 81; вилучення ч. 4, 5, 6 ст. 89; п. 27 ст. 85, ч. 4 ст. 126, ч. 1 ст. 128; ч. 1-2 ст. 103; ч. 2 ст. 120, які закріплюють права-привілеї для депутатів, міністрів, керівників центральних органів виконавчої влади, зменшують гарантії судового захисту громадян та позбавляють громадян України права брати участь у виборах Президента держави на основі загального, рівного й прямого виборчого права, права вільного волевиявлення щодо кандидатів на посаду Президента[41]. Дострокове припинення пленарних засідань Верховної Ради, на яких планувалось обговорення змін до Конституції, "революційні події" в залі засідань Верховної Ради, які отримали відлуння в залі засідань Парламентської Асамблеї Ради Європи як політична криза – яскраве тому підтвердження.

- Однак немає сумніву в тому, що політичне й економічне життя в державі вимагає Конституційних змін, але робити такі зміни треба виважено, цивілізовано з розрахунком передбачуваних здобутків та ймовірних негараздів – політичних, економічних, моральних. На жаль, саме відсутність розрахунку (прогнозу) можливих наслідків для держави від таких масштабних Конституційних змін і призвели значною мірою до небажаних наслідків у міжнародному плані та загострення політичної ситуації в державі в цілому.

[1] Про державний суверенітет України: Декларація, прийнята Верховною Радою Українською РСР 16 липня 1990 р. (№ 55–XII). [2] Про проголошення незалежності України: Постанова (№ 1427-XII). Акт проголошення незалежності України // Відомості Верховної Ради. – 1991. – № 38, ст. 502. [3] Там само. [4] Конституція України // Відомості Верховної Ради. –1996. – №30. – Ст. 141. (№ 254к / 96-вр). [5] Стаття VI, Поправка XI до Конституції Сполучених Штатів Америки // Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. Додаток А. – К., 1999. – С. 525-537. Детальніше див: *Черниловский З.М.* От Маршалла до Уоррена. Очерки истории Верховного суда США. – М., 1982. – С. 7-28; Конституция США: История и современность / Под ред. А.А.Мишина, Е.Ф.Язькова. – М., 1988. – С. 72-73. [6] Конституции государств Европы: В 3 т. // Общ. ред. и вст. слово Л.А.Окунькова; Інститут законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. – М., 2001. [7] Про винесення на всенародне обговорення проекту Закону України "Про внесення змін до Конституції України": Указ Президента України від 6 березня 2003 р. № 197/2003 // Урядовий кур'єр. – 2003. – 6 бер. [8] Висновок Конституційного Суду України у справі № 1-40/2003 від 30 жовтня 2003 р. (№ 1-в/2003) // Урядовий кур'єр. – 2003. – 12 листоп. Документи. – С. 2-16. [9] Висновок Конституційного Суду України у справі № 1-39/2003 від 5 листопада 2003 р. (№ 2-в/2003) // Урядовий кур'єр. – 2003. – 19 листоп. Документи. – С.4-16. [10] Висновок Конституційного Суду України у справі № 1-47/2003 від 10 грудня 2003 р. (№ 3-в/2003) // Урядовий кур'єр. – 2003. – 18 груд. – Документи. – С.18-22. [11] Конституція України // Відомості Верховної Ради. – 1996. – № 30. – Ст. 141. (№ 254к / 96-вр). [12] Там само. [13] Державотворення і правотворення в Україні: досвід, проблеми, перспективи / За ред. Ю.С.Шемшученка. – К., 2001. – С. 200. [14] Висновок Конституційного Суду України у справі № 1-47/2003 від 10 грудня 2003 р. (№ 3-в/2003) // Урядовий кур'єр. – 2003. – 18.груд. – Документи. – С.19. [15] Там само. – С. 19-20; [16] Акт об обеспечении свободы парламентов путем дальнейшего установления условий членства для заседания в палате общин 1790 г. // Хрестоматия по всеобщей истории государства и права / Под ред. К.И.Батыра, Б.В.Поликарповой. – М., 1996. – Т.2. – С. 38-39. [17] Висновок Конституційного Суду від 13 травня 1997 р. № 1-зп. (Спр. № 03/29-97 "Про офіційне тлумачення ст. 58, 78, 79, 81 Конституції України та ст. 243-21, 243-22, 243-25 Цивільного процесуального кодексу України"). [18] Про статус народного депутата України: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 35. – Ст. 264. [19] Регламент Верховної Ради України // Там само. – 1994. – № 35. – Ст. 338. (№ 1544-III /1544-14/ від 16.03.2000). [20] Статті 243-21–243-25 Цивільного процесуального кодексу України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №38. – Ст.175. (№ 269/96-ВР від 03 липня 1996 р.). [21] Про статус народного депутата України: Закон України // Відомості Верховної Ради України . – 2002. – № 35. – Ст. 264. [22] Регламент Верховної Ради України // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 35. – Ст. 338; № 1544-III (1544-14) від 16.03.2000). [23] Конституція України // Відомості Верховної Ради України, 1996. – № 30. – Ст. 141. (№ 254к / 96-вр). [24] Висновок Конституційного Суду України у справі № 1-39/2003 від 5 листопада 2003 р. (№ 2-в/2003) // Урядовий кур'єр. – 2003. – 19 листоп. – Документи. – С. 4-19. [25] Там само. [26] Williams J.S. Constitutional Analysis. St Paul. – 1979. – P. 26. Детальніше див: США: Конституция и права граждан / Под ред. И.А.Геевского, А.А.Мишина. – М., 1987. – С. 24. [27] Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. (№ 254к / 96-вр). [28] Висновок Конституційного Суду України у справі № 1-39/2003 від 5 листопада 2003 р. (№ 2-в/2003) // Урядовий кур'єр. – 2003. – 19 листоп. – Документи. – С.4-16. [29] Рішення Конституційного Суду України у справі № 1-38/2003 від 11 грудня 2003 р., № 20-рп/2003 (про Касаційний суд України) // Урядовий кур'єр. – 2003. – 20 груд. – Документи. – С. 12-13. [30] Акт об устроении (Акт о будущем ограничении и лучшем обеспечении прав и свобод подданных) 12 июня 1701 г.; Закон о судах 1971 г. // Хрестоматия по всеобщей истории государства и права / Под ред. К.И.Батыра, Б.В.Поликарповой. – М., 1996. – Т.2. – С. 35-37, 501-513. [31] "Правда Іне"// Хрестоматия по всеобщей истории государства и права / Под ред. З.М.Черниловского. – М., 1994. – С. 123. [32] Про заяви народних депутатів України стосовно хабарництва під час голосування по кандидатурах на посаду Голови Верховної Ради України: Постанова Верховної Ради України // Відомості Верховної Ради. – 1998. – № 30-31. – Ст. 214. (№ 26-XIV). [33] Ст. 2 Закону України "Про Національний банк України". (№ 679-XIV) // Там само. – 1999. – № 29. – Ст. 238. (№ 2922-III від 10.01.02). [34] Конституція України // Там само. – 1996. – № 30. – Ст. 141. (№ 254к / 96-вр). [35] Рішення Конституційного Суду України у справі № 1-46/2003 від 25 грудня 2003 р., № 22-рп /2003 щодо строків перебування на посту Президента України // Урядовий кур'єр. – 2004. – 21.січ. – Документи. – С.6-13. [36] Там само. – С.9-13. [37] Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 р. [38] Про судоустрій України: Закон України // Відомості Верховної Ради. – 2002. – №27-28. – Ст. 180. [39] Чикалін В. Ступінь довіри до міліції // Урядовий кур'єр. – 2003. – 14 серп. Детальніше див: Карпачова Н.І. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні: Перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; Боротьба з корупцією – життєво необхідна справа: Виступ Президента України // Там само. – 2004. – 31 січ. – С.4-5. [40] Висновок Конституційного Суду України у справі № 1-39/2003 від 5 листопада 2003 р. (№ 2-в/2003) // Там само. – 2003. – 19 листоп. – Документи. – С.4-16. [41] Там само.

Надійшла до редколегії 19.04.03

О.М.Ковальчук, канд. юрид. наук

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ Г.М.ДАНИЛОВИЧА – ПЕРШОГО ДЕКАНА ЮРИДИЧНОГО ФАКУЛЬТЕТУ КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Аналізуються теоретико-правові погляди Г.М.Даниловича – першого декана юридичного факультету Київського університету.

There are analyzed the theoretical and legal views of Hnat Danylovych, the first Dean of the Faculty of Law of the University of Kyiv.

У нинішньому році Київському національному університету імені Тараса Шевченка виповнилося 170 років від дня його заснування. Відомо, що Київський університет з початку свого існування був інтелектуальним центром тогочасних України та Росії. Уже з перших років у ньому працювало багато видатних вчених у різних галузях науки. Це стосується і юридичного факультету, який представлений галереєю високоосвічених правознавців.

© О.М.Ковальчук, 2004

Потрібно підкреслити, що у світовій юридичній думці правова наука Київського університету залишила помітний слід, хоч ми мало знаємо про її наукові розробки, ідеї, погляди й особливості підходу до розгляду правових проблем. Її досягнення також не завжди належно оцінено в спеціальній літературі. Тому необхідно звернути особливу увагу на те позитивне, що досягнуто правовою думкою в перші роки становлення і розвитку юридичного факультету. Багато тогочасних розробок збагатили вітчизняну юридичну науку і навіть перевершили західноєвропейський рівень. Серед них хотілося б звернути увагу на наукову спадщину Даниловича Гната Миколайовича – першого декана юридичного факультету.

Розробка саме цієї теми дозволить виявити нові аспекти в історії правової думки, особливість правових концепцій, простежити становлення й розвиток теорії права в Київському університеті, поглибити вивчення сучасних правових проблем.

Потрібно констатувати, що роль університетської науки дореволюційної Росії, зокрема вчених Київського університету, у розвитку теорії права є однією з найменш вивчених. Кількість наукових праць, що стосуються дослідження університетської науки взагалі, досить обмежена. Серед них слід відзначити праці В.І.Андрейцева, В.А.Коротких "Микола Іванишев", С.М.Мельника "Вчені-юристи Київського національного університету імені Тараса Шевченка у галузі кримінального процесу", дисертаційне дослідження Т.І.Бондарук "Основоположники Київської історико-юридичної школи М.Ф.Владимирський-Буданов, Ф.І.Леонтович". Однак зазначені праці не дають цілісної картини розвитку теорії права в Київському університеті. Вони не розкривають вагомого наукового внеску багатьох інших відомих вчених, які були фундаторами юридичної науки в Київському університеті. Тому необхідність поглибленого дослідження теоретико-правової думки вчених Київського університету є очевидною.

Актуальність дослідження наукової спадщини Г.М.Даниловича – першого декана юридичного факультету Київського університету зумовлена такими завданнями, як визначення місця його правових ідей та поглядів у контексті розвитку історії правової думки, виявлення особливостей його підходів до праворозуміння та інших проблем права, з'ясування впливу на його погляди національної правосвідомості і правової культури і, зрештою, розкриття значення його теоретичних розробок для подальшого розвитку і вдосконалення права.

В Україні першими навчальними закладами, де вивчалося право, були Харківський і Київський університети. Київський університет було засновано за найвищим велінням імператора – царя Миколи І на заміну Волинського ліцею в Кремінці. Спочатку він називався Імператорським університетом Св. Володимира, а 5 березня 1939 р. йому присвоєно ім'я Т.Г.Шевченка. Київський університет було засновано 8 листопада 1833 р. Урочисте відкриття відбулося 15 липня 1834 р. У повідомленні про урочисте відкриття Київського університету зазначалося: "15-ий день липня 1834 року означено визначною в літописах Вітчизни і наук подією. Там, де колись рівноапостольний Володимир осяяв свій народ святим хрещенням, указав йому шлях до вічного спасіння, нині, через вісім століть, відкрито під його ім'ям і захистом храм вищих людських знань на користь жителів Західної Росії"[1]. Заняття в Київському університеті почалися 28 серпня 1834 р.

Відкриття юридичного факультету в 1935 р. в Київському університеті було великою подією. Це пояснювалося необхідністю підготовки кваліфікованих кадрів для практичної роботи в судах та інших державних органах. Із семи кафедр, що планувалося відкрити на факультеті, п'ять призначалося для викладання російського законодавства і дві – для вивчення римського і міжнародного права[2]. Для об'єднання цих юридичних наук запропоновано було викладати загальний для них вступ, який називався енциклопедію законознавства.

На факультеті вже в дореформений період XIX ст. працювали видатні професори-юристи, які заклали тут не тільки основи викладання юридичних дисциплін і погляди на проблеми права, але й мали великий вплив на подальший розвиток їх в Україні й Росії. Їхні ідеї стали підґрунтям для подальших наукових теоретико-правових розробок. Більше того, як згадується в історичній літературі, "Київський юридичний факультет виник з елементів, які ознаменували повний переворот в історії правознавства Росії"[3].

З початку заснування до Київського університету були запрошені О.М.Міцкевич з Волинського ліцею, який читав римське право і Г.М.Данилович з Віленського університету. Про нього М.В.Владимирський-Буданов писав, що він "перетворився на справжнього поляка й прийняв католицьке віросповідання, хоча в політичному значенні визнавав себе литвином"[4]. Але з цим не погоджуються багато сучасних вчених Литви й України. Г.М.Данилович був великим дослідником у галузі загальноросійського і місцевого права західних губерній. Він був попередником М.Д.Іванишева, який також багато уваги приділяв вивченню західноросійського права, виданню найважливіших пам'яток цього права.

Важливо також виділити, що в розробках багатьох видатних вчених Київського університету виявлялися гуманістичні й просвітницькі погляди, що дозволило їм дати таку розробку низці проблем правової науки, яку ніяк не можна охарактеризувати як "верноподданическую". До їхнього кола належить Данилович Гнат Миколайович (1787–1843) – відомий литовсько-російський вчений, професор Вільнюського, Харківського, Київського і Московського університетів[5]. Початкову освіту отримав на юридичному факультеті Віленського університету, заснованого в 1579 р., який був центром розвитку правових наук. У ньому Г.М.Данилович отримав ступінь магістра права і потім викладав місцеві закони. У 1818 р. з метою підвищення кваліфікації він був відряджений до Варшавського і Петербурзького університетів. У 1823 р. з політичних мотивів Г.М.Даниловича було переведено до Харківського університету, звідки було запрошено до Петербурга до II відділення "собственной Его Величества канцелярии" для редагування зводу місцевих законів західних губерній.

З відкриттям Київського університету разом з К.О.Неволіним, С.О.Богородським і С.М.Орнатським Г.М.Даниловича призначили на юридичний факультет професором кримінального права. Слід відзначити один важливий момент, що зі зміною університетів вченому доводилося опановувати нову дисципліну. Матеріали його лекцій були побудовані на власних дослідженнях. У Віленському університеті він очолював кафедру цивільного і кримінального права, хоч готувався читати державне право. У Харківському університеті Г.М.Данилович викладав переважно цивільне право. Вчений цікавився також стародавнім римським і німецьким правом, використовуючи при цьому порівняльний та історичний способи. Особливу увагу приділяв вивченню стародавнього польсько-литовського права. Місцеві закони західних губерній Г.М.Данилович викладав у Віленському, Харківському, Київському і Московському університетах.

Вчений зробив великий внесок у розвиток історії держави і права Литви. Твори Г.М.Даниловича різнобіч-

ні, як і науково-викладацька діяльність, а вивчення його біографії наводить на думку, що ми не все знаємо про нього. Г.М.Даниловичу не втілював і не міг втілити розробку таких правових проблем, які безпосередньо свідчили б про політичну спрямованість його правових ідей, однак його правові погляди мали певною мірою ідейно-політичну орієнтацію. Аналізуючи різні літературні джерела, ми маємо можливість повніше розкрити наукову вагу його творів і роль Г.М.Даниловича в розвитку правової науки. Особливо цінними для нас є матеріали наукової конференції, присвяченої 200-річчю з дня народження Г.М.Даниловича, яка відбулась у 1987 р. У ній взяли участь від Київського університету А.П.Ткач, Н.С.Прозорова, О.О.Шевченко.

Після того, як у Вільно сталися студентські заворушення, Г.М.Даниловича, як винного в цьому, царським наказом разом з іншими професорами було звільнено з університету. Йому було наказано виїхати з так званих польських губерній. Тому на початку 1825 р. його було призначено в Харківський університет на посаду професора російського і провінційного права. Там він написав визначні праці: "Статут Казимира IV, пам'ятка литовського законодавства XV століття" (1826) і "Літопис Литви і Русі" (1828). Це, звичайно, були дуже важливі пам'ятки для історії Литовсько-Руської держави і права.

Багаторічна і різнобічна діяльність Г.М.Даниловича торкнулась і Київського університету, де він був першим деканом юридичного факультету. У 1835–1839 рр. Г.М.Данилович читав студентам лекції про місцеві закони західних губерній[6]. Він вважав, що організація "кафедри місцевих законів недостатня і недосконала, що її необхідно замінити кафедрою слов'янського права… Значення цієї ідеї в загальній системі російської освіти не менш важливе, ніж відкриття кафедри слов'янських наріч"[7]. Він був першим, хто виступив у Київському університеті з ідеєю про слов'янську єдність у праві. Ця ідея, як відомо, отримала подальший розвиток у працях М.Д.Іванишева та інших вчених-юристів. Г.М.Данилович приділяв значну увагу вивченню історії українського права, його зв'язку з литовським правом. Лекції вченого були змістовними і цікавими. Він намагався дослідити і розкрити маловідомі джерела права.

За часи роботи в Київському університеті він надрукував такі роботи: "О литовском статуте" (Журнал Министерства Народного Просвещения. 1838 р. №2), "Училища и воспитание в средние века" (Журнал Министерства Народного Просвещения. 1836 р. №2), "О литовских летописях" (Журнал Министерства Народного Просвещения. 1840 р., ноябрь), "О ходе уголовного законодательства в Европе и преимущественно в Германии" (Журнал Министерства Народного Просвещения. 1837 р. Ч. XIV). Виходячи вже з назви деяких робіт, можна зробити висновок, що Г.М.Данилович був прихильником порівняльного методу в правознавстві. У своїх дослідженнях він широко застосовував порівняння, використовуючи законодавство різних народів і епох.

У творах Г.М.Даниловича було порушено достатньо широке коло теоретико-правових проблем. Звичайно, серед його наукових досягнень на першому місці стоять пошуки і дослідження таких визначних пам'яток права, як Судебник Казимира IV, Литовський Статут в його різних списках та ін. Але заслуги вченого в розвитку юридичних проблем цим не обмежуються.

Роботи "Кодекс Наполеона в его сравнении с польским и литовским правом" і "Библиографическое описание до сих пор не известных рукописных экземпляров Литовского Статута" відтворюють ідеї французьких просвітителів XVIII ст[8]. Вчений вважав, що право як засіб регулювання стосунків між людьми має ґрунтуватися на правді, розумі й справедливості. Він критикував кріпосне право і виступав за проголошення рівності всіх перед законом. Вчений був прихильником природно-правового напряму. Погляди Г.М.Даниловича в галузі природного права полягали в тому, що всі люди за своєю природою рівні. Тільки суспільний лад дозволяє одному стану піднятися над іншим. В одному з листів він писав, що висловлює дуже сміливу, але правдиву думку про те, що в самому законодавстві закладено причину нещастя селян.

Право вчений поділяв на природне, джерелом якого є звичаєве право, і позитивне, тобто письмове, яке формується внаслідок боротьби між станами.

Особливостями його теоретичного підходу були раціоналізм, намагання узагальнити факти і повна відсутність "верноподданнических" пояснень. Свої дослідження вчений намагався будувати на першоджерелах для того, щоб відтворити цілісну і правдиву картину розвитку законодавства попередніх часів. У цьому йому допомагало знання мов, особисте знайомство з багатьма вченими та життям і побутом тих країн, дослідженням яких він займався.

Його погляди про закономірний розвиток права цікаві тим, що такий розвиток він позв'язує не з діяльністю держави, а з духовним, соціальним і моральним розвитком суспільства. У поглядах Г.М.Даниловича, хоч не зовсім яскраво, простежується думка про використання в практичній діяльності норм національного права, місцевих законів і звичаїв.

У галузі сімейних відносин Г.М.Данилович виступав за громадянський шлюб і рівність подружжя, критикував Литовський Статут за нерівність спадкових прав за синами і дочками, був також проти втручання законодавця в свободу думки.

Наукова діяльність Г.М.Даниловича в Київському університеті була спрямована на вивчення історії польсько-литовського права. Для Литви це було дуже важливо, бо вчений, по суті, заклав основи історії литовського права. За це його називали "Сперанським Західної Росії". Значним є його внесок не тільки у вивчення джерел права й історії литовського народу, а також у вивчення польської палеографії[9].

Він розшукав і досконало описав рукописи литовських статутів. Головною його працею є видання 1-го Литовського статуту 1529 р. У листі Ширинському-Шихматову він наголошував на необхідності врятувати цю важливу пам'ятку литовського законодавства і заповнити велику прогалину російського законодавства цієї епохи, оскільки тогочасна Литва керувалася російськими звичаями і переказами. М.Ф.Владимирський-Буданов вважав важливою і сміливою думкою Г.М.Даниловича про те, що Литовська держава була російською.

Збираючи матеріали з історії стародавньої Литви, він відвідав Варшаву, Петербург, Москву. Г.М.Данилович першим дав найкраще науково обґрунтовану і правильну оцінку Литовського Статуту. Високо оцінюючи роботи Г.М.Даниловича, І.І.Лаппо вважав його найкращим для свого часу знавцем Литовського права[10]. Такої ж думки дотримувався дослідник цієї теми В.І.Пічета[11]. Головною заслугою Г.М.Даниловича в правовій думці є дослідження і видання різних редакцій Литовського Статуту, Судебника Казимира 1468 р. Коментар до цього джерела права він намагався давати повний, застосовуючи історичний і порівняльний підходи. Його також цікавили й інші пам'ятки литовського права та літописи Литви. Цінним є не лише вивчення цих важливих документів, але й характеристика їх з погляду історії права. Не можна не звернути уваги на висловлення Г.М.Даниловича стосовно дослідження джерел права, про що в "Литовских ле-

тописях" зазначав: "… в історії в стократ більше заслуговує на подяку той, хто видає у світ старі акти й літописи, ніж той, хто складає історію за готовими книжками. Скільки б було уникнуто помилок, якби всі рукописні літописи й акти народів були надруковані; скільки замінили б вони собою непотрібних книг, що обтяжують письмові столи Вчених!"[12].

У 1839 р. після тимчасового закриття Київського університету Г.М.Даниловича було переведено до Московського університету, де він продовжував свою наукову і викладацьку діяльність, основну увагу звертаючи на викладання місцевих законів західних губерній.

Отже, правові ідеї Г.М.Даниловича, в яких переважав природно-правовий підхід, відіграли прогресивне значення в розвитку університетської правової науки. Його фундаментальні дослідження підтверджують тісний зв'язок минулого і сучасного. Вони не просто увійшли в історію, а стали джерелом для майбутнього прогресу. Багато висловлених ним думок дістали свій подальший розвиток у дослідженнях вчених не тільки XIX ст., а й сучасних правознавців.

[1] Из сообщения о торжественном открытии Киевского университета 15 июля 1834 года // Журнал Народного Просвещения. – 1834. – № 7. – С. 296-309. [2] Державний архів м. Києва: Отчет университета. 1838 г. – Ф.16, оп.465, спр.53-54. [3] Киев и университет Св. Владимира при Императоре Николае I 1825–1855 гг. – К., 1896. [4] *Владимирский-Буданов М.Ф.* История императорского университета Св. Владимира. –К., 1884. [5] *Иконников В.С.* Биографический словарь профессоров и преподавателей императорского университета Св. Владимира (1834–1884). – К., 1884. [6] Національна бібліотека України ім. В.І.Вернадського інститут рукопису. Листи Новоліна Богородському. – Ф.І-881, спр.14. [7] *Иконников В.С.* Биографический словарь профессоров и преподавателей императорского университета Св. Владимира (1834–1884). – К., 1884. [8] *Danilowicz I.* 1) Kodeks Napoleona w porownaniu z prawami polskiemi i litowsriemi. Warszawa, 1905. 2) Opisanie bibliograficzne dotad znenych egzemplerzy Statutu litewskiego rekopisnie…, Dziennik Wilensri I, 1823. [9] История Вильнюсского университета (1579–1979). – Вильнюс, 1979. [10] *Лаппо И.И.* Литовский Статут. – Каунас, 1936. – Т.1, ч.2. [11] *Пичета В.И.* Разработка истории литовско-белорусского права XV–XVI вв. в историографии // Белоруссия и Литва XV–XVI вв. – М., 1961.[12] *Данилович И.Н.* О Литовских летописях // Журн. Министерства Народного Просвещения. – 1840, ноябрь. – С. 114.

Надійшла до редколегії 26.05.03

Ю.Д.Притика, канд. юрид. наук

ПОНЯТТЯ І ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ

Дається визначення поняття способів захисту цивільних прав та інтересів. Досліджено вплив розвитку практичної діяльності на визначення поняття. На підставі аналізу різних критеріїв поділу було зроблено спробу диференціації способів захисту.

In the article the author gave the definition of the methods of the defense of civil rights and interests. The influence of development of the legal practice on the definition was studied there. Using the analysis of different criteria it was done the attempt to make differentiation of the methods of the defense.

Цивілізований обіг передбачає не лише визнання за суб'єктами певних цивільних прав, але й забезпечення їхньої належної правової охорони, а тому проблема захисту цивільних прав набуває неабиякої актуальності. Зважаючи на важливість цієї проблеми, вітчизняний законодавець конституційною нормою закріпив право кожного будь-якими незабороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (ч. 4 ст. 55 Конституції України). Зазначене правило Конституції потрібно тлумачити таким чином, що заборона застосування способів захисту може випливати не лише з прямої заборони використання конкретного способу захисту, але й з обмеження дій із захисту будь-яким іншим методом правового регулювання. Справа в тому, що неможливо передбачити всі дії, які можуть бути спрямовані на захист прав. Разом з тим, захисні дії пов'язані з несприятливими наслідками для однієї із сторін конфлікту, а тому вони потребують того чи іншого обмеження. Поряд з цивільним правом ці захисні дії визначаються також і в інших галузях права. Зокрема, вибір конкретних способів захисту у випадку необхідної оборони (ст. 36 КК України) при затримці особи, що вчинила злочин (ст. 38 КК України), у випадку крайньої необхідності (ст. 39 КК України) кримінальне право залишає за конкретною особою, хоч такі дії й не передбачені в законі.

Метою даної статті є визначення поняття способів захисту цивільних прав та проведення диференціації їх за допомогою притаманних юридичній науці методів пізнання.

Дослідженням даної проблематики в різні часи займалися провідні науковці, серед яких можна назвати С.Н.Братуся, Ю.К.Толстого, С.С.Алексєєва, В.П.Грибанова, Г.А.Свердлика, О.А.Красавчикова, І.Г.Побірченка, П.Ф.Єлисейкіна, М.К.Треушникова, Д.М.Чечота, О.П.Вершиніна та ін.

Саме, виходячи з тези про те, що захист цивільних прав є однією з найважливіших категорій цивільного права, розробники Цивільного Кодексу України присвятили цій проблематиці окрему главу, що містить 8 статей. Кожна особа має право на захист свого цивільного права в разі його порушення, невизнання або оспорювання. Також кожна особа має право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства.

Як уже зазначалося, прямі вказівки на способи захисту прав і право на захист містяться в Конституції України. Поряд з Цивільним кодексом України основними правовими джерелами, що регламентують способи захисту цивільних прав у суді, є Господарський процесуальний кодекс України і Цивільний процесуальний кодекс України. Певну правову регламентацію способи захисту цивільних прав знайшли також в інших законах і міжнародних угодах. Разом з тим, поняття способу захисту цивільних прав та інтересів не має визначення, яке було б закріплено на нормативному рівні. У ст. 6 ЦК УРСР взагалі не вживався термін "спосіб захисту", а в тексті ст. 16 ЦК України наводиться лише перелік способів захисту та міститься вказівка на те, що суд може захистити цивільне право або інтерес. До визначення поняття "спосіб захисту" необхідно підійти через аналіз загальнішого поняття "захист суб'єктивних прав", яке вже давно розроблено в юридичній літературі. Говорячи про категорію захисту, слід зважати на те, що предметом захисту є не лише суб'єктивні цивільні права, але й інтереси, що не суперечать загальним засадам цивільного законодавства (ст. 15 Цивільного Кодексу України). Зміст захисту суб'єктивних прав, як прийнято вважати в літературі, полягає в усуненні перешкод на шляху здійснення суб'єктами своїх прав[1].

На нашу думку, традиційне визначення поняття захисту прав можна дещо модифікувати, поклавши в його основу категорію діяльності, що дозволить повніше відобразити притаманні цьому правовому явищу якості. Отже, захист прав може бути визначений як юридична діяльність, спрямована на усунення перешкод на шляху здійснення суб'єктами своїх прав та припинення правопорушення, відновлення положення, що існувало до правопорушення.

© Ю.Д.Притика, 2004

Київ. Університет імені Тараса Шевченка

Введення поняття юридичної діяльності для визначення поняття захисту прав пояснюється наступним. У цивільно-правовій літературі вже був зроблений висновок про те, що необхідно "перейти в розумінні досліджуваного об'єкта від нормативних актів до практичних дій людей, що застосовують право". Такий підхід став свго часу реакцією на надмірне захоплення в правовій теорії нормативно-логічними конструкціями. Закономірно, що відносно судової діяльності (зокрема судової практики) також пропонується ідея про її "певне самостійне значення у справі забезпечення захисту цивільних прав"[2]. Разом з тим самостійне значення практики має бути пояснено й обґрунтовано теоретично, а вивчення правової діяльності не можна протиставляти юридико-технічному аналізові. Особливо важливе місце посідає дослідження процесуальних дій в механізмі реалізації норм цивільного процесуального права[3]. Вивчення діяльності має сприяти змістовнішому аналізу нормативних актів, точній регламентації в законодавстві дій суб'єктів права, а також чіткій і послідовній систематизації правових текстів.

Отже, визначення поняття захисту прав через поняття діяльності дає можливість точніше встановити підстави і мету захисту, проаналізувати окремі види дій (діяльності) із захисту прав, а також виявити взаємозв'язок їх та єдність. Ці ж причини спонукають вчених юристів застосовувати подібні критерії при визначенні поняття способу захисту прав.

Способи захисту прав – це передбачені законом дії, що безпосередньо спрямовані на захист прав[4]. Вони є завершальними актами захисту у вигляді матеріально-правових дій або юрисдикційних дій, спрямованих на усунення перешкод на шляху здійснення суб'єктами своїх прав (інтересів) або на припинення правопорушення, відновлення положення, що існувало до правопорушення. Саме застосування конкретного способу захисту порушеного або оспорюваного права (інтересу) є метою і результатом діяльності із захисту прав.

В останній час в літературі, присвяченій різним аспектам проблеми захисту прав, та в законодавстві використовується різна термінологія для визначення одного правового явища, що потребує внесення певної ясності. Так, на наш погляд, термін "міра захисту" є синонімом слова "способи". Говорячи про способи захисту, іноді вживають також термін "метод захисту", що не зовсім точно, тому що "метод" – це сукупність певних засобів і способів. Використання терміну "вид захисту" не є помилкою, однак він означає поняття більш загального порядку.

У літературі й законодавстві використовуються також інші терміни: "засоби" і "форми" захисту. "Засоби" і "форми" захисту не слід плутати з поняттям "спосіб" захисту прав. У суворому розумінні всі вони означають різні дії, спрямовані на захист прав, тобто різні елементи (види або частини) діяльності із захисту суб'єктивних прав[5], хоч між ними існує тісний взаємозв'язок і взаємозалежність, що часто призводить до змішання понять. З огляду на теоретичну і практичну значимість розглянутих категорій не можна не визнати, що визначення їх, співвідношення є важливою справою.

На наш погляд, вдалу концепцію розмежування термінів "засіб" та "спосіб" запропонував Вершинін О.П. "Засіб" захисту він визначив як дію, що здійснюється шляхом волевиявлення (вимоги) заінтересованої особи про необхідність здійснення захисту, яке адресовано іншим суб'єктам[6]. Загалом засіб захисту є безпосередня і первісна реакція на порушення або заперечування прав (інтересів). Засіб захисту як волевиявлення являє собою початкову дію щодо захисту прав, яка відбувається при встановленні порушення прав, при порушенні або при розгляді справи: претензія, позов, скарга, заява, клопотання, заперечення тощо. Конкретні вимоги заінтересованих осіб про захист, як правило, містять відомості про факти порушення, обґрунтовують і зазначають способи захисту прав. Ці відомості становлять, наприклад, необхідні елементи змісту позовної заяви (ст. 137 ЦПК; ст. 54 ГПК).

Від вимог уповноважених осіб про захист у вигляді конкретних дій (звернень з вимогами) потрібно відрізняти право вимоги (вимогу), що виникає в силу закону внаслідок порушення цивільних прав. Законодавець закріплює право вимоги в різних статтях Цивільного кодексу України: вимога відшкодування збитків (ст. 16; ст. 22 ЦК); вимога про припинення зобов'язання (646 ЦК); вимога відшкодування моральної шкоди (ст. 23 ЦК); витребування майна (ст. 387–390 ЦК) і багатьох інших.

"Форма" захисту – це порядок або різновид юрисдикційної діяльності, спрямованої на захист прав у цілому (див.: Д.М.Чечот, В.П.Воложанин)[7]. Застосовуються неюрисдикційні (самозахист) і різні юрисдикційні форми захисту (судова, адміністративна, змішана). Зокрема, згідно з п. 1 ст. 16 ЦК кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу.

Відповідно до ст. 17 ЦК України захист цивільних прав в адміністративному порядку здійснюється органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим та органами місцевого самоврядування, які захищають цивільні права, здійснюють захист прав лише в спосіб, на підставах, у межах, встановлених законом. Наприклад, органи Антимонопольного комітету України вправі у випадку здійснення дій, укладення угод, заборонених Законом "Про захист економічної конкуренції", що призводять до порушення цивільних прав громадян і юридичних осіб, виносити рішення про припинення порушення, визнання порушення, примусовий поділ суб'єкта господарювання, скасування неправомірного акта, блокування цінних паперів (ст. 48 Закону). До адміністративної форми захисту відноситься також захист цивільних прав нотаріусом. Нотаріуси здійснюють захист цивільних прав у деяких випадках, передбачених законом. Так, наприклад, для стягнення грошових сум або витребування майна від боржника нотаріус робить виконавчі написи на боргових документах (ст. 18 ЦК України).

Правові норми, що регламентують способи захисту цивільних прав, відносяться до комплексних правових інститутів. Деякі вчені вважають, що взагалі "інститут захисту цивільних прав є комплексним та міждисциплінарним, який має матеріально-правові та процесуальні аспекти"[8]. Особливість інституту способів захисту цивільних прав полягає в тому, що він знаходиться "на стику матеріального й процесуального права"[9]. "Матеріальні та процесуальні норми, які регулюють способи, форми та порядок захисту, мають єдину мету – забезпечити повний, всебічний, швидкий захист суб'єктивного права і становлять єдиний комплексний інститут правового захисту"[10]. Тому способи захисту цивільних прав можуть бути як матеріально-правовими, так і процесуальними діями. У літературі привалює думка, відповідно до якої способи захисту цивільних прав завжди мають матеріально-правову природу і примусовий характер. Разом з тим, в юридичній науці в останній час цей постулат піддається критиці. Зокрема, зазначається, що погляд, відповідно до якого способи захисту мають матеріально-правове походження, ґрунтується на занадто загальній уяві про реалізацію цивільно-правових засобів захисту за допомогою юрисдикційного органа, зокрема, суду[11]. У цьому випадку аналіз способів захисту звичайно базується на тому, що право на захист є елементом самого суб'єктивного цивільного права, хоч законодавство й практика вимагають постійного уточнення понять і деталізації дій, спрямованих на захист цивільних прав. Не випадково в новому ЦК перелік способів

захисту сформульований повніше порівняно з ЦК УРСР 1963 р. У літературі правильно вказується на необхідність спеціального аналізу процесуальних елементів захисту. Однак існуюче в літературі уявлення про диференціацію лише на матеріальні способи і процесуальну форму захисту прав не здатне дати відповідь на питання про зміст процесуальних дій із захисту і зводить вирішення поставленої проблеми до тривіального співвідношення матеріального і процесуального права як змісту й форми. Крім того, можливості цього аналізу є ширші, ніж з'ясування процесуальних перешкод, що можуть ускладнити або унеможливити реалізацію порушеного права. Навпаки, процесуальні способи захисту створюють додаткові гарантії суб'єктивних прав. Вивчення процесуальних дій доводить, що існують відносно самостійні процесуальні способи захисту, які поряд з матеріально-правовими способами утворюють єдиний механізм захисту цивільних прав.

Матеріально-правові способи захисту цивільних прав – це дії суб'єктів матеріально-правових відносин, спрямовані на захист порушених цивільних прав. Вони передбачені охоронними нормами цивільного й суміжних галузей права (про розмежування охоронних і регулятивних матеріально-правових норм див.: Алексєєв С.С.; Крашеніннков Є.А.)[12]. До таких матеріально-правових дій із захисту порушених цивільних прав варто віднести відшкодування збитків, відновлення становища, що існувало до порушення права, скасування органом державного управління свого акта, розірвання договору сторонами, сплату неустойки і деякі інші способи захисту.

Процесуальні способи захисту є діями юрисдикційних органів, спрямованих на захист порушених або оспорюваних цивільних прав. Зміст процесуальних способів захисту становлять процесуальні дії юрисдикційних органів, врегульовані процесуальним законодавством. Так, наприклад, процесуальне законодавство детально регламентує форму, зміст і порядок винесення судових рішень (див.: ст. 202–216 ЦПК; ст. 82–89 ГПК). Процесуальні способи захисту являють собою правозастосовні акти юрисдикційних органів, що реалізують поряд з процесуальними також матеріально-правові норми. Таким чином, матеріальні права й обов'язки (у тому числі матеріально-правові способи захисту: відшкодування збитків, відновлення первісного положення і т.д.) є предметом юрисдикційних актів.

На необхідність диференціації способів захисту цивільних прав (матеріально-правова і процесуальні) указує можливість реалізації засобів захисту без звернення до юрисдикційних органів і закріплення в законі заходів, що можуть бути реалізовані лише юрисдикційними органами.

У суб'єкта відповідальності завжди є можливість у добровільному, а не примусовому порядку здійснити дії щодо відновлення порушених нею прав іншої особи. Безпосереднє врегулювання спорів характерно для господарських відносин. Конфліктуючі сторони можуть домовитися про відновлення порушених прав за допомогою "дружніх переговорів", як це часто зазначається в угодах. Захист прав може бути також здійснений внаслідок складання двосторонніх актів про порушення прав, які мають доказове та попереджувальне значення. У законодавстві передбачено претензійний порядок вирішення спорів, коли за умови пред'явлення претензії особа, що порушила право, може добровільно відшкодувати збитки, сплатити штраф і т. ін. Відповідно до законодавства неспроможність передбачена як можливість досудової санації боржника (ст. 3 Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом"). В адміністративних відносинах громадянин вправі звернутися до адміністративного органу із заявою або зверненням, а відповідний орган або посадова особа вправі самостійно скасувати прийнятий ними незаконний акт. Згідно зі ст. 14 Закону України "Про захист прав споживачів" вимоги споживача про безоплатне усунення недоліків товару, заміну товару, зменшення купівельної ціни в разі придбання товару неналежної якості підлягають задоволенню продавцем (виготовлювачем) добровільно в строки та порядку, передбаченому згаданим законом. Добровільне задоволення вимог (наприклад, з відшкодування шкоди) часто відбувається в процесі здійснення попередніх дій правоохоронних органів з порушення карних, адміністративних справ.

Допускається самозахист цивільних прав (ст. 19 ЦК України), що також підтверджує самостійність і відокремленість матеріально-правових і процесуальних способів захисту. Суть самозахисту полягає в тому, що відповідні матеріально-правові способи захисту можуть бути застосовані самостійно уповноваженими суб'єктами матеріально-правових відносин без звернення до юрисдикційного органу. У зв'язку з тим, що застосування заходів захисту прав викликає настання несприятливих наслідків для зобов'язаної особи (у вигляді заходів відповідальності), самостійне здійснення засобів захисту має свої межі. Способи самозахисту мають відповідати змістові права, що порушено, характерові дій, якими воно порушено, а також наслідкам, що спричинені цим порушенням.

Вочевидь, у більшості випадків захист суб'єктивних прав вимагає владного втручання юрисдикційних органів. Законодавство передбачає право звернення до юрисдикційних органів і врегульовує спеціальні процедури, в яких за допомогою процесуальної діяльності здійснюється владно-примусовий захист суб'єктивних прав. Юрисдикційні органи, що здійснюють захист цивільних прав, застосовують матеріально-правові норми. Процесуальний захист не завжди вимагає застосування охоронних матеріально-правових норм і відповідних заходів захисту й відповідальності. У тих випадках, коли цивільні права не порушені, а існує лише загроза їх порушення, необхідним є застосування лише регулятивних норм. При цьому захист досягається процесуальними способами (наприклад, визнанням прав) без застосування матеріально-правових заходів відповідальності до зобов'язаної особи.

Наявність спеціального процесуального способу захисту оспорюваного цивільного права у вигляді його судового визнання особливо яскраво підтверджує самостійність і відокремленість процесуальних способів захисту. Об'єктивна потреба в захисті прав виникає не тільки у випадку порушення, але й у випадку погрози порушення прав[13].

Необхідність в усуненні перешкод на шляху здійснення суб'єктами своїх цивільних прав виникає і в тому випадку, коли наявність і зміст прав неоднаково усвідомлюється суб'єктами матеріально-правових відносин. У цьому випадку від юрисдикційного органа не потрібно застосування матеріально-правових заходів захисту, а досить лише владного визнання існуючих матеріально-правових відносин. Якщо матеріальне суб'єктивне право не порушено, а лише має невизначений характер і оспорюється, то владні акти юрисдикційних органів, підтверджуючи наявність спірних правовідносин, ліквідують їх спірність і невизначеність, і тим самим захищають спірне право.

Визнання прав відбувається також у процесі здійснення матеріально-правових відносин. У разі відсутності спору суб'єкти правових відносин визнають наявність відповідних прав і обов'язків. Однак у даному випадку йдеться про нормальну реалізацію прав і обов'язків, а не про реалізацію заходів для захисту прав. Таке визнання прав суб'єктами матеріально-правових відносин

є звичайною діяльністю з реалізації суб'єктивних прав і обов'язків та не пов'язано з їхнім захистом. Натомість владне визнання прав юрисдикційним органом спрямовано на захист прав і має не матеріально-правову, а процесуальну природу. З цього приводу в літературі зазначається, що "за позовами про визнання захист права здійснюється самим судовим рішенням".

Процесуальним способом захисту є відмова юрисдикційного органа в задоволенні вимоги про застосування матеріально-правових способів захисту. Юрисдикційний орган, відмовляючи в задоволенні вимоги заявника, фактично визнає право протилежної сторони і тим самим здійснює його захист. Таким чином, відносна самостійність процесуальних способів захисту особливо наочно виявляється в існуванні такого способу захисту, як визнання прав юрисдикційним органом.

Диференціація на матеріальні й процесуальні способи захисту цивільних прав випливає також з визначення процесуальною теорією і практикою елементів позову. Згідно з пануючим поглядом предметом позову виступають матеріальні правовідносини сторін (у тому числі права вимоги, що містять відповідні способи захисту цивільних прав). При цьому вимоги до суду про визнання, присудження і перетворення правовідносин належать до змісту або мети позову як процесуальної дії.

Виходячи з вищенаведеного, автор дійшов наступних висновків.

Способи захисту цивільних прав і інтересів поділяються на матеріально-правові та процесуально-правові. Змістом матеріально-правових способів захисту цивільних прав є дії, безпосередньо спрямовані на усунення перешкод, що виникли на шляху реалізації суб'єктами їхніх цивільних прав. Хоч у цілому цивільно-правові заходи спрямовані на усунення перешкод у процесі реалізації цивільних прав і мають поновлюваний характер, їхній зміст різноманітний. За своєю конкретною метою матеріально-правові дії із захисту можна поділити на присічні, поновлювальні у вузькому розумінні й штрафні. Особливості матеріально-правових способів захисту обумовлені співвідношенням загальноцивілістичних і спеціальних засобів і методів правового регулювання. Крім того, важливо враховувати, що способи захисту цивільних прав передбачено охоронними нормами цивільного матеріального права. Змістом же процесуальних способів захисту цивільних прав є дії юрисдикційних органів, спрямовані на попередження порушення цивільних прав або реалізацію матеріально-правових заходів захисту цивільних прав. Процесуальні способи захисту цивільних прав є метою і результатом спільної процесуальної діяльності юрисдикційних органів та інших осіб. Юрисдикційні акти захисту різні за своєю юридичною силою і засновані на різній компетенції й процесуальній діяльності відповідних юрисдикційних органів. Серед судових способів захисту розрізняють забезпечувальні заходи, акти з приводу заявлених вимог (наприклад, судові рішення і заходи примусового виконання). Цивільні права, пов'язані зі здійсненням підприємницької діяльності, будучи предметом захисту господарського суду, обумовлюють особливості його процесуальної діяльності в цілому і способів захисту зокрема. У зв'язку з прийняттям і вдосконалюванням законодавства одержали розвиток нові способи захисту цивільних прав, спрямовані на спрощення порядку вирішення спорів.

[1] *Грибанов В.П.* Принципы осуществления и защиты гражданских прав // Вестн. Моск. ун-та. Сер. Право. – 1996. – № 3; *Грибанов В.П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав. – М., 1972. – С.49, 152, 171, 173, 182-183, 208; Гражданское право / Под ред. Ю.К.Толстого, А.П.Сергеева. – М., 1996. – Ч. I; *Толстой Ю.К.* К теории правоотношений. – Л., 1959; *Толстой Ю.К.* Принципы гражданского права // Правоведение. – 1992. – № 2. – С. 49-53; *Иванов О.В.* Право на судебную защиту // Сов. государство и право. – 1970. – № 7. – С. 40; *Елисейкин П.Ф.* Защита субъективных прав и интересов и компетенция суда в советском гражданском процессе // Уч. зап. Дальневосточ. ун-та. Вопр. государства и права. – 1969. – № 31. – С. 64-65; *Елисейкин П.Ф.* Природа доюрисдикционного урегулирования разногласий // Вопр. развития и защиты прав граждан. – Калинин, 1975. – С.66; *Елисейкин П.Ф.* Правоохранительные нормы: Понятие, виды, структура // Защита субъективных прав и гражданское судопроизводство. – Ярославль, 1977. [2] *Витрянский В.В.* Проблемы арбитражно-судебной защиты гражданских прав участников имущественного оборота: Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. – М., 1996. [3] *Гурвич М.А.* Право на иск. – М.; Л., 1949. – С.18-19, 142. [4] *Чечот Д.М.* Субъективное гражданское право и формы его защиты. – Л., 1968. [5] Там само. [6] *Вершинин О.П.* Способы защиты гражданских прав в суде. – СПб., 1997. [7] *Чечот Д.М.* Субъективное гражданское право и формы его защиты. – Л., 1968; *Воложанин В.П.* Формы защиты субъективных гражданских прав // Правоведение. – 1971. – № 3. – С.54. [8] *Тимченко Г.П.* Способи та процесуальні форми захисту цивільних прав: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – Х., 2002. [9] *Иванов О.В.* Право на судебную защиту // Сов. государство и право. – 1970. – № 7. – С.40. [10] *Коссак В.М.* Здійснення та захист цивільних прав // Цивільне право України: Підручник: Кн. 1 / За ред. О.В.Дзери, Н.С.Кузнєцової. – К., 2002. – С.216-218. [11] *Вершинин О.П.* Способы защиты гражданских прав в суде. – СПб., 1997. [12] *Крашенинников Е.А.* Структура субъективного права и права на защиту // Защита субъективных прав и гражданское судопроизводство. – Ярославль, 1977; *Крашенинников Е.А., Мотовиловкер Е.Я.* Установительное притязание как средство защиты охраняемого законом интереса // Проблемы защиты охраняемых законом интересов. – Ярославль, 1980. – С.1; *Алексеев С.С.* Общая теория права. – М., 1981. – Т. 1. – С.180; *Алексеев С.С.* Гражданское законодательство демократической России как выражение идеалов и принципов частного права // Материалы междунар. научно-практ. конф. – М., 1994; *Алексеев С.С.* Частное право: Научно-публицистический очерк. – М., 1999. – С.137. [13] *Треушников М.К.* Подведомственность гражданских дел // Учебник гражданского процесса. – М., 1996. – С.59-63.

Надійшла до редколегії 29.06.03

М.В.Краснова, канд. юрид. наук

КОМПЕНСАЦІЯ ШКОДИ, ЗАПОДІЯНОЇ ПОРУШЕННЯМ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ОХОРОНУ НАВКОЛИШНЬОГО ПРИРОДНОГО СЕРЕДОВИЩА ЯК ЗАГАЛЬНОЮРИДИЧНИЙ ПРИНЦИП ОХОРОНИ ДОВКІЛЛЯ

Досліджуються правові аспекти компенсації шкоди, заподіяної порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища як основоположного начала, вихідної правової ідеї, загальнообов'язкового правила екологічного права.

Legal aspects of compensation of damage caused by environmental legislation breach are examined as the starting legal point, all-compulsory rule of ecological law.

Формування правової, демократичної, соціальної держави в сучасних умовах обумовлюється багатьма чинниками, серед яких відповідну роль відіграє виважена, послідовна, науково-обґрунтована екологічна політика. Така політика базується на розроблених та затверджених в установленому порядку напрямах діяльності державних, самоврядних та громадських інституцій в галузі раціонального використання природних ресурсів, охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки життєдіяльності людини як невід'ємної умови сталого економічного та соціального розвитку України.

На якість та ефективність виконання внутрішніх і зовнішніх функцій, форм і змісту діяльності держави в цій галузі безпосередньо спрямована сукупність правових норм та інших юридично значимих засобів, що формують систему національного екологічного права та зако-

© М.В.Краснова, 2004

Kyiv National Taras Shevchenko University

нодавства. Сутність екологічного права визначається його принципами – тими основними засадами, вихідними ідеями, загальнообов'язковими правилами, що закріплені в регулятивних та охоронних еколого-правових нормах, які визначають зміст і спрямованість правового регулювання суспільних екологічних відносин та спрямовані на досягнення мети екологічної політики держави, забезпечують виконання її завдань усіма суб'єктами таких відносин[1].

Серед системи принципів охорони навколишнього природного середовища важлива роль належить принципу компенсації шкоди, заподіяної порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища, який, з одного боку, є загальнолюдським, а з іншого – загальноюридичним принципом. В умовах зростання тенденції до розвитку інституту відповідальності в екологічному праві підвищується науково-практичний інтерес до питання шкоди в цій сфері, як до одного з важливих елементів складу екологічних правопорушень та як до фактора забруднення навколишнього природного середовища, через яке заподіюються різноманітні збитки, втрати тощо компонентам природи, а також життю і здоров'ю громадян.

Як загальнолюдський такий принцип характеризується універсальністю, загальною значущістю, вищою імперативністю і відображає суттєві положення як внутрішнього, так і міжнародного екологічного права щодо обов'язковості компенсації шкоди, заподіяної протиправними та іншими діями навколишньому природному середовищу. Для такого принципу притаманні властивості абстрактного відображення соціальної дійсності, що зумовлює його особливу роль у структурі широкого кола явищ. Такий принцип є джерелом багатьох явищ або висновків, що відносяться до нього, як дія до причини (реальний принцип) або як наслідки до підстави (ідеальний принцип)[2].

Як загальноюридичний принцип компенсація шкоди, заподіяної порушенням вимог законодавства про охорону навколишнього природного середовища базується на конституційному обов'язку кожного не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині та відшкодовувати завдані їм збитки (ст. 66 Конституції України).

Дієвість такого принципу залежить від місця і ролі такого загальнообов'язкового правила в системі еколого-правових норм, можливості належним чином реалізувати його всіма дозволеними способами і прийомами. Деталізація цього принципу відбувається шляхом закріплення його в уповноважуючих, гарантуючих та зобов'язуючих нормах, які формально окреслюють коло суб'єктів відповідних відносин та юридичні моделі їхньої поведінки. З одного боку, уповноваженими особами в цій сфері виступають, передусім, громадяни, котрим Конституція України[3] гарантувала право на безпечне для життя та здоров'я довкілля та на відшкодування шкоди, заподіяної порушенням цього права (ст. 50), а також які мають право на подання до суду позовів до державних органів, підприємств, установ, організацій і громадян про відшкодування шкоди, заподіяної їхньому здоров'ю та майну внаслідок негативного впливу на навколишнє природне середовище (п. "з" ст. 9 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища"[4]). Такими особами можуть виступати й власники природних ресурсів, природокористувачі, інші фізичні та юридичні особи, правам яких може бути заподіяна шкода внаслідок негативного впливу на навколишнє природне середовище.

З іншого боку, зобов'язаними компенсувати в установленому порядку потерпілим особам шкоду, заподіяну забрудненням та іншим негативним впливом на навколишнє природне середовище, у тому числі шкоду здоров'ю та майну, внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища, виступають невизначене коло осіб, у тому числі й держава зі своїми органами (п. "д" ст. 10, п. "д" ст. 12 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища").

При цьому закон вимагає компенсувати шкоду, заподіяну внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища, як правило, у повному обсязі без застосування норм зниження розміру стягнення та незалежно від плати за забруднення навколишнього природного середовища та погіршення якості природних ресурсів (ст. 68 цього ж Закону).

Особи, яким завдано такої шкоди, мають право на відшкодування неодержаних прибутків за час, необхідний для відновлення здоров'я, якості навколишнього природного середовища, відтворення природних ресурсів до стану, придатного для використання за цільовим призначенням. Крім цього, особи, що володіють джерелом підвищеної екологічної небезпеки, зобов'язані компенсувати заподіяну шкоду громадянам та юридичним особам, якщо не доведуть, що шкода виникла внаслідок стихійних природних явищ чи навмисних дій потерпілого (ст. 69 цього Закону).

Таким чином, принцип компенсації шкоди, заподіяної порушенням вимог законодавства про охорону навколишнього природного середовища являє собою сукупність правових приписів, що формують його зміст та забезпечують його прояв шляхом використання різних правових форм і способів у цій сфері. З одного боку, змістом зазначеного принципу виступають закріплені в еколого-правових нормах сукупність прав та обов'язків уповноважених та зобов'язаних осіб, які в них виникають із факту заподіяння екологічної шкоди. З іншого – у межах реалізації цього принципу органічно забезпечується поєднання державного (владного) регулювання відповідних відносин та автономної (юридичної) рівності, що являє собою змішаний метод правового регулювання їх. Так, у межах застосування імперативного методу правового регулювання держава включає до кола уповноважених та зобов'язаних осіб спеціальні органи держави, які здатні примусити винних осіб до здійснення необхідних заходів, спрямованих на компенсування заподіяної шкоди. Автономний метод дозволяє сторонам врегулювати питання компенсації заподіяної шкоди в досудовому порядку.

Зазначений принцип тісно пов'язаний з іншими принципами охорони навколишнього природного середовища, у тому числі з міжнародними еколого-правовими принципами. Зокрема, він співвідноситься з принципом невідворотності відповідальності у справі охорони навколишнього природного середовища (п. "й" ст. 3 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища"). Цей принцип у свою чергу також виступає засобом забезпечення екологічних прав громадян (п. "е" ст. 9 цього ж Закону) та прав інших суб'єктів еколого-правових відносин. Залежно від цього реалізація принципу компенсації шкоди, заподіяної порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища, здійснюється саме у відносинах відповідальності, зокрема, у межах цивільно-правової відповідальності за порушення вимог зазначеного законодавства. Хоч за факт заподіяння шкоди природним ресурсам, навколишньому природному середовищу, здоров'ю та життю громадян чинним законодавством передбачено заходи й інших видів відповідальності – адміністративної, кримінальної, проте застосування таких видів відповідальності до винних осіб не звільняє їх від компенсації шкоди, заподіяної забруд-

ненням навколишнього природного середовища та погіршенням якості природних ресурсів.

Зв'язок принципу компенсації шкоди, заподіяної порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища з багатьма міжнародними еколого-правовими принципами також безпосередній, зокрема, з принципами попередження шкоди, у тому числі попередження забруднення довкілля, які базуються на положеннях Всесвітньої хартії природи, схваленої Генеральною Асамблеєю ООН 1982 р., з принципом відповідальності держав, закріпленим у Конвенціях про цивільну відповідальність за забруднення нафтою 1990 р., про цивільну відповідальність за шкоду, заподіяну навколишньому середовищу небезпечними речовинами 1993 р., про міжнародну відповідальність за шкоду, заподіяну космічними об'єктами 1972 р., про цивільну відповідальність за ядерну шкоду 1997 р., про оперативне оповіщення про ядерну аварію 1986 р. та багато інших[5]. При цьому береться до уваги, що суб'єкти міжнародних відносин несуть так звану позитивну, активну відповідальність, яка базується на обов'язку винної сторони компенсувати заподіяну відповідними чинниками шкоду навколишньому середовищу.

Співвідношення цього принципу з міжнародними еколого-правовими принципами дозволяє визначити поняття екологічної шкоди, яка виступає його системоутворюючим началом. Так, екологічну шкоду доцільно визначити як будь-яке погіршення стану навколишнього природного середовища внаслідок порушення правових екологічних вимог та пов'язане з ним зменшення або знищення охоронюваних законом екологічних майнових чи немайнових благ, включаючи життя і здоров'я людини, майно фізичних і юридичних осіб.

Принцип компенсації шкоди, заподіяної порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища, чітко вказує на об'єкти, що підлягають правовій охороні за його допомогою. Зокрема, екологічна шкода виявляється в порушенні природних зв'язків між компонентами навколишнього природного середовища та залежно від виду має три об'єкти: 1) навколишнє природне середовище, його окремі компоненти: земля, надра, води, ліси і рослинний світ, тваринний світ, атмосферне повітря, за таких умов виникає *антропогенна шкода*; 2) здоров'я людини, що визначає специфічний вид шкоди – *фізіологічну шкоду (інколи таку шкоду називають екогенною)*; 3) майбутні покоління людства, що передбачає такий вид шкоди, як *генетична шкода*[6].

Залежно від об'єктного складу екологічна шкода може мати такі форми: а) суто *екологічна,* тобто будь-які несприятливі наслідки в навколишньому природному середовищі (як матеріальні, так і нематеріальні, викликані порушенням вимог законодавства про охорону навколишнього природного середовища); б) *втрати,* тобто реальні або припустимі збитки якості або кількості компонентів навколишнього природного середовища, які визначаються відповідно до екологічного права за допомогою таких способів, як таксовий, витратний, розрахунковий та нормативний; в) *збитки,* тобто такі економічно невигідні для власників та користувачів природних ресурсів наслідки, що проявляються у вигляді: 1) витрат на відтворення попереднього стану навколишнього природного середовища, втрати сільськогосподарської продукції, рибних запасів тощо; 2) втрати товарної продукції (майна); 3) упущеної вигоди, неодержаних доходів, які визначаються нормами інших галузей права, таких як цивільне право, фінансове право.

Принцип компенсації шкоди, заподіяної порушенням вимог законодавства про охорону навколишнього природного середовища диференціюється в нормах природоресурсового, природоохоронного та антропоохоронного (права екологічної безпеки) блоків правового регулювання, які фактично й формують структуру екологічного права[7]. Так, у Водному кодексі України[8] від 6 червня 1995 р. ст. 111 встановлює вимоги щодо відшкодування збитків, заподіяних унаслідок порушень водного законодавства; у Лісовому кодексі України[9] від 21 січня 1994 р. ст. 100 закріплює вимоги щодо відшкодування шкоди, заподіяної лісу внаслідок порушення лісового законодавства; у Земельному кодексі України[10] від 25 жовтня 2001 р. гл. 24 та 36 встановлюють вимоги щодо відшкодування збитків власникам землі й землекористувачам та, відповідно, відшкодування втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва; Кодекс України про надра[11] від 27 липня 1994 р. в ст. 67 закріплює положення про відшкодування збитків, завданих унаслідок порушення законодавства про надра тощо.

Природоохоронне законодавство у відповідних положеннях визначає особливості застосування цивільної відповідальності за порушення режимів використання та охорони: територій та об'єктів природно-заповідного фонду (ст. 65 Закону України від 16 червня 1992 р. "Про природно-заповідний фонд України"[12]); атмосферного повітря (ст. 34 Закону України від 21 червня 2001 р. "Про охорону атмосферного повітря"[13]); тварин та рослин, занесених до Червоної книги України (ст. 20 Закону України від 7 лютого 2002 р. "Про Червону книгу України"[14]), курортних, лікувально-оздоровчих зон (Закон України від 5 жовтня 2000 р. "Про курорти"[15]) тощо. Крім цього, в українському природоохоронному законодавстві, як і в міжнародному, запровадження принципу компенсації шкоди тісно пов'язано із загальноюридичним принципом "забруднювач платить", який закріплено в більшості міжнародно-правових документів і спрямовано, крім усього іншого, на попередження, зниження негативного впливу на довкілля за рахунок запровадження новітніх технологій, ефективних очисних споруд, заходів економічного забезпечення типу формування спеціальних компенсаційних фондів, екологічного страхування тощо.

Право екологічної безпеки[16] також містить положення, які базуються на обов'язку суб'єктів, діяльність яких пов'язана з негативним впливом на стан навколишнього природного середовища, в разі заподіяння шкоди небезпечними фізичними, біологічними, хімічними факторами природним ресурсам і комплексам, екологічним системам і природним ландшафтам, а через них – життю і здоров'ю громадян компенсувати її в повному обсязі незалежно від наявності в їхніх діях вини. Залежно від конкретного виду екологічно небезпечної діяльності такі обов'язки закріплюються в спеціальних законах[17].

Отже, проведене дослідження правових засад компенсації шкоди, заподіяної порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища як одного з основних принципів у сфері використання природних ресурсів, охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки, дозволило визначити цей принцип, по-перше, як дієвий, деталізуючий чинник відповідної поведінки (прав та обов'язків) певного кола осіб – суб'єктів еколого-правових відносин, що належним чином закріплено в міжнародних та національних еколого-правових нормах; по-друге, як системоутворюючий фактор об'єднання такої сукупності правових норм в інституті відповідальності за порушення вимог екологічного законодавства, зокрема, у межах норм цивільно-правової відповідальності; по-третє, як змішаний метод правового регулювання, у межах якого реалізуються імперативні (владні) вимоги до винних осіб компенсувати заподіяну шкоду на підставі рішення суду та забез-

печується відповідна автономність осіб врегулювати питання компенсації шкоди в досудовому порядку; почетверте, як вихідна правова ідея, яка дозволяє на науковому рівні визначити поняття, види та форми екологічної шкоди, об'єкти правової охорони; по-п'яте, як диференційний чинник, що деталізується в правових положеннях окремих блоків правового регулювання екологічного права.

[1]Теоретико-правові аспекти щодо визначення та сутності принципів екологічного права, реалізації окремих загальнолюдських (цивілізаційних, загальноюридичних) принципів у регулюванні еколого-правових відносин досліджувалися в працях: *Андрейцев В.І.* Екологічне право: Загальна частина. Курс лекцій у схемах: Навч. посібник для юрид. фак. вузів. – К., 1996. – С.25; *Чаусова Л.Л.* Принципи екологічного права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1998; *Ткаченко О.* Принцип верховенства права в регулюванні еколого-правових відносин: поняття та значення // Право України. – 2003. – № 4. – С.63-67. [2] Загальноюридичне визначення принципу див.: Юридична енциклопедія: У 6 т. / Редкол.: Ю.С.Шемшученко (голова редколегії) та ін. – К., 1998. – С.110-111. [3] Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. [4] Там само. – 1991. – № 41. – Ст. 546. [5] *Крассов О.И.* Экологическое право. – М., 2001. – С.68-74. [6] Про особливості визначень поняття "екологічна шкода" див. у працях: *Петров В.В.* Экология и право. – М., 1981. – С.147-162; *Петров В.В.* Окружающая среда и здоровье человека (три вида возмещения вреда здоровью) // Вест. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. – 1994. – № 1. – С.8-10; *Колбасов О.С.* Возмещение гражданам экологического вреда // Государство и право. – 1994. – № 10; *Васильева М.И.* Судебная защита экологических прав. правовые вопросы возмещения и предупреждения экологического вреда. – М., 1996. [7] *Андрейцев В І.* Зазнач. праця. – С.24. [8] Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 24. – Ст. 189. [9] Там само. – 1994. – № 17. – Ст. 99. [10] Див.: Земельний кодекс України: Наук.-практ. коментар / За ред. В.І.Семчика. – К., 2003. [11] Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 36. – Ст. 340. [2] Там само. – 1992. – № 34. – Ст. 502. [13] Урядовий кур'єр. – 2001. – 26 верес. [14] Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 30. – Ст. 201. [15] Урядовий кур'єр. – 2000. – 29 листоп. [16] Право екологічної безпеки визначається як система правових норм та інших юридичних засобів, спрямованих на забезпечення права громадян на безпечне для життя та здоров'я довкілля, регулювання відносин щодо здійснення екологічно небезпечної діяльності з метою запобігання погіршенню екологічної обстановки, подолання наслідків дії надзвичайних екологічних ситуацій техногенного та природного характеру. Теоретико-правові аспекти формування права екологічної безпеки викладено в праці: *Андрейцев В.І.* Право екологічної безпеки: Навч. та наук.-практ. посіб. – К., 2002. [17] Наприклад, у ст. 20 Закону України від 2 березня 1995 р. "Про пестициди і агрохімікати" / Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 14. – Ст. 91; у ст. 81 Закону України від 8 лютого 1995 р. "Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку" / Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 12. – Ст. 81; у ст. 11 Закону України від 30 червня 1995 р. "Про поводження з радіоактивними відходами" / Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 27. – Ст. 199; у ст.16 Закону України від 18 січня 2001 р. "Про об'єкти підвищеної небезпеки" / Урядовий кур'єр. – 2001. – 7 берез.; у Законі України від 13 грудня 2001 р. "Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду" / Урядовий кур'єр. – 2002. – 16 січ.; у ст. 43 Закону України від 5 березня 1998 р. "Про відходи" / Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 36-37. – Ст. 242 та ін.

Надійшла до редколегії 01.07.03

О.М.Шиманович, асп.

ПОНЯТТЯ, ВИДИ ТА РОЛЬ СУДОВИХ РІШЕНЬ У ЗАХИСТІ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА, ПРАВ І ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ, ІНТЕРЕСІВ СУСПІЛЬСТВА І ДЕРЖАВИ

Розглядаються актуальні питання поняття та видів судових рішень у цивільному процесуальному праві України. Розкривається поняття судового рішення, а також пропонується власна класифікація видів судових рішень. Також визначається роль судового рішення у захисті прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави.

The topical questions of the notion and forms of the court decisions in the civil process of Ukraine are analysed in this article. We discover the notion of the court decision and also propound our own classification of the forms of the court decisions. In the research the role of the court decision in defence of the rights and freedom of person and citizen, rights and legal interests of the judicial persons, interests of the society and state is defined.

Сьогодні правова система України перебуває в стані докорінного реформування, що зумовлюється побудовою демократичної, соціальної й правової держави. Основним принципом існування такої держави має стати пріоритет та всебічний захист прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави. Особливого значення в цьому процесі набуває цивільне процесуальне право, покликане найефективніше здійснювати захист прав і свобод.

У процесі здійснення правосуддя з метою захисту прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави суд вирішує різні питання. Вирішення того чи іншого питання при розгляді цивільних справ – вираження волі суду, реалізація судової влади. Таке волевиявлення суду носить імперативний, владний характер і втілюється у визначеній процесуальній формі – у формі судової постанови. Питання, що стосуються судових постанов, одержали досить повне висвітлення в літературі, наприклад, у роботах М.Г.Авдюкова, М.А.Гурвича, М.Б.Зейдера, Д.М.Чечота, Н.О.Чечиної, П.П.Заворотька, М.Й.Штефана та інших процесуалістів[1]. Проте основна проблема полягає в тому, що переважною більшістю дані дослідження сягають середини XX ст. та, зрозуміло, не враховують усіх змін, які мають місце в суспільних реаліях сьогодення. Крім цього, потрібно підкреслити також і те, що в науковій літературі існує безліч протилежних поглядів з приводу поняття та видів судових рішень, що свідчить про складність та багатоаспектність цього питання. Усе вищезазначене свідчить про необхідність здійснення глибоких наукових досліджень інституту судових постанов, оскільки цей інститут цивільного процесуального права має важливе теоретичне та практичне значення.

Враховуючи складність даної проблеми, ми спробуємо охарактеризувати судове рішення, зокрема його поняття та види, виявити головні проблеми, яки виникають у цьому зв'язку, і способи їх розв'язання.

Судова постанова – це загальна назва владних суджень і волевиявлень суду, що знаходять своє вираження в процесуальних документах і поділяються на два види: рішення та ухвали. Постановою суду є оформлений в письмовому виді акт суду (судді), в якому виражено владне судження з приводу вирішення як матеріально-правових, так і процесуально-правових питань. І це не викликає сумніву. Практично всі процесуалісти однаково трактують поняття "постанови суду".

Однак, незважаючи на те, що в науці цивільного процесуального права багато уваги приділяється судовим постановам, усі дослідження зводяться в основному до визначення поняття рішення суду. Питання ж відносно видів судових рішень не були глибоко розглянуті. Більше того дана проблема спеціально не досліджувалася, а лише зачіпалася попутно при висвітленні інших питань. Разом з тим, розробка теоретичних основ видів рішень суду має важливе практичне значення.

Найяскравіше владна воля суду виявляє себе в судовому рішенні. Зацікавлені особи звертаються до суду тоді, коли відбувається порушення чи оспорювання належних їм суб'єктивних прав чи охоронюваних зако-

© О.М.Шиманович, 2004

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

ном інтересів. Суд у результаті розгляду цивільної справи постановляє судове рішення на підставі норм матеріального права і юридичних фактів, встановлених їм у ході розгляду справи в судовому засіданні[2].

Судове рішення постановляється по суті заявлених вимог. Приймаючи його, суд тим самим розв'язує матеріально-правовий спір сторін.

Таким чином, судове рішення – це постанова суду, яка постановляється ім'ям держави і підтверджує наявність чи відсутність конкретних правовідносин або юридичних фактів і зобов'язує певних осіб діяти певним чином. Це обов'язковий для всіх акт, яким цивільна справа вирішується по суті. Так трактують поняття судового рішення більшість сучасних процесуалістів (М.А.Вікут, І.М.Зайцев, В.В.Комаров, І.В.Решетнікова, В.В.Ярков, М.К.Треушніков та ін.)[3].

Однак у радянські часи поняття судового рішення в процесуальній літературі визначалося по-різному. Так, одні автори вважали, що це є постанови суду з приводу об'єкта процесу, тобто по суті спору між сторонами про право цивільне, і що судове рішення – це така постанова суду, якою розв'язується спір про право цивільне[4]. Другі доводять, що це постанови суду першої інстанції, якими вирішується правовий спір, розв'язується матеріально-правовий спір і дається тим самим відповідь на звернення до суду про захист суб'єктивного права або інтересу, що охороняється законом[5]. Інші автори визначають судові рішення як постанови суду, в яких дається відповідь на позовні вимоги і визначаються права та обов'язки сторін, що виникають зі спірних правовідносин[6].

Узагальнюючи всі визначення поняття судового рішення, П.П.Гуреєв зазначив, що це найважливіший акт правосуддя, в якому суд, керуючись законом, від імені держави і на підставі встановлених у судовому засіданні фактів вирішує цивільну справу по суті, дає відповідь на вимогу позивача та заперечення відповідача, вирішує питання про охорону і захист інтересів громадян і юридичних осіб[7].

Наведені визначення поняття судового рішення, які мали місце в теорії радянського цивільного процесуального права, більшою чи меншою мірою глибоко й логічно розкривали зміст цього правового явища загалом правильно. Але слід звернути увагу на одну неточність властивої риси судового рішення, яку постійно підкреслюють автори, а саме: про вирішення судовим рішенням матеріального правового спору. Це положення дійсно властиве, але лише для справ позовного провадження, де поставлено питання про необхідність охорони чи захисту порушеного права, тобто необхідність прийняття з боку суду таких дій, які б ліквідували спірність юридичних відносин і усунули правопорушення. Але в окремих категоріях справ відсутній спір про право (наприклад, взаємна згода подружжя на розірвання шлюбу). Також за діючим цивільним процесуальним законодавством на розгляд суду віднесені справи з адміністративно-правових відносин та окремого провадження, в яких завжди відсутній спір про право. Суд лише встановлює наявність чи відсутність певних юридичних фактів, від яких залежить виникнення, зміна або припинення прав. У дореволюційному праві цей вид провадження мав назву охоронного або безспірного. При вирішенні таких справ суд також приймає такий процесуальний акт, як рішення.

Правову природу рішення можна правильно зрозуміти, виходячи із завдань правосуддя, що реалізуються в діяльності суду. Рішення суду – це акт правосуддя, заради якого порушувалася справа, оскільки за допомогою саме цього акту здійснюється захист порушеного чи оспорюваного права незалежно від того, задоволений позов чи в його задоволенні відмовлено. Якщо підтвердиться порушення суб'єктивного права чи охоронюваного законом інтересу, то суд своїм рішенням захищає порушене право позивача. Якщо ж порушення права, що належить позивачу, не підтвердиться, то суд, відмовляючи в позові, захищає тим самим інтереси відповідача, яки могли бути порушені неправомірними діями позивача. Таким чином, у випадку задоволення позову право відновлюється в тому вигляді, в якому воно належить позивачу. При відмовленні в позові здійснюється захист прав відповідача. Отже, у всіх випадках судове рішення виступає як акт захисту індивідуальних прав та охоронюваних законом інтересів сторін[8]. Будучи юридичним фактом, судове рішення стає передумовою для виникнення, зміни та припинення різноманітних процесуальних правовідносин. Судове рішення з цивільної справи підтверджує наявність чи відсутність спірного права, спірних правовідносин, у результаті якого воно зі спірного перетворюється на безспірне. Правове значення судового рішення полягає в тому, що внаслідок його прийняття раніше спірне матеріально-правове відношення знаходить певну визначеність, стійкість і загальнообов'язковість.

Однак судове рішення є не тільки актом правосуддя, але і процесуальним документом, оскільки воно містить не тільки наказ суду, але й дані інформаційного характеру, наприклад, відомості про склад суду, час і місце розгляду справи, секретаря судового засідання і т. д. Таким чином, поняття "судове рішення як процесуальний документ" є ширшим, яке охоплює наказ суду[9].

Отже, виходячи з усього вищевикладеного, можна прийти до висновку, що судове рішення – це наділений законною силою процесуальний акт-документ, що постановлюється від імені держави з приводу спору сторін у позовному провадженні, а також з приводу об'єкта процесу у справі окремого провадження або у справі, що виникає з адміністративно-правових відносин. У зв'язку з тим, що рішення суду проголошується від імені держави, воно є владним, безспірним і обов'язковим, тому що суд примушує сторони до певної поведінки, порушення якої може викликати певні юридичні наслідки.

Разом з тим, дуже актуальною є проблема видів судових рішень у цивільному процесуальному праві. Як уже згадувалося вище, за останні часи дане питання не було об'єктом самостійного дослідження. В юридичній літературі найчастіше констатується лише той факт, що судові рішення поділяються на певні види. Причому одні процесуалісти стверджують, що існують три види судових рішень[10], інші ж вважають, що суд постановляє рішення двох видів[11]. Такий поділ судових рішень на види відповідає класифікації позовів. У зв'язку з цим існує і різна класифікація видів судових рішень.

Група процесуалістів, до якої входять С.Н.Абрамов, М.А.Гурвич, Я.Л.Штутін та ін.[12], поділяють судові рішення на три групи: 1) рішення про присудження; 2) рішення про визнання; 3) правоперетворювальні (конститутивні) рішення.

Рішеннями про присудження є такі судові постанови, коли предметом рішення суду є вимога, що випливає з наявного суб'єктивного матеріального права, а суд підтверджує існування між сторонами в наявності спірних правовідносин, які підлягають примусовому здійсненню в результаті порушення їх. Такі рішення зобов'язують відповідача виконати на користь позивача певні дії на поновлення порушеного права або утримання від їхнього виконання.

Рішеннями про визнання є такі судові постанови, якими ліквідується спір про наявність чи відсутність певних юридичних відносин між сторонами. Через від-

сутність між сторонами існуючих правових відносин суб'єктивні права й обов'язки не присуджуються до примусового виконання[13].

Коли позови спрямовуються на створення, припинення або зміну правових відносин, то постановлені судом рішення називаються перетворювальними (конститутивними). М.А.Гурвич вважає, що цей вид рішень у встановлених законом випадках може перетворювати правовідносини, створювати, припиняти, встановлювати або змінювати їхній зміст. Вони можуть бути правостворювальними, правозмінюючими, правоприпиняючими у сфері матеріальних відносин[14]. На його думку, суд, розглядаючи такі справи, має змогу контролювати правомірне здійснення громадянами та юридичними особами своїх прав на зміну або припинення правовідносин з іншими особами. Судовий контроль, який здійснюється постановленням судового рішення, є гарантованим засобом захисту інтересів зацікавлених осіб. Ця група рішень розглядається як юридичні факти, оскільки їм властиві аналогічні риси.

У теорії цивільного процесуального права прихильники концепції поділу судових рішень на два види М.А.Авдюков, Н.О.Чечіна, П.П.Гуреєв, А.Ф.Клейнман та інші заперечують існування третього виду судових рішень – перетворювальних[15]. Ці процесуалісти вважають, що існування перетворювальних (конститутивних) рішень означало б надання суду повноважень створювати нове право. Однак, на наш погляд, не можна визнати це положення обґрунтованим, оскільки судовим рішенням норми права не створюються, не змінюються і не припиняються. Щодо суб'єктивних прав, то вони виникають унаслідок юридичних дій, що передбачені нормами матеріального права, і це не може бути віднесено до нормотворчої діяльності. Тому, на нашу думку, якщо закон у певних випадках надає суду право здійснювати дії, що мають значення юридичних фактів, з якими пов'язано перетворення правовідносин, то така діяльність суду не може розглядатися як правотворча. Навпаки, обмеженість сфери конститутивних рішень і точна їх регламентація служать надійною гарантією від правотворчого свавілля.

У теорії цивільного процесу конститутивні рішення поділяють на: перетворювальні – виконують перетворювальні повноваження, тягнуть за собою правові зміни у сфері правового становища; рішення, що змінюють волевиявлення обох сторін у спорі або тільки боржника; рішення, в яких конститутивні дії виступають елементом рішення.

Самостійну позицію в теорії поділу судових рішень на види зайняла Н.І.Авдєєнко. Вона виступила проти правостворювальних рішень, так як при вирішенні справ суд не є творцем права і не створює нової норми права, тобто суд не може своїм рішенням створювати нові правовідносини між сторонами. Водночас автор допускає наявність існування перетворювальних рішень у цивільному процесуальному праві, але не як самостійного виду рішень, а як підвиду рішень про визнання. Якщо позови про присудження можуть бути спрямовані на присудження до виконання відповідної дії або на утримання від вчинення будь-якої дії, то позови про визнання можуть бути не тільки з позитивним і негативним характером вимог, а й з перетворювальним[16].

Але, не погоджуючись з такою позицією, А.Ф.Клейнман вважає, що неправильно відносити правоперетворювальні позови тільки до виду позовів про визнання. У цивільному процесі існують такі випадки, коли перетворювальне рішення буде підвидом рішення про присудження[17].

Автори, які заперечують існування конститутивних рішень як самостійного виду рішень, вважають, що вони можуть бути віднесені до рішень про присудження і рішень про визнання. Однак, на наше глибоке переконання, така позиція видається непереконливою, оскільки вона випливає з досить спірних теорій. Суд повинен точно уявляти рішення яких видів він постановляє. Саме тому, на наш погляд, у цивільному процесі існують три види судових рішень.

Таким чином, підсумовуючи все вищенаведене, пропонуємо наступну класифікацію видів судових рішень у цивільному процесуальному праві. Залежно від способу захисту права і правових наслідків, які вони викликають, судові рішення можна поділити на таки види: 1) рішення про присудження – це постанови суду, які підтверджують права, обов'язки та законні інтереси сторін, і одна сторона зобов'язується виконати на користь другої певні дії або утриматися від їх виконання; 2) рішення про визнання – це постанови суду, які підтверджують наявність або відсутність між сторонами певних юридичних відносин, певних обставин чи юридичних фактів; 3) конститутивні рішення – це постанови суду, які спрямовані на зміну або припинення правовідносин.

Іноді судове рішення розглядається як певна самоціль, на досягнення якої спрямована вся процесуальна діяльність суду та інших учасників розгляду і вирішення цивільної справи. Однак при всій його важливості рішення потрібно не само по собі, а, насамперед, для захисту прав і законних інтересів. Саме заради цього було почато процес з конкретної справи і на досягнення такого результату спрямована, у кінцевому рахунку, процесуальна діяльність учасників його розгляду та вирішення[18].

Отже, з усього вищенаведеного слід зробити висновок, що роль судового рішення в захисті прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави полягає: 1) у процесуальному оформленні та фіксуванні волі суду, спрямованої на вирішення спору між сторонами; 2) у безпосередньому захисті підтверджених у суді дійсних матеріальних правовідносин між сторонами і тим самим у захисті норм права, на основі яких виникли правовідносини; 3) у здійсненні виховного впливу на учасників процесу та на інших осіб, так чи інакше пов'язаних з розглядом справи в суді; 4) у реалізації непорушності закону й обов'язковості його виконання.

Таким чином, підводячи підсумок усьому вищевикладеному, ми можемо прийти до висновку, що з усіх постанов, що постановлюються судом, найважливішими є рішення. Рішення є найважливішим актом правосуддя в цивільних справах, тому що цей судовий акт містить відповідь по суті розглянутої судом справи. Тому можна з упевненістю заявити, що судове рішення – один з основних, найголовніших інститутів цивільного процесуального права, і його теоретичній розробці в науці цивільного процесуального права має бути приділена серйозна увага.

[1] *Авдюков М.Г.* Судебное решение. – М., 1959; *Гурвич М.А.* Судебное решение. Теоретические проблемы. – М., 1976; *Гурвич М.А.* Решение советского суда в исковом производстве. – М., 1955; *Зейдер Н.Б.* Судебное решение по гражданскому делу. – М., 1966; *Чечот Д.М.* Постановления суда первой инстанции по гражданским делам. – М., 1958; *Чечина Н.А.* Норма права и судебное решение. – Л., 1961; *Заворотько П.П., Штефан М.Й.* Судове рішення. – К., 1971. [2] Гражданский процесс / Под ред. М.К.Треушникова. – М., 2000. – С.311. [3] *Викут М. А., Зайцев И.М.* Гражданский процесс России. – М., 2001. – С.245; Проблемы науки гражданского процессуального права / Под ред.. В.В.Комарова. – Х., 2002. – С.188; *Решетникова И.В., Ярков В.В.* Гражданский процесс. – М., 2002. – С.209; Гражданский процесс / Под ред М.К.Треушникова. – М., 2000. – С.313. [4] *Абрамов С.Н.* Судебные решения. – М., 1950. – С.285. [5] *Гурвич М.А.* Советское гражданское процессуальное право. – М., 1964. – С.245. [6] *Клейнман А.Ф.* Советский гражданский процесс. – М., 1954. – С. 239. [7] *Гуреев П.П.* Судебное разбирательство гражданских дел. – М., 1958. – С.146. [8] *Власов А.А.* Гражданское процессуальное право. – М., 2003. – С.248. [9] Гражданский процессуальный кодекс Украины: научно-практический комментарий / В.И.Тертышников. – Х., 2001.

– С.198-199. [10] *Абрамов С.Н.* Советский гражданский процесс. – М., 1950. – С.260; *Штутін Я.Л.* Лекції з радянського цивільного процесу. – К., 1954. – С.141. [11] *Гуреев П.П.* Зазнач. праця. – С.148; *Чечина Н.А.* Норма права и судебное решение. – Л., 1961. – С.10. [12] *Абрамов С.Н.* Зазнач. праця. – С.260; *Гурвич М.А.* Советское гражданское процессуальное право. – М., 1964. – С.286-287; *Штутін Я.Л.* Зазнач. праця. – С.141. [13] *Заворотько П.П., Штефан М.Й.* Судове рішення. – К., 1971. – С14. [14] *Гурвич М.А.* Лекции по советскому гражданскому процессу. – М., 1957. – С.81-82. [15] *Авдюков М.Г.* Судебное решение. – М., 1959. – С.21; *Чечина Н.А.* Зазнач. праця. – С.10; *Гуреев П.П.* Зазнач. праця. – С.148; *Клейнман А.Ф.* Зазнач. праця. – С.116. [16] *Авдеенко Н.И.* Иск и его виды в советском гражданском процессе: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. – М., 1951. – С.19-20. [17] *Клейнман А.Ф.* Зазнач. праця. – С.117. [18] *Жилин Г.А.* Гражданское дело в суде первой инстанции. – М., 2000. – С.126.

Надійшла до редколегії 24.04.03

І.В.Кривошеїна, асп.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ФІРМОВИХ НАЙМЕНУВАНЬ ЗА ЧИННИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Присвячено актуальній темі визначення природи і захисту одного із засобів індивідуалізації – фірмових найменувань. Ідеться про поняття фірмового найменування, його структуру та правову охорону за законодавством України.

This article is dedicated to the very actual theme on the nature and defense of the company names. This article is about definition of the company name, its structure and legal defense under Ukrainian legislation.

Останнім часом усе більше зростає інтерес до інтелектуальної власності. Зацікавленість у вивченні об‘єктів інтелектуальної власності виникла в результаті нового етапу розвитку та посилення конкуренції. Насичення ринку однорідною товарною продукцією, що виготовляється різними виробниками значно підвищує роль засобів індивідуалізації. Недобросовісність деяких виробників призводить до неправомірного використання специфічної групи об‘єктів – засобів індивідуалізації. У той же час за важливості цієї проблеми наше національне законодавство не передбачає належного правового захисту.

Одним з найцікавіших засобів індивідуалізації є фірмові найменування. Їхні значення та важливість полягають у необхідності індивідуалізації великої кількості юридичних осіб, які з‘являються. Однак на цей час вітчизняне законодавство й досі не містить визначення фірмового найменування. Крім того, Цивільний кодекс 1963 р. взагалі не згадує про такий об‘єкт. Разом з тим, усе більше науковців приділяють увагу фірмовим найменуванням, з‘являються все нові розробки на дану тему, оскільки реальне виробництво цього потребує.

На сьогодні охорона та правове регулювання фірмових найменувань здійснюється на підставі Положення про фірму, затвердженого Центральним Виконавчим Комітетом СРСР та Радою народних комісарів СРСР 17 серпня 1927 р. Не викликає сумнівів той факт, що зазначене Положення застаріле і не відповідає умовам і потребам нинішнього суспільства, саме тому необхідно прийняття спеціального нормативного акта відносно даного об‘єкта інтелектуальної власності.

Важливість фірмового найменування випливає з ознак юридичної особи, оскільки кожна юридична особа повинна мати змогу виступати в цивільному обороті від власного імені. Як було зазначено вище, цивільне законодавство не містить визначення поняття фірмового найменування, навіть новий Цивільний кодекс України лише зазначає, яким найменуванням надається правова охорона та якими правами наділений власник. Відомий російський вчений Г.Ф.Шершеневич під фірмою розумів назву підприємства, а право на фірму – як виключне право виробництва чи збуту відомих товарів від імені даного підприємства, під даною фірмою[1]. На наш погляд, фірмовим найменуванням є назва юридичної особи, яка відрізняє та індивідуалізує її серед інших осіб-учасників цивільного обороту.

Слід зазначити, що існує такий погляд, коли пропонується розрізняти найменування юридичної особи та фірмове найменування юридичної особи[2]. Тоді найменування юридичної особи розглядається як приватне немайнове право, яке саме й індивідуалізує юридичну особу, наділену майном, і яка виступає у відносинах від власного імені. Фірмове ж найменування юридичної особи – це майнове право, саме фірмове найменування індивідуалізує юридичну особу як учасника цивільного обороту, що здійснює підприємницьку діяльність. На наш погляд, обидва визначення є ідентичними і не можуть існувати одне без одного, саме тому їх слід розглядати як одне ціле, а не розділяти.

Досліджуючи природу фірмового найменування, необхідно було б розглянути його структуру. Відповідно до Положення про фірму назва юридичної особи має містити вказівку на вид особи та елемент, необхідний для вирізнення даного підприємства від однорідних підприємств. Таким чином, фірмове найменування складається з двох частин:

- основної, тобто вказівка на організаційно-правову форму;
- допоміжної, тобто елемент, який індивідуалізує саме цю юридичну особу.

Аналізуючи нещодавно прийнятий Закон України "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців"[3], за яким юридична особа повинна мати своє найменування, яке містить інформацію про її організаційно-правову форму та назву, можна побачити, які складові найменування виділяє законодавець.

Відповідно до чинного Закону України "Про підприємництво" забороняється використання найменувань підприємств, тотожних найменуванню іншого суб‘єкта підприємницької діяльності. Але виникає цілком закономірне питання, яким чином розуміти тотожність? Чи має на увазі законодавець під тотожністю однаковість обох складових частин фірмового найменування чи збіг лише допоміжної частини?

Досить часто висловлюється позиція, за якої підприємства можуть мати однакові фірмові найменування за умови, що вони створені в різних організаційно-правових формах та сфери їхньої діяльності не збігаються. Однак у такому випадку фірмове найменування втрачає свою основну функцію – функцію індивідуалізації. Споживач навряд чи зверне увагу на різницю в організаційно-правовій формі підприємства, для нього основною ознакою відмінності даного підприємства є саме індивідуалізуюча частина. На наш погляд, тотожність полягає в схожості допоміжної частини фірмового найменування.

Слід звернути увагу на те, що відповідно до ст. 9 Закону України "Про підприємства в Україні" від 27 березня 1991 р. в статуті підприємства дається його найменування. Ця ж норма визначає, що в найменуванні підприємства наводиться його назва (завод, фабрика, майстерня та ін.) і вид (індивідуальне, сімейне, приватне, державне) та ін. Таким чином, закон "Про підприємства в Україні" виділив три складові фірмового найменування – крім основної та додаткової, надав можливість власнику під-

© І.В.Кривошеїна, 2004

Kyiv National Taras Shevchenko University

приємства за власним бажанням включити до назви й інші елементи.

Закон України "Про господарські товариства" від 19 вересня 1991 р. закріпив положення, відповідно до якого господарські товариства можуть набувати майнових та особистих немайнових прав, вступати в зобов'язання, виступати в суді та третейському суді від свого імені. Ключовими словами в даному випадку є "від свого імені", що вказують на обов'язковий атрибут будь-якого господарського товариства. Зазначений закон присвятив найменуванню товариства цілу статтю, відповідно до якої найменування товариства має містити зазначення виду товариства, для повних та командитних товариств – прізвища (найменування) учасників товариства, а також інші необхідні відомості. Найменування товариства міститься в установчих документах товариства. Крім того, закріплено положення відповідно до якого найменування товариства не може вказувати на належність товариства до відповідних міністерств, відомств і громадських організацій.

Важливою подією в правовому регулюванні фірмових найменувань стало прийняття Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" 7 червня 1996 р. Недобросовісною конкуренцією визнаються будь-які дії в конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності. Стаття 4 зазначеного закону вказує, що неправомірним є використання без дозволу уповноваженої на те особи чужого фірмового найменування. Це може призвести до змішування з діяльністю іншого господарюючого суб'єкта (підприємця), який має пріоритет на його використання. Частина друга зазначеної статті декларує, що використання у фірмовому найменуванні власного імені фізичної особи не визнається неправомірним, якщо до власного імені додається який-небудь відмітний елемент, що виключає змішування з діяльністю іншого господарюючого суб'єкта (підприємця). Хотілося б звернути увагу на те, що законодавець надає можливість фізичній особі також мати фірмове найменування. На наш погляд, це є некоректним, оскільки фірмове найменування може належати тільки фірмі, а фізична особа повинна обмежуватися просто найменуванням, яке б виділяло її в процесі цивільних відносин, і під яким вона б здійснювала свою господарську діяльність.

Варто зазначити, що всі вищеназвані нормативно-правові акти не містять особливих аспектів правового регулювання фірмових найменувань, вони лише вказують на необхідність існування такого об'єкта інтелектуальної власності. Вони не містять ні визначення, ні ознак, ні підстав надання правової охорони такому особливому об'єкту. Саме тому найважливішим нормативним актом у сфері визначення, застосування та охорони фірмового найменування є новий Цивільний кодекс України, що набуває чинності з 1 січня 2004 р.

Правова охорона за новим Цивільним кодексом надається найменуванню, якщо воно дає можливість вирізнити одну особу з-поміж інших та не вводить в оману споживачів щодо справжньої її діяльності. Таким чином, йдеться саме про індивідуалізуючу частину фірмового найменування.

Слід зазначити, що, на наш погляд, поняття комерційного найменування, яке закріплено в новому Цивільному кодексі, є ширшим, ніж поняття фірмового найменування, і в такому випадку фірмове найменування можна розглядати як різновид комерційного найменування. Комерційне найменування, на нашу думку, включає в себе два підвиди: першим є фірмове найменування юридичної особи, а під другим слід розуміти найменування, під яким в цивільному обороті виступають фізичні особи-суб'єкти підприємницької діяльності.

Цікавим видається позиція законодавця, викладена в ст. 489 нового Цивільного кодексу, за яким особи можуть мати однакові комерційні найменування, якщо це не вводить в оману споживачів щодо товарів, які вони виробляють та реалізують. Видається, що дане положення вступає в протиріччя з вимогою щодо оригінальності фірмового найменування. Надання такої можливості суб'єктам господарської діяльності ставить під сумнів основне завдання фірмового найменування – вирізнення з-поміж інших суб'єктів.

Однією з передумов виключення можливості реєстрації однакових фірмових найменувань для більшої зручності органам державної влади, що здійснюють реєстрацію, законодавець передбачив у Законі "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців" створення єдиного державного реєстру для забезпечення достовірної інформації про юридичних та фізичних осіб. А оскільки право на фірмове найменування юридичної особи діє на території всієї держави, то такому реєстру був наданий статус єдиного державного. Створення такого реєстру якнайшвидше допомогло б запобігти виникненню великої кількості конфліктних ситуацій.

Як відомо, виключне право на фірмове найменування виникає з моменту реєстрації юридичної особи. Цікавою є позиція, викладена в Законі України "Про державну реєстрацію юридичних та фізичних осіб-підприємців" щодо можливості заявнику, який має намір зареєструвати юридичну особу, звернутися до Державного реєстратора із заявою про резервування найменування юридичної особи.

На наш погляд, таке нове положення є вкрай необхідним, оскільки така можливість полегшила б завдання юридичної особи у виборі найменування, та в такому випадку майбутньому суб'єкту підприємницької діяльності не потрібно турбуватися про можливість реєстрації бажаного фірмового найменування іншою юридичною особою.

Зважаючи на велику кількість порушень прав на фірмові найменування, такий специфічний об'єкт інтелектуальної власності потребує досконалого захисту.

Діюче українське законодавство за порушення прав на фірмові найменування передбачає такі види відповідальності: цивільно-правову, кримінально-правову та адміністративно-правову. За визначенням О.С.Іоффе, "…цивільно-правова відповідальність це санкція за правопорушення, що викликає для правопорушника негативні наслідки у вигляді позбавлення суб'єктивних цивільних прав чи покладення нових чи додаткових цивільно-правових обов'язків"[4]. Стаття 16 нового Цивільного кодексу України передбачає можливість кожної особи, чиї права порушено, звернутися за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу до суду. Способами захисту цивільних прав та інтересів при цьому можуть бути: визнання права; припинення дії, яка порушує право; відновлення становища, яке існувало до порушення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди. Саме такими є можливості для захисту прав власника фірмового найменування.

Найчастіше порушення прав власників фірмових найменувань відносять до недобросовісної конкуренції. Відповідно до ст. 1 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" недобросовісною конкуренцією є будь-які дії в конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності. Неправомірним є використання без дозволу уповноваженої на те особи фірмового на-

йменування, що може призвести до змішування з діяльністю іншого господарюючого суб'єкта, який має пріоритет на їх використання.

Чинний закон України "Про захист від недобросовісної конкуренції" передбачає, що вчинення дій, що визначаються як недобросовісна конкуренція, тягнуть за собою накладення штрафів Антимонопольним комітетом України, а також адміністративну, цивільну і кримінальну відповідальність. Розмір штрафу, що накладається Антимонопольним комітетом, становить до 3 % виручки від реалізації товарів, виконання робіт, надання послуг господарюючого суб'єкта за останній рік, що передував року, в якому накладається штраф. У разі, якщо обчислення виручки господарюючого суб'єкта неможливе або виручка відсутня, штрафи накладаються в розмірі до 5 тис. неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Також зазначений закон передбачає можливість відшкодування збитків, заподіяних унаслідок недобросовісних конкурентних дій, за позовами заінтересованих осіб.

Крім того, для визнання дій господарюючого суб'єкта недобросовісною конкуренцією має значення тотожність або схожість фірмового найменування, а також наявність конкуренції. При цьому вид підприємства не має вирішального значення для відповідної кваліфікації дій підприємця. Відповідальність за неправомірне використання фірмового найменування не ставиться в залежність від наявності вини підприємця та заподіяних такими діями збитків.

Поряд із цивільно-правовою відповідальністю співіснує і кримінально-правова відповідальність порушників прав на фірмові найменування. Так, відповідно до ст. 229 Кримінального кодексу України незаконне використання фірмового найменування, якщо це завдало матеріальної шкоди у великому розмірі, карається штрафом від 200 до 1 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років або ж позбавленням волі на той самий строк з конфіскацією відповідної продукції та знарядь і матеріалів, які спеціально використовувалися для її виготовлення. Отже, особливою умовою настання кримінальної відповідальності за такий вид порушення є великий розмір матеріальної шкоди. При цьому матеріальна шкода вважається завданою у великому розмірі, якщо її розмір у 200 і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а завданою в особливо великому розмірі – якщо її розмір у 1 000 і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Крім цивільної та кримінальної відповідальності, до правопорушників можуть застосовуватися заходи адміністративного характеру. Кодекс про адміністративні правопорушення України в ст. 51.2 за незаконне використання об'єкта права інтелектуальної власності передбачає накладення штрафу від 10 до 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією незаконно виготовленої продукції та обладнання і матеріалів, призначених для її виготовлення.

Слід зазначити, що на даному етапі досить складно довести порушення права на фірмове найменування, оскільки й досі не досягнуто єдиного погляду з приводу того, що саме буде порушенням права на найменування – відтворення його повністю чи використання лише додаткової – вирізняльної частини фірмового найменування. На наш погляд, порушенням прав на фірмове найменування слід було б визнати неправомірне використання як цілого найменування, так і лише його додаткової частини – як особливої частини, яка індивідуалізує конкретну юридичну особу.

На підставі викладеного можна зробити висновок про гостру необхідність прийняття спеціального закону про фірмові найменування. У такому нормативному акті доцільно було б закріпити поняття фірмового найменування, його складові. Слід також уточнити коло суб'єктів, що мають право власності на нього, а крім того, визначити дії, які б визнавалися порушеннями прав на фірмові найменування та санкції за неправомірні дії. З огляду на реальні проблеми у вітчизняному бізнес-середовищі такий нормативний акт мав би бути прийнятий найближчим часом.

[1] *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. – М., 1995. – Ст.263. [2] Див.: Государство и право. – 2003. – № 1. – Ст.42. [3] Див.: Голос України. – 2003. – 24 черв. – Ст.22-29. [4] *Иоффе О.С.* Обязательственное право. – М., 1975. – С.97.

Надійшла до редколегії 13.03.03

Р.І.Марусенко, асп.

ПРАВОВІ АСПЕКТИ РЕЄСТРАЦІЇ ЗЕМЕЛЬНИХ СЕРВІТУТНИХ ПРАВ

Досліджуються проблеми нормативно-правового забезпечення реєстрації земельних сервітутних прав, розкриваються та пропонуються можливі шляхи їх вирішення.

The problems of legal provision of easement appurtenant right are investigated; the possible ways of such problems' solution are disclosed and proposed

Для земельних сервітутних прав чинним земельним законодавством України передбачена процедура реєстрації в державному реєстрі земель. Відповідно до ч. 3 ст. 100 Земельного кодексу України[1] (надалі – ЗК України) виникнення земельного сервітутного права ставиться в пряму залежність від факту його реєстрації.

Запровадження системи реєстрації земельних сервітутних прав вимагає аналізу практичної необхідності такої реєстрації, а також дослідження встановленого законодавством порядку її здійснення та наслідків.

Деякою мірою проблема реєстрації земельних сервітутних прав уже зачіпалась у вітчизняній науковій літературі. Зокрема, у роботах С.В.Гринька, В.К.Гуревського, П.Ф.Кулинича, М.В.Шульги[2]. Однак проведений в роботах зазначених науковців аналіз реєстрації земельних сервітутних прав не вирішив усіх існуючих проблем, пов'язаних з реєстрацією зазначених прав. Частково це пояснюється прийняттям нових нормативних актів у сфері реєстрації земельних сервітутних прав.

Спеціальних правових досліджень з проблематики реєстрації земельних сервітутних прав на сьогодні немає.

Важливість дослідження питання реєстрації земельних сервітутних прав випливає з виключного значення реєстрації для можливості встановлення земельних сервітутів. Адже реєстрація є обов'язковою умовою їх виникнення.

Таким чином, необхідно проаналізувати існуючі проблеми у сфері реєстрації земельних сервітутних прав та викласти можливі шляхи вдосконалення та підвищення ефективності існуючого нормативно-правового забезпечення їх реєстрації.

Передбачена в більшості країн світу система реєстрації прав на земельні ділянки виконує переважно функцію обліку, або умови чинності права, або гарантії та захисту права. До функцій, наслідків та обов'язковості

© Р.І.Марусенко, 2004

реєстрації земельних сервітутних прав законодавці іноземних країн підходять по-різному. Отже, розглянемо деякі моделі реєстрації земельних сервітутних прав, які пропонує світова практика.

Необов'язковість реєстрації права земельного сервітуту передбачена, наприклад, законодавством канадської провінції Квебек. Факт реєстрації надає можливість протиставляти зареєстровані права вимогам третіх осіб, встановлює пріоритет права (при існуванні кількох сервітутних прав на один об'єкт). Сам факт реєстрації права земельного сервітуту породжує оспорюване припущення існування права, що зареєстроване. Неоспорення протягом 10 років права земельного сервітуту, яке зареєстровано, породжує неоспорювану презумпцію його існування. Оголошення у вигляді реєстрації встановлює пріоритет сервітутного права за датою реєстрації перед усіма зареєстрованими пізніше і всіма правами, встановленими на цей же об'єкт (навіть раніше вказаного права), які не оголошені. Цим заохочується реєстрація землевласниками та землекористувачами своїх сервітутних прав. Публічність земельного реєстру забезпечує можливість ознайомлення з існуючими правами на земельні ділянки кожному бажаючому, що і презюмує обізнаність останніх про такі можливі права[3]. Необов'язковість реєстрації, яка здійснюється за аналогічним принципом, передбачена також законодавством Польщі[4].

На противагу наведеній системі реєстрація земельних сервітутів у деяких штатах США проводиться за системою Торенса. Заснована на Акті про нерухомість (Real property Act) 1856 р., вона розроблена в Австралії[5]. Суть полягає в тому, що запис у реєстрі вчинюється від імені держави, яка начебто і надає право, а не від імені особи, котра насправді володіла правом. Припускається "вилучення" державою права і надання його знову. Це дає змогу вважати силу запису *абсолютною* – спори про недобросовісність попереднього володільця права чи неправильну реєстрацію не допускаються, адже право *надано державою*. Внесення до реєстраційної книги вважається необхідною умовою виникнення права. Отже, не занесене в книгу право не існує[6].

Чинне земельне законодавство України для реєстрації прав на земельну ділянку передбачає державний реєстр земель, до якого серед інших мають вноситися відомості про встановлені земельні сервітути.

Відповідно до ч. 3 ст. 100 ЗК України земельні сервітутні права підлягають обов'язковій державній реєстрації в державному реєстрі земель "у порядку, встановленому для реєстрації прав на земельну ділянку"[7]. Таким чином, можна констатувати, що на рівні Земельного кодексу закріплено модель реєстрації, за якою факт реєстрації є *необхідною* умовою виникнення права на земельну ділянку.

Відмітимо, що реєстрація *прав* на земельні ділянки проводиться у вигляді реєстрації відомостей, отриманих з документів (державних актів на право власності, постійного користування, договорів оренди землі – перелік вичерпний) – ст. 202 ЗК України, у Книзі записів реєстрації державних актів на право власності на землю та на право постійного користування землею, договорів оренди землі. Зазначена книга становить одну частину реєстру земель, а друга частина – це Поземельна книга, яка вміщує всі інші "*відомості про земельну ділянку*"[8]. Оскільки реєстрація земельних сервітутних прав у Книзі записів реєстрації державних актів на право власності на землю та на право постійного користування землею, договорів оренди землі не передбачена, то очевидно відомості про земельні сервітутні права мають вноситися тільки в Поземельну книгу.

Вищевикладені норми ЗК України отримали свою деталізацію в Тимчасовому порядку ведення державного реєстру земель (надалі – Тимчасовий порядок)[9]. Відповідно до даного документа відомості про земельні сервітути відображаються в реєстраційній картці на земельну ділянку, яка підшивається в Поземельну книгу даної земельної ділянки. Зокрема, фіксуються: код виду земельного сервітуту, площа, на яку він поширюється, розмір плати, дата початку дії, закінчення дії сервітуту (або термін дії), відомості про підставу встановлення земельного сервітуту, дата державної реєстрації земельного сервітуту, реєстраційний номер державної реєстрації.

На наш погляд, не зовсім виправданим є нормативне закріплення відмінних порядків реєстрації земельних сервітутних прав та інших прав на земельні ділянки. Це стосується як документів, в яких фіксуються відомості про зареєстровані права (Книга реєстрації – щодо прав власності, користування, оренди земельної ділянки та Поземельна книга – земельних сервітутів), так і процедури внесення відомостей в різні частини реєстру земель. По-перше, згадана Книга реєстрації є документом суворого обліку на відміну від Поземельної книги[10]. По-друге, різниться порядок внесення відомостей до документів реєстрації, порядок зберігання таких документів та отримання відомостей з них зацікавленими особами. По-третє, немає підтвердження практичній потребі саме в такому порядку. По-четверте, норма ст. 100 ЗК України про реєстрацію *права земельного сервітуту* трансформувалась у Тимчасовому порядку у відповідні положення про реєстрацію власне *земельного сервітуту*.

Видається, що викладене перш за все зумовлюється нечітким усвідомленням змісту поняття "земельний сервітут" та його правової сутності. Зокрема, аналізуючи термінологію Тимчасового порядку, бачимо, що даний документ не згадує про *право* земельного сервітуту та розглядає земельний сервітут тільки як обтяження відносно володільця земельної ділянки, на яку встановлюється. Такий підхід дещо спотворює ідеї, закладені в ЗК України. Хоч Земельний кодекс України також невиправдано, на наш погляд, розділяє порядок реєстрації права земельного сервітуту та інших прав на земельні ділянки, у ньому все ж таки йдеться про реєстрацію **права** земельного сервітуту (ст. 100 ЗК України). Право сервітуарія на обмежене користування чужою земельною ділянкою є правом на земельну ділянку подібно до права оренди чи постійного користування.

Виходячи з вищенаведеної характеристики та сутності земельного сервітуту, перш за все вважаємо за доцільне співвіднести зміст понять "земельний сервітут" та "право земельного сервітуту".

Під правом земельного сервітуту, на нашу думку, необхідно розуміти суб'єктивне право особи, уповноваженої на вчинення певних дій відносно обтяженої сервітутом земельної ділянки. Земельним сервітутом є територіально та функціонально визначене обтяження однієї земельної ділянки правом обмеженого часткового використання її благ чи вигод володільцем іншої земельної ділянки, яка позбавлена таких благ та вигод задля ефективного та раціонального використання останньої. Таке тлумачення дозволяє не змішувати ознаки, притаманні земельному сервітутові як правовій категорії, та ознаки, які характеризують суб'єктивне право, що виникає в уповноваженої особи завдяки встановленню земельного сервітуту.

Деякі вчені не розрізняють наведені поняття і вживають їх як синоніми, у зв'язку з чим нівелюється різниця між ними, змішуються ознаки розглядуваних категорій та в цілому розмивається зміст кожного з понять. Отже, неминучим є виникнення проблем у правозастосуванні та в розумінні сутності й наслідків реєстрації права земельного сервітуту. Так, згідно з дефініцією

Класифікатора земель України за цільовим призначенням під сервітутом розуміють "*право* (курсив наш – М.Р.) обмеженого користування чужими земельними ділянками..."[11]. За визначенням Ю.Г.Жарикова "земельний сервітут – це *право* (курсив наш – М.Р.) обмеженого користування однією чи декількома сусідніми земельними ділянками..."[12]. Убачається, що недоцільно змішувати поняття "земельний сервітут" з "правом земельного сервітуту", так само як, наприклад, поняття "власність" і "право власності".

Встановлення земельного сервітуту на земельну ділянку передбачає виникнення права користування чужою земельною ділянкою. Таке право і є, на нашу думку, власне *правом земельного сервітуту* в суб'єктивному розумінні. Тоді як категорія "земельний сервітут" передбачає виникнення не тільки прав, а й обов'язків у відповідних осіб. Уповноваженій особі протистоїть зобов'язана, якою в даному випадку є особа, що володіє земельною ділянкою, на яку встановлюється сервітут. Отже, аналіз категорії "земельний сервітут" включатиме і розгляд обов'язків осіб, що беруть участь у відповідних правовідносинах.

Розглянемо деякі з недоречностей – наслідків нечіткого розуміння сутності права земельного сервітуту, які випливають зі змісту норм Тимчасового порядку.

Тимчасовий порядок передбачає, що в Поземельній книзі фіксується як дата початку дії земельного сервітуту (п. 3.3), так і дата його державної реєстрації (п. 3.4). Відповідно до норми ст. 100 ЗК України право земельного сервітуту виникає після його державної реєстрації. Таким чином, дата реєстрації й буде початком дії земельного сервітуту. Дане положення є імперативним. Очевидно, що земельний сервітут не виникне раніше реєстрації в Поземельній книзі, як і те, що *відразу* після реєстрації укладеного договору чи рішення суду про встановлення земельного сервітуту можна говорити про виникнення права земельного сервітуту.

У законодавстві деяких країн, наприклад, Італії, прямо передбачено можливість встановлення сервітуту з відкладальною умовою. Право обмеженого користування чужою земельною ділянкою виникає тільки після настання такої умови[13].

Відповідно до положень Земельного кодексу України реєстрації підлягає *право* земельного сервітуту; у Тимчасовому порядку йдеться власне про земельний сервітут. Реєстрації майбутніх прав, які на момент реєстрації ще не існують, зазначеними нормативними актами не передбачено. Отже, незрозумілим є виокремлення графи реєстраційної картки Поземельної книги, що фіксує дату початку дії земельного сервітуту, якщо тільки згадана графа не має суто інформаційного та відповідно дублюючого характеру.

Тимчасовий порядок оперує поняттям "земельний сервітут", передбачає його реєстрацію як обмеження, котре встановлюється на земельну ділянку. При цьому, як уже вказувалося, не береться до уваги виникнення суб'єктивного права земельного сервітуту у відповідної особи. Це створює невиправдану прогалину в правовому регулюванні процедури внесення відомостей про встановлюване право до державного реєстру земель.

Так, у цьому нормативному акті не визначені суб'єкти, які мають право ініціювати реєстрацію права земельного сервітуту, відсутній порядок подання ними реєстраторові документів та перелік останніх, випадки та підстави відмови в державній реєстрації та повернення документів на доопрацювання тощо.

Це має практичне значення, адже за аналогією зі встановленою процедурою реєстрації прав власності, користування, оренди такі дії не завжди можуть бути здійснені. Наприклад, оформлення державних актів на право власності, користування передбачає опрацювання технічної документації, яка подається виконавцем робіт реєстраторові (п. 2.2 Тимчасового порядку). При встановленні деяких видів сервітутів (проходу, проїзду наявним шляхом) через укладення договору така документація може бути відсутня взагалі. Тимчасовий порядок також не дозволяє провести аналогію щодо моменту подачі на реєстрацію договору чи рішення суду про встановлені сервітути, оскільки такої процедури щодо державних актів не передбачено.

Слід зазначити, що відсутність чіткого порядку реєстрації земельних сервітутних прав та можливість встановлення його за аналогією з порядком реєстрації інших відомостей в державному реєстрі земель створює ситуацію, за якої ускладнюється здійснення контролю за правильністю проведення реєстрації відповідними особами. Оскарження дій реєстратора в разі затримок, немотивованої відмови в реєстрації тощо також ускладнюється, адже немає норм, на порушення яких можна було б указати.

Тимчасовий порядок чітко не визначає процедури подання реєстраторові для внесення в Поземельну книгу необхідних відомостей про: ідентифікаційний код сервітуарія, площу земельної ділянки в гектарах, на яку поширюватиметься право, розмір плати за встановлення земельного сервітуту тощо.

Процедура реєстрації також не містить вимоги подання реєстраторові договору чи рішення суду про встановлення земельного сервітуту, хоч саме ці документи є підставами виникнення земельного сервітуту за діючим ЗК України.

На відміну від державних актів та договорів оренди землі, на примірниках яких ставиться відмітка про реєстрацію відповідних прав, на документах, якими встановлюється земельний сервітут, такої відмітки не передбачено. Це, по-перше, невиправданий відступ від одноманітного підходу до реєстрації документів, які посвідчують права на земельні ділянки. По-друге, це ускладнює підтвердження факту реєстрації, а отже, чинності земельного сервітуту, наприклад, перед набувачем земельної ділянки, для обслуговування якої встановлюється сервітут, при її відчуженні.

Крім того, не вирішено питання пріоритету між даними Поземельної книги та договору (рішення суду) при виявленні розбіжностей, адже відповідно до ст. 100 ЗК України вже сам факт реєстрації свідчить про виникнення права земельного сервітуту. Законодавство деяких країн закріплює пріоритет за Книгою реєстрації[14]. Відсутність у чинному законодавстві посилання на значення запису в Поземельній книзі може викликати спори, зумовлені незбігом відомостей про сервітутні права в державному реєстрі та відповідних правовстановлюючих документах. З викладеною проблемою пов'язана також відсутність чіткого порядку надання відомостей зацікавленій особі про встановлений земельний сервітут.

Тимчасовий порядок передбачає надання витягів з реєстру земель власнику (користувачеві) земельної ділянки, його спадкоємцям, правонаступникам юридичних осіб, уповноваженим ними особам (п. 13.1.1). Чи потраплятимуть до цього переліку одна або обидві сторони сервітутних правовідносин, адже кожна з них є землевласником чи землекористувачем і може бути зацікавлена в отриманні відомостей про зареєстрований земельний сервітут? Поряд з власниками, користувачами, себто суб'єктами відповідних прав на земельні ділянки, сервітуарій як особа, що має земельне сервітутне право, не згадується. Викладена недоречність має бути усунута.

Національний Університет Державної Податкової Служби України

Законодавець не передбачає доступу до відомостей Поземельної книги для осіб, які не є власниками чи користувачами земельних ділянок. Тоді як правовстановлююче значення реєстрації відомостей про земельні сервітути свідчить, що доступ до інформації про зареєстровані права має бути відкритим для всіх зацікавлених осіб. Тим паче, що розглянуті норми не відповідають положенню ст. 194 ЗК України, яке вказує, що "призначенням державного земельного кадастру є забезпечення необхідною інформацією органів державної влади та органів місцевого самоврядування, *заінтересованих* (підкреслено – М.Р.) підприємств, установ і організацій, а також громадян…"[15].

Вважаємо, що для більшої прозорості системи реєстрації та уникнення спірних ситуацій варто передбачити можливість надання відомостей про наявність зареєстрованих сервітутних прав відносно конкретної земельної ділянки всім зацікавленим особам, а не тільки власникам і користувачам цих земельних ділянок[16].

Фіксація в Поземельній книзі деяких суттєвих умов угоди про встановлення земельного сервітуту (дати початку і закінчення дії, розміру плати, виду сервітуту, площі його поширення, відомостей про підставу встановлення), що передбачено Тимчасовим порядком, очевидно має на меті облік реального стану та умов обтяження земельної ділянки. Отже, виникає питання процедури внесення змін до реєстру земель, якщо мало місце продовження терміну дії земельного сервітуту, зміна розміру плати, площі дії земельного сервітуту чи інших перерахованих вище умов.

Очевидно, що сторони сервітутних правовідносин мають повідомити про такі зміни реєстратора державного реєстру для внесення відповідних коректив до реєстраційної картки земельної ділянки в Поземельній книзі. Інакше сам факт існування відповідних граф у реєстраційній картці втрачає сенс – на певний момент часу відомості можуть виявитися неправдивими (застарілими). Це стосується і кадастрового плану земельної ділянки, який графічно відображає межі дії земельного сервітуту[17], і при зміні яких відповідно підлягатиме коригуванню.

Тимчасовий порядок не визначає суб'єктів ініціювання та процедури внесення змін до наведених документів державного реєстру земель, як і відповідальності за неповідомлення реєстратора про такі зміни. На нашу думку, підстави та процедура внесення змін до державного реєстру земель, котрі стосуються права земельного сервітуту, мають бути чітко визначені. Інакше порушується вимога Земельного кодексу України щодо завдань, поставлених перед державним земельним кадастром. Адже такими завданнями, зокрема, є: "забезпечення *повноти* відомостей про всі земельні ділянки" та "запровадження єдиної системи земельно-кадастрової інформації *та її достовірності*" (підкреслено – М. Р.)[18].

Стаття 102 ЗК України не передбачає внесення змін до державного реєстру земель як необхідну умову припинення земельного сервітуту. Тимчасовий порядок взагалі не містить ні процедури, ні власне можливості внесення відомостей про припинення земельного сервітуту до відповідних граф реєстраційної картки земельної ділянки в Поземельній книзі. Це стосується й інших прав на земельні ділянки, які реєструються в Книзі реєстрації державних актів на право власності на землю, постійного користування землею, договорів оренди землі.

Отже, діюче законодавство не ставить припинення права земельного сервітуту в пряму залежність від внесення змін про припинення права до державного реєстру земель. Слід також зазначити, що ст. 193 ЗК України, фіксуючи призначення державного земельного кадастру, указує, що "державний земельний кадастр – це єдина державна система земельно-кадастрових робіт, яка встановлює процедуру визнання факту *виникнення або припинення* права власності і права користування земельними ділянками…"[19] (підкреслено – М.Р.). Таким чином, є підстави стверджувати, що в Земельному кодексі закладена можливість зміни чи припинення права на земельну ділянку з фактом реєстрації, якщо це буде прямо передбачено нормами закону[20]. Отже, вона має бути реалізована.

Практика країн, котрі пов'язують виникнення земельних сервітутних прав з державною реєстрацією, переважно йде одним із двох шляхів. Перший полягає в бажаній чи обов'язковій реєстрації зміни та припинення права земельного сервітуту, з якою імперативно не пов'язується чинність таких змін. Реєстрація підтверджує існування прав при виникненні спірних ситуацій[21].

Другий шлях – зміни в праві земельного сервітуту, у тому числі ті, що стосуються його припинення, набувають юридичного значення тільки після обов'язкового внесення відповідних змін до реєстраційних документів[22]. Вважаємо, що український законодавець має обрати один із запропонованих варіантів, якщо всі принципові моменти та необхідні процедури відповідної моделі будуть несуперечливо та вичерпно врегульовані на законодавчому рівні та в підзаконних нормативних актах, прийнятих на виконання норм закону.

Підсумовуючи викладене, відмітимо, що відсутність на сьогодні чіткої регламентації процедури реєстрації сервітутних прав на земельні ділянки не дозволяє уникнути розглянутих проблем, що стосуються земельних сервітутів. У цілому ж відбитий в ЗК України підхід імперативного зв'язку часу виникнення земельного сервітуту з його обов'язковою реєстрацією є найбільш прийнятним для України[23].

Логічним вирішенням порушених у статті питань, безумовно, може стати прийняття закону України "Про державний земельний кадастр", якщо в ньому буде вичерпно врегульована процедура реєстрації права земельного сервітуту, визначено момент зміни та припинення земельного сервітуту у зв'язку з реєстрацією внесених змін до реєстру, розставлено пріоритети між Поземельною книгою та правовстановлюючими документами на випадок виявлення розбіжностей, врегульовано порядок ознайомлення з відомостями про зареєстровані сервітутні права, визначено відповідальність у сфері реєстрації земельних сервітутних прав тощо[24].

[1] Урядовий кур'єр. – 2001. – 15 листоп. [2] Див.: *Гринько С.В.* Правові аспекти реєстрації прав на земельні ділянки: Дис. … канд. юрид. наук. – К., 2003. – С.56, 110-111; *Гуревський В.К.* Поняття та види земельних сервітутів // Земельне право України / За ред. О.О.Погрібного, І.І.Каракаша – К., 2003. – С.116-117; *Кулинич П.* Что такое земельный сервитут? // Юрид. практика. – 2003. – № 24. – С.11; *Шульга М.В.* Правовий режим земель населених пунктів // Земельне право / За ред. В.І.Семчика, П.Ф.Кулинича. – К., 2001. – С.322-323. [3] Гражданский кодекс Квебека. – М., 1999. – С.426. [4] Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. – М., 1999. – С.264. [5] Див.: *Ельяшевичъ В.Б.* Очеркъ развитія формъ поземельнаго оборота на западѣ. – СПб., 1913. – С.69. [6] Обов'язковість реєстрації передбачена також в КНР (Ст. 258 ГК КНР. Див.: Гражданский кодекс китайской народной республики. – М., 1948. – С.197), Естонії (Див.: ст. 173 Закону "О вещном праве" от 9 июня 1993 р. // Правовые акты Эстонии. – 1999. – № 57. – Ст. 509), Угорщині, Чехії, Німеччині (Див.: Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. – М., 1999. – С.250, 254, 260.) та інших країнах. [7] Урядовий кур'єр. – 2001. – 15 листоп. [8] П. Б) ч. 2 ст. 202 ЗК України // Там само. [9] Тимчасовий порядок ведення державного реєстру земель, затверджений наказом Державного комітету України по земельних ресурсах від 2 липня 2003 р. № 174 // Поточний архів Держкомзему за 2003 р. [10] П. 1.2. Тимчасового порядку ведення державного реєстру земель, затвердженого наказом Державного комітету України по земельних ресурсах від 2 липня 2003 р. № 174 // Поточний архів Держкомзему за 2003 р. [11] *Третяк А.М.* Класифікатор земель України за цільовим призначенням. – К., 2000. – С.8. [12] *Жариков Ю.Г.* Правовое регулирование земельных отношений // Право и экономика. – 1997. – № 15-16. – С.92. [13] Основные институты гражданского права

зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. – М., 1999. – С.278. [14] Наприклад, у Німеччині книга реєстрації є публічно достовірною, тобто правильною та повною для всіх добросовісних осіб. Відповідно, усе, що не випливає із запису в книзі реєстрації – не існує. Див.: *Жалинский А., Рёрихт А.* Введение в немецкое право. – М., 2001. – С.424. Викладене стосується також Естонії (Див.: ст. 56 Закону "О вещном праве" // Правовые акти Эстонии. – 1999. – №57. – Ст. 509), а також деяких держав, де застосовується система Торенса: Колумбії, Нової Зеландії, островів Фіджи, Сінгапуру, Тунісу, Алжиру тощо. (Див.: Ельяшевичъ В. Б. Очеркъ развитія формъ поземельнаго оборота на западѣ.- СПб., 1913.- С. 69. [15] Урядовий кур'єр. – 2001. – 15 листоп. [16] Викладена пропозиція в контексті доступу до земельно-кадастрової інформації також висловлювалася В.В.Носіком. Див.: Носік В.В. Земельно-кадастрова інформація: правові аспекти доступу // Вісн. Київ. ун-ту. Юрид. науки. – 2003. – № 49. – С.89. [17] Еталон проекту відведення земельної ділянки юридичним та фізичним особам для будь-яких потреб. – К., 1999. – С.47. [18] П. А), В) ст. 195 ЗК України // Урядовий кур'єр. – 2001. – 15 листоп. [19] Там само. [20] Щодо необхідності реєстрації припинення права земельного сервітуту висловлювався В.К.Гуревський, хоч і аргументував свою точку зору інакше. Див.: *Гуревський В.К.* Поняття та види земельних сервітутів // Земельне право України / За ред. О.О.Погрібного, І.І.Каракаша. – К., 2003. – С.116. [21] До країн з такою системою належать, зокрема, Японія, Болгарія. Див.: *Вагацума С., Ариидзуми Т.* Гражданское право Японии. – М.,1983. – В 2 кн. – Кн. 1. – С.167-169; Гражданское законодательство народной республики Болгария / Под ред. Д.М.Генкина. – М., 1952. – С.30. [22] Зазначена модель застосовується в КНР, Естонії, Німеччині тощо. Див.: Гражданский кодекс Китайской народной республики. – М., 1948. – С.197; Закон "О крепостной книге" // Правовые акты Эстонии. – 1999. – № 59. – Ст.511; Германское право. Ч. 1. Гражданское уложение; Пер. с нем. / Сер. Соврем. зарубеж. и междунар. частное право. – М., 1996. – С.200-205. [23] Аналогічної позиції дотримуються й інші дослідники цього питання. Див.: *Гринько С.В.* Правові аспекти реєстрації прав на земельні ділянки: Дис. … канд. юрид. наук. – К., 2003. – С.65. [24] На жаль, текст законопроекту "Про державний земельний кадастр", який сьогодні внесений на розгляд Верховної Ради України, не дає відповіді на більшість з порушених питань. Див.: Про державний земельний кадастр: Проект закону України, зареєстрований 17 квітня 2003 р. № 2613-1.

Надійшла до редколегії 22.05.03

Н.О.Давидова, асп.

ПРИНЦИПИ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ

Розглядаються принципи цивільно-правового регулювання суспільних відносин у сфері особистих немайнових прав фізичної особи згідно з новим Цивільним кодексом України.

The article deals with principals of civil regulation in the sphere of unproperty rights in accordance with new Civil Code of Ukraine.

Створення правової держави (ст. 1 Конституції України) та проголошення напряму на громадянське суспільство сприяло тому, що сьогодні все більше уваги приділяється людині та її особистому життю. Аналіз особистих немайнових прав має важливе значення для науки, законодавства і практики для більш повного захисту прав людини, розвитку її індивідуальності.

Необхідною умовою правильного розуміння проблем особистих немайнових прав і застосування правових норм, що регулюють особисті немайнові суспільні відносини, є побудова всього вчення на єдиних спільних принципах. Незважаючи на те, що цивільно-правову природу особистих немайнових прав досліджувало чимало науковців, серед яких можна назвати С.М.Братуся, О.В.Дзеру, О.С.Йоффе, М.Д.Єгорова, О.В.Кохановську, О.О.Красавчикова, Л.О.Красавчикову, Н.С.Кузнєцову, М.С.Малеїна, М.М.Малеїну, З.В.Ромовську, Р.О.Стефанчука, питання принципів особистих немайнових прав детально не висвітлювалося в жодній роботі. Стан наукових цивілістичних розробок свідчить про те, що в юридичній літературі не зверталася увага на принципи особистих немайнових прав, але відносно поняття принципів цивільного права та його конкретних інститутів існує чимало розробок.

У цивілістичній літературі існує безліч визначень поняття "принцип". Воно походить від лат. principium, що в перекладі означає "основне, вихідне положення"[1]. Це керівні начала цивільно-правового регулювання суспільних відносин, які пронизують усе цивільне законодавство, відображаючи його найсуттєвіші риси[2]. Принципи будь-якої галузі права становлять основу для уніфікованого розвитку її правових інститутів з метою загальнообов'язкового керівництва при реалізації конкретних суб'єктивних прав. Лише згідно з принципами має розвиватися та вдосконалюватися правове регулювання суспільних відносин, оскільки саме вони виражають сутність права, його соціальну природу. Бажано, щоб ці вихідні начала були закріплені в законі, а не лише в наукових розробках. Разом з тим слід пам'ятати, що принципи не створюються законодавцями, а виявляються і закріплюються в законі. Той факт, що ЦК УРСР не містив нормативно закріплених принципів, не може бути підставою для висновку, що цивільне право протягом періоду з 1964 р. по 2003 р. існувало та розвивалося без відправних ідей, вихідних начал. Отже, хибною є та позиція, згідно з якою правовий принцип ототожнюється з нормою права. До певної міри можна стверджувати, що "правові принципи і норми права відповідно виражають "дух" і "букву" закону"[3]. Правова норма містить офіційне, формально визначене загальнообов'язкове правило поведінки, що встановлюється або санкціонується державою. Аналіз законодавчої бази України свідчить про наявність процесу її зміни, що постійно триває. З іншого боку, правовий принцип характеризується відносною стабільністю, за його допомогою визначаються соціальна природа і характер тлумачення та застосування правової норми. Один правовий принцип може пронизувати численні правові норми, що належать навіть до різних інститутів та галузей системи права. Якщо під правовим принципом розуміти об'єктивні закономірності розвитку права, то можна дійти висновку, що відносно стала система принципів, розроблена правовою наукою та підтверджена суспільною практикою, є основою для побудови системи правових норм. Не слід забувати, що залежність правових норм та правових принципів є взаємною: сутність правових принципів знаходить своє відображення в правовій нормі, а правова норма формулюється відповідно до правового принципу. Жоден інститут, підгалузь або галузь права не можуть бути належним чином створені, якщо законодавець не буде дотримуватися у своїй роботі існуючих правових принципів. Керівний характер правових принципів виражається в тому, що вони є втіленням основних ідей в галузі правового регулювання суспільних відносин. В іншому випадку результатом такої роботи буде штучно створена конструкція, непридатна для досягнення мети ефективного врегулювання суспільних відносин.

У сучасному ЦК України загальні засади цивільного законодавства перелічені в ст. 3: неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; свобода договору; свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність. Наведені принципи можна назвати загальними принципами цивільного права. Вони є

© Н.О.Давидова, 2004

внутрішніми регуляторами, спрямованими на забезпечення певного правового результату. Для кожного інституту (підгалузі) цивільного права, таких як право власності, договірне право, особисті немайнові права, право інтелектуальної власності, спадкове право має бути розроблена система спеціальних принципів. Глава 20 "Загальні положення про особисті немайнові права фізичної особи" не містить жодного уточнення з приводу принципів. Ми не пропонуємо внести до ЦК України 2003 р. окрему статтю, яка була б присвячена принципам (загальним засадам) особистих немайнових прав, але це не позбавляє актуальності теоретичні розробки з цього питанню.

Серед загальних засад цивільного законодавства, закріплених у ст. 3 нового ЦК України, пряме відношення до досліджуваної проблематики має лише перший принцип – неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини. Не можна не помітити, що він стосується лише особистих немайнових прав, що забезпечують соціальне буття фізичної особи. Разом з тим, треба виробити засади побудови системи всіх особистих немайнових прав, що були б спільними для тих прав, що забезпечують природне існування та соціальне буття фізичної особи.

Ми вважаємо, що до таких спеціальних принципів можна віднести:

принцип недоторканності особистих немайнових прав;

принцип максимального сприяння державою охороні особистих немайнових прав;

принцип забезпечення правової захищеності особистих немайнових прав;

принцип реального здійснення особистих немайнових прав;

принцип добросовісності дотримання меж здійснення особистих немайнових прав.

Наведені принципи слід розглядати та досліджувати у взаємопов'язаній системі. Кожен принцип відіграє в ній самостійну роль, але він взаємодіє з іншими принципами системи й існувати окремо від них не може. Наприклад, принцип максимального сприяння державою охороні особистих немайнових прав нерозривно пов'язаний з принципом забезпечення правової захищеності особистих немайнових прав. З іншого боку, принцип реального здійснення особистих немайнових прав не може існувати без принципу добросовісності дотримання меж здійснення особистих немайнових прав.

Для дослідження проблематики правових принципів не достатньо їх перелічити. Кожен з наведених принципів потребує розкриття змісту, конкретизації та уточнення. При цьому необхідно показати ті суспільні закономірності, що лежать в його основі.

Принцип недоторканності особистих немайнових прав має ширший зміст, ніж принцип, закріплений в п. 1 ст. 3 нового ЦК України – неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини, бо недоторканність особистого немайнового права можна порушити іншим шляхом, аніж незаконним втручанням у сферу особистого життя. Зміст наведеного принципу полягає в абсолютній непорушності особистих немайнових прав. Юридична природа цих прав характеризується тим, що реалізація їх передбачає обов'язок усіх третіх осіб утримуватися від їх порушень. Досліджуваний принцип тісно пов'язаний з такою ознакою, як загальнорегулятивний характер особистих немайнових прав, оскільки коло зобов'язаних осіб в обох випадках є необмеженим. У той же час, ознака загальнорегулятивності є ширшою за змістом, ніж принцип недоторканності.

Можна стверджувати, що наступні два принципи (принцип максимального сприяння державою охороні особистих немайнових прав та принцип забезпечення правової захищеності особистих немайнових прав) є відтворенням проблеми співвідношення понять охорони та захисту. Її сутність полягає в тому, що охорона є ширшим поняттям порівняно з правовим захистом, і останнє може охоплюватися першим. Увагу слід звернути саме на можливість такого охоплення, а не на його обов'язковість. "Охорона – це встановлення загального правового режиму, а Під охороною права розуміють заходи, спрямовані на розвиток цивільних захист – заходів, що застосовуються, коли необхідно поновлення чи визнання…прав і захист інтересів"[4]. прав в їх непорушному вигляді, відновлення порушених чи оспорюваних прав та інтересів, попередження порушень прав та обов'язків, на усунення причин, що їх породжують. Охорона в такому широкому розумінні сприяє процесу реалізації прав і охоплює поняття захисту. З іншого боку, розглядаючи правову категорію охорони у вузькому розумінні, її слід ототожнювати із захистом. Захистом є примусовий спосіб здійснення права, яке попередньо було порушено. Думається, що правий В.О.Тархов, який відмічає, що "Охорона кожного права існує постійно та має на меті забезпечити його існування, не допустити його порушення. Звернутися до захисту необхідність виникає лише при порушені права, його оспорюванні чи погрозі порушення"[5].

Принцип максимального сприяння державою охороні особистих немайнових прав полягає в тому, що держава зобов'язана створювати умови, щоб кожна особа могла в рамках існуючого правового поля самостійно реалізувати та при потребі захистити свої особисті немайнові права і законні інтереси. Одним із прикладів нормативного підґрунтя цього принципу може бути ч. 3 ст. 49 Конституції України: держава створює умови для ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування. З погляду публічно-правової охорони цих прав на перший план виступає обов'язок держави утримуватися від вчинення певних дій, тобто не втручатися в особисту сферу кожної людини, яка знаходиться поза рамками зобов'язань перед державою. З іншого боку, "держава бере на себе обов'язки в необхідних випадках своїми позитивними діями забезпечити захист особистих свобод громадян від протиправних посягань з боку окремих органів держави, посадових осіб, громадян"[6].

Принцип забезпеченості правової захищеності особистих немайнових прав полягає в здійсненні активних дій, спрямованих на захист порушених особистих немайнових прав у порядку, передбаченому законом. Слід розрізняти форми і способи захисту. Захист відбувається у двох формах, які традиційно називають: юрисдикційна і неюрисдикційна[7]. Юрисдикційна форма передбачає діяльність уповноважених державою органів по захисту порушених або оспорюваних суб'єктивних прав. Питому вагу в цій формі захисту посідає судова форма захисту, тобто звернена до суду вимога заінтересованої особи про захист порушеного права і охоронюваного законом інтересу. Кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого або майнового права та інтересу (ч. 1 ст. 16 нового ЦК України). Ми вважаємо, що захист порушеного права може відбуватися в два способи: 1) судовому і 2) позасудовому (самозахист та захист іншими особами). Особа має право на самозахист свого цивільного права та права іншої особи від порушень і протиправних посягань (ч. 1 ст. 19 нового ЦК України). Питання самозахисту на сучасному етапі стали вельми актуальними серед науковців-правознавців[8]. Поряд із самозахистом позасудовий захист може здійснюватися іншими особами: батьками, опікунами, піклувальниками. З норми

ч. 3 ст. 284 нового ЦК України можна зробити висновок, що надання медичної допомоги фізичній особі, яка не досягла чотирнадцяти років, провадиться без її згоди, за згодою батьків (опікунів, піклувальників). З іншого боку, батьки зобов'язані піклуватися про здоров'я дитини, її фізичний, духовний та моральний розвиток (ч. 2 ст. 150 Сімейного кодексу України). Отже, випадок надання згоди батьків на проведення необхідної для дитини операції є позасудовим способом захисту права цієї дитини на здоров'я.

Серед інших осіб, що здійснюють захист особистих немайнових прав, слід окремо виділити державу в особі органів соціального забезпечення, правоохоронних органів, органів прокуратури. Наприклад, принесення протесту, внесення припису або подання прокурором (ст. 21–23 Закону України "Про прокуратуру"[9]) є формами захисту прав громадян, у тому числі особистих немайнових прав.

Щодо способів захисту особистих немайнових прав, то вони нормативно закріплені в ч. 2 ст. 16 ЦК України 2003 р.

Принцип реального здійснення особистих немайнових прав означає, що держава не лише закріплює в законі певні права, але й забезпечує їх реальне здійснення. Будь-яке суб'єктивне право являє собою соціальну цінність лише в тому випадку, коли уповноважений суб'єкт має можливість його здійснити, тобто скористатися наданою можливістю задоволення духовних, нематеріальних потреб. В іншому випадку надане суб'єктивне право є фікцією, проголошеною в законі. При дослідженні даного правового принципу у сфері зобов'язального права слід зазначити, що опосередковано він закріплений нормативно в ст. 622 нового ЦК України. Встановлення норми, згідно з якою боржник, який сплатив неустойку і відшкодував збитки, завдані порушенням зобов'язання, не звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі, є суттєвою гарантією реального здійснення цивільних прав.

Реальність здійснення майнових та особистих немайнових прав забезпечується юридичними чинниками (факторами), які проявляють себе в нормативно закріплених способах захисту цивільних прав. З іншого боку, суб'єктивне право за своїм змістом та свобода його реалізації, що надається законом, не можуть бути безмежними. Поряд з гарантією реальності прав фізичної особи закон покликаний також гарантувати правовий захист інших суб'єктів – фізичних та юридичних осіб, держави, інтереси яких можуть бути порушені при реалізації права уповноваженою особою. З наведеного положення логічно випливає наступний правовий принцип особистих немайнових прав.

Принцип добросовісності дотримання меж здійснення особистих немайнових прав тісно пов'язаний з поняттям зловживання правом. Згідно із загальним принципом, той, хто має будь-яке право, може його здійснити, незважаючи на те, що в результаті його здійснення може виникнути шкода для іншого[10]. Однак можливі випадки, коли особа здійснює своє право без мети задоволення власних інтересів, а з метою нанесення шкоди зобов'язаній особі або третій особі. Наприклад, право повнолітньої дієздатної фізичної особи на донорство крові та її компонентів (ч. 1 ст. 290 ЦК України 2003 р.) може порушити право іншої особи – реципієнта на здоров'я у випадку, коли донор, усвідомлюючи наявність у нього небезпечної хвороби, надавав свою кров для переливання третій особі. Про зловживання правом може йтися тоді, коли правоможна особа, яка діє в межах належного їй суб'єктивного права, ..., використовує такі форми його реалізації, які виходять за встановлені законом межі здійснення права[11].

Положення про заборону зловживання правом (або шикану) відображено в ст. 13 ЦК України 2003 р. При здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині (ч. 2 ст. 13 ЦК України 2003 р.) Не допускаються дії особи, що вчинюються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах (ч. 3 ст. 13 ЦК України 2003 р.). Обов'язок кожного не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей, що закріплений в ст. 68 Конституції України, теж є формою заборони зловживанням своїм правом. У даній ситуації має місце конкуренція між інтересами правоможної особи та інтересами третіх осіб, суспільства в цілому. Саме для розв'язання конфлікту інтересів законодавець обмежив певним рамками можливість здійснення прав у тій сфері, де поєднуються та протиставляються інтереси двох чи більше суб'єктів. Досліджуваний правовий принцип не може бути визнаний таким, що обмежує право, оскільки він є вираженням існування рівності людей. Згідно з ч. 2 ст. 24 Конституції України не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. Принцип добросовісності дотримання меж здійснення особистих немайнових прав може бути названий принципом гармонійного поєднання суспільних та особистих інтересів. Закон, встановлюючи межі, відмічає, де закінчуються можливості індивідуальної свободи і де починається сфера інтересів третіх осіб, суспільні інтереси. У рамках юридичних меж свободи кожен може поводити себе на свій розсуд. Встановлення меж індивідуальної свободи – це свого роду позитивний зміст суб'єктивного особистого немайнового права[12].

Проаналізувавши загальнотеоретичні підходи до розуміння категорії "правовий принцип", можна зробити висновок, що для інституту особистих немайнових прав характерні такі спеціальні принцип, як принцип недоторканності особистих немайнових прав; принцип максимального сприяння державою охороні особистих немайнових прав; принцип забезпечення правової захищеності особистих немайнових прав; принцип реального здійснення особистих немайнових прав; принцип добросовісності дотримання меж здійснення особистих немайнових прав.

Перспективи подальших досліджень полягають у розробці нових принципів та вдосконаленні суті запропонованих автором.

[1] Словарь иностранных слов. – М., 1941. –- С.528. [2] Гражданское право / Под ред. А.П.Сергеева, Ю.К.Толстого. – М., 1998. – Ч. І. – С.16. [3] *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. – М., 2001. – С.217 (Классика российской цивилистики). [4] *Дробышевская Т.В.* Личные неимущественные права граждан и их гражданско-правовая защита. – Красноярск, 2001. – С.53. [5] *Тархов В.А.* Гражданское право. Общая часть. – Чебоксары, 1997. [6] Конституционный статус личности в СССР. – М., 1980. – С.176-177. [7] *Дробышевская Т.В.* Личные неимущественные права граждан и их гражданско-правовая защита. – Красноярск, 2001. – С.55; Гражданское право / Под ред. А.П.Сергеева, Ю.К.Толстого... – С.282. [8] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской федерации, ч. I / Отв. ред. О.Н.Садиков. – М., 1997. – С.35; *Гориславський К.О.* Право людини та громадянина на самозахист життя і здоров'я від протиправних посягань: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – с.17; *Свердлык Г.А., Страунинг Э.Л.* Понятие и юридическая природа самозащиты гражданских прав // Государство и право. – 1998. – № 5. [9] Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 53. – Ст.793. [10] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. – М., 2001. – С.113 (Классика российской цивилистики). [11] *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. – М., 2001. (Классика российской цивилистики); [12] *Красавчикова Л.О.* Понятие и система личных, не связаных с имущественными прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации: Дис. … д-ра. юрид. наук. – Екатеринбург, 1994. – С.62.

Надійшла до редколегії 17.04.03

Н.Л.Бондаренко, асп.

ЗАВДАННЯ СТАДІЇ ПІДГОТОВКИ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ ДО СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ

Розглядаються стадії підготовки цивільних справ досудового розгляду. Аналізуються різні характеристики завдань стадій.

This article deals with the tasks of preparation stage in the civil procedure. The author different characteristics of tasks of the stage are analyzed.

Після прийняття суддею позовної заяви та порушення цивільної справи починається підготовка справи до судового розгляду – обов'язкова стадія цивільного процесу. Дана стадія охоплює сукупність процесуальних дій учасників процесу, спрямованих на досягнення єдиної мети – забезпечення правильного та своєчасного розгляду і вирішення конкретної цивільної справи[1]. Мета є загальним орієнтиром, на який зорієнтована процесуальна діяльність усіх учасників процесу на тому чи іншому етапі розгляду та вирішення цивільної справи. Саме від досягнення останньої багато в чому залежить ефективність подальшого руху справи в провадженні та постановлення у справі законного та обґрунтованого рішення.

Засобом досягнення мети будь-якої процесуальної стадії є виконання комплексу специфічних завдань, що визначають основні напрями діяльності учасників процесу. Правильне уявлення про завдання кожної процесуальної стадії як окремого етапу цивільного процесу має вирішальне значення для визначення конкретного обсягу необхідних у справі підготовчих дій, функціональних напрямів діяльності учасників процесу, реалізації їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків і сприяє якнайшвидшому досягненню процесуальної мети стадії.

Проте на сьогоднішній день чинним цивільним процесуальним законодавством завдання стадії підготовки цивільних справ до судового розгляду не врегульовано. Так, чинний ЦПК України не містить переліку завдань стадії підготовки цивільних справ до судового розгляду. Глава 18 закріплює лише процесуальні дії судді на даній стадії[2]. При цьому залишаються неврегульованими процесуальний порядок проведення підготовки, зміст процесуальних дій інших учасників процесу (крім судді), та багато інших питань. Єдина згадка про завдання стадії підготовки міститься в п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України "Про підготовку цивільних справ до судового розгляду" № 1 від 5 березня 1977 р., проте фактично тут завданням названо мету даної стадії[3].

Таким чином, в умовах розробки та прийняття нового цивільного процесуального законодавства виникла об'єктивна необхідність у теоретичному дослідженні проблем підготовки цивільних справ до судового розгляду, зокрема у визначенні та законодавчому закріпленні завдань стадії підготовки цивільних справ до судового розгляду.

Проблеми підготовки цивільних справ до судового розгляду в різний час досліджувалися Е.С.Шумейко, Г.О.Світличною, В.К.Пучинским, М.К.Треушніковим Б.Н.Лапіним, І.С.Ярошенком та іншими науковцями. Майже всі автори приділяли тією чи іншою мірою увагу визначенню завдань даної стадії, проте в більшості праць дане питання розглядається недостатньо глибоко, відсутня єдність в розумінні як сутності, так і змісту, послідовності виконання завдань стадії підготовки цивільних справ до судового розгляду.

Так, основними завданнями стадії підготовки цивільних справ до судового розгляду Б.Н.Лапін називає: 1) правильне визначення предмета судової діяльності та кола осіб, що беруть участь у справі; 2) створення умов для реалізації кожним суб'єктом його процесуальних прав та обов'язків; 3) витребування доказового матеріалу[4].

На думку Г.О.Світличної, завдання стадії підготовки справи до судового розгляду полягають у визначенні: 1) предмета доказування; 2) кола необхідних доказів та способів забезпечення своєчасного формування доказового матеріалу; 3) складу учасників процесу, їхнього процесуального становища та способів забезпечення своєчасної явки цих суб'єктів в судове засідання; 4) підготовчих дій, здійснення яких зумовлено специфікою процесуального регулювання деяких категорій справ[5]. Якименко О., крім вищевказаних, до завдань стадії підготовки цивільних справ до судового розгляду відносить призначення справи до судового розгляду, повідомлення та виклики[6].

Е.С.Шумейко вважає, що мета підготовки досягається шляхом виконання таких завдань, як: 1) уточнення обставин, що мають значення для правильного вирішення справи; 2) визначення правовідносин сторін та закону, яким слід керуватися; 3) вирішення питання про склад осіб, які беруть участь у справі; 4) визначення доказів, які кожна із сторін повинна надати в обґрунтування своїх вимог[7].

Виходячи з того, що завдання є процесуальними засобами досягнення процесуальної мети, сутність їх безпосередньо залежить від сутності процесуальної мети. Таким чином, завданнями даної стадії мають бути такі орієнтири, досягнення яких призведе до правильного (законного і обґрунтованого) та своєчасного (з дотриманням установлених строків) розгляду та вирішення цивільної справи.

Правильність розгляду та вирішення справи в першу чергу залежить від правильності визначення предмета доказування, тобто встановлення кола обставин, що мають значення для правильного вирішення справи. Якщо судом предмет доказування визначається неправильно, тоді при розгляді справи судом аналізуються обставини, які не мають значення для справи, що призводить до плутанини, ускладнення процесу та численних відкладань судового засідання.

У момент порушення будь-якої цивільної справи знання судді про фактичні обставини спірних правовідносин існують у вірогідній формі як припущення, яке базується на інформації, що міститься в позовній заяві, заяві, скарзі (далі – позовній заяві), або на тих відомостях, що повідомила особа, яка бере участь у справі, наприклад, у запереченні на позов.

Таким чином, предмет доказування визначається змістом позовних вимог та заперечень сторін. Проте цим предмет доказування не вичерпується, адже іноді сторони можуть помилятися та вказувати обставини, які не мають значення для правильного вирішення справи, або не вказувати юридично значущі обставини. У такому випадку слід керуватися нормою права, що регулює спірні правовідносини сторін. Тобто для визначення предмета доказування потрібно попередньо визначити характер правовідносин сторін та закон, яким слід керуватися при вирішенні спору. Таким чином, ще одним завданням стадії підготовки цивільних справ до судового розгляду є визначення характеру спірних правовідносин та норми права, яка підлягає застосуванню.

© Н.Л.Бондаренко, 2004

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Слід відмітити, що обидва зазначені завдання тісно взаємопов'язані, адже без визначення обставин, що входять до предмета доказування, неможливо визначити характер правовідносин та норму права, що підлягає застосуванню. А на підставі норми права суддя вже в стадії підготовки даної справи до розгляду може зробити відносно точні висновки щодо того, які обставини мають бути визначені при розгляді даної справи. Саме тому дані завдання не можуть виконуватись окремо одне від одного і визначити пріоритетність одного над іншим вбачається неможливим.

Тобто на початку проведення підготовки в конкретній цивільній справі суддя оперує тільки даними, отриманими з позовної заяви (заяви, скарги) та доданих до неї матеріалів. Зіставляючи їх, враховуючи власний професійний досвід, він може зробити попередні висновки щодо характеру спірних правовідносин, що склалися між сторонами і, відповідно визначити норму права, яка регулює дані спірні правовідносини. У той же час, на підставі норми права суддя може визначити, які ще обставини (крім зазначених в позовній заяві та/або запереченні) мають значення для справи.

Правильна кваліфікація спірних матеріальних правовідносин дозволяє не тільки встановити предмет доказування, але й визначити їх суб'єктний склад та обсяг суб'єктивних прав та обов'язків кожного з учасників.

Вирішення даного питання вже в стадії підготовки цивільних справ до судового розгляду має виключне значення для здійснення правосуддя в цивільних справах, адже саме учасники впливають на хід процесу та межі здійснення правосуддя. Так, наприклад, саме позивач визначає, в яких межах його права потребують захисту, і вказує в позовній заяві інформацію (підстави позову), на основі якої суд встановлює предмет доказування у справі; відповідач також може впливати на хід процесу, визнавши чи заперечивши позов. Крім того, залежно від можливостей інших учасників процесу суд визначає час і місце розгляду справи. Правильне визначення складу учасників процесу в конкретній цивільній справі є гарантією захисту прав останніх, адже: по-перше, у вищевказаних осіб є можливість підготуватися до захисту своїх прав та законних інтересів у суді; по-друге, суд має створити умови для реалізації учасниками їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків (повідомити учасникам процесу про час і місце розгляду справи, забезпечити явку останніх, роз'яснити сторонам та іншим учасникам процесу їхні процесуальні права та обов'язки, сприяти за клопотанням сторін у випробовуванні доказів, забезпеченні позову тощо).

Помилки при вирішенні питання про склад учасників процесу, допущені суддею при підготовці конкретної справи до судового розгляду, можуть призвести до постановлення незаконного рішення.

Способом пізнання фактичних обставин справи виступає судове доказування, тобто фактичні обставини справи підтверджуються за допомогою доказів, які виявляються, витребовуються, досліджуються та оцінюються відповідно до норм процесуального права. Тому невипадково більшість науковців ще одним завданням стадії підготовки цивільних справ до судового розгляду називають *визначення кола доказів, необхідних у справі, та забезпечення їх надання.*

Тому обов'язковою передумовою зібрання всіх необхідних доказів у справі є правильне визначення суддею предмета доказування. Таким чином, предмет доказування є критерієм належності доказів, у свою чергу, докази підтверджують достовірність даних обставин. В основі цього правила лежить об'єктивний зв'язок між доказами та юридичними фактами, що підлягають доказуванню[6]. Так наприклад, у деяких випадках складність встановлення фактичних обставин справи зумовлена важкістю (складністю) витребування та надання сторонами необхідних доказів, що підтверджують або заперечують ті чи інші обставини, які мають значення для правильного визначення справи.

Слід зауважити, що постановлення у справі рішення, навіть якщо воно прийнято у повній відповідності до чинного законодавства (з дотриманням вимог процесуальної форми і відповідно до фактичних обставин справи), не завжди є гарантією досягнення мети правосуддя та вирішення конфлікту між сторонами. Адже у сторін протилежні інтереси у справі, і якщо рішення постановлено на користь однієї із сторін, воно не відповідає інтересам іншої. Саме тому мають місце непоодинокі випадки відмови сторони, що програла справу, добровільно виконувати судове рішення.

Найефективнішим, з позиції ліквідації правового конфлікту в цілому, є вирішення спору на основі досягнення конфліктуючими сторонами компромісу (взаємної згоди) щодо вибору такого способу вирішення спору, який би, по можливості, задовольнив інтереси всіх учасників спірних правовідносин, тобто шляхом примирення сторін (укладення мирової угоди).

Вирішення спору таким чином (якщо це не суперечить закону та не порушує права інших осіб) є найефективнішим способом врегулювання такого роду конфліктів, особливо коли останні виникають між близькими людьми, яким ще після цього разом жити (наприклад, якщо цивільно-правовий спір виник між подружжям, або батьками та дітьми тощо).

Здійснення правосуддя на засадах диспозитивності та рівності сторін передбачає можливість укладення сторонами на будь-якій стадії цивільного процесу мирової угоди. Проте на стадії підготовки справи до судового розгляду дана процедура має особливе значення, тому що дозволить судді не доводити справу до судового розгляду, що сприятиме як ліквідації конфлікту між сторонами в цілому, так і процесуальній економії та, певною мірою, розвантаженню судів. Адже, укладаючи мирову угоду, сторони свідомо йдуть на примирення, що дозволяє звести до мінімуму (або взагалі ліквідувати) правовий спір між ними та можливі майбутні оскарження рішення, прийнятого по суті справи. Крім того, якщо дії щодо примирення сторін мають місце на етапі підготовки справи до судового розгляду, сторони охочіше йдуть на примирення, ніж після того, як вони понесли витрати коштів, часу, пов'язані з розглядом справи по суті або після суперечок, які, як правило, мають місце в судовому засіданні, тому що одним завданням стадії підготовки цивільних справ до судового розгляду є сприяння примиренню сторін.

Таким чином, для того щоб уникнути в майбутньому неоднозначності в розумінні завдань стадії підготовки, було б доцільним внести зміни до чинного ЦПК України, якими чітко закріпити її процесуальні завдання.

Зокрема, відповідну статтю можна було б викласти в наступній редакції:

- "Завданнями стадії підготовки цивільних справ до судового розгляду є:
- визначення обставин, що мають значення для правильного вирішення справи (предмета доказування);
- визначення характеру спірних правовідносин та норми права, яка підлягає застосуванню;
- визначення складу учасників процесу (у конкретній справі), процесуального становища їх та способів забезпечення своєчасної явки цих суб'єктів у судове засідання;
- визначення кола доказів, необхідних для вирішення справи та забезпечення їх своєчасного надання;
- сприяння примиренню сторін".

[1] Мета є загальним орієнтиром, на який зорієнтована процесуальна діяльність усіх учасників процесу на тому чи іншому етапі розгляду та

вирішення цивільної справи. [2] На момент написання даної статті та подачі до друку новий Цивільний процесуальний кодекс України ще не було прийнято. Проте і в новому ЦПК України від 18 березня 2004 р. не закріплено завдань стадії підготовки. [3] Поняття "мета" і "завдання" в силу їхнього тісного взаємозв'язку та лінгвістичної схожості деякі науковці та законодавець ототожнюють. Це неправильно, оскільки мета є загальним орієнтиром, на досягнення якого спрямована процесуальна діяльність, а завдання виступають засобами досягнення даного орієнтиру. [4] *Лапин Б.Н.* Эффективность применения норм гражданского процессуального права в стадии подготовки гражданских дел к судебному разбирательству: Автореф. дис. … канд. юрид. гаук. – Л., 1980. – С.12. [5] *Світлична Г.О.* Підготовка до судового розгляду справ окремого провадження: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – Х., 1997. – С.10-11. [6] *Якименко О.* Підготовка аліментних справ до судового розгляду (судово-теоретичні аспекти) // Право України. – 1999. – № 8. – С.41. [7] *Шумейко Е.С.* Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству: Дис... канд. юрид. наук. – Саратов, 2000. – С.80. [8] *Світлична Г.О.* Зазнач. праця. – С.13.

Надійшла до редколегії 09.05.03

О.В.Совгиря, асп.

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДІЯЛЬНОСТІ ОПОЗИЦІЙНОГО КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ : ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Присвячено актуальним проблемам правового регулювання діяльності опозиційного Кабінету Міністрів в Україні та в зарубіжних країнах. Дається системний аналіз поданих до Верховної Ради України законопроектів, що містять положення стосовно вказаного питання.

Article is devoted to actual problems of legal regulation of activity of the oppositional Cabinet in Ukraine and in foreign countries. In it the system analysis submitted in the Supreme Rada of Ukraine of bills which contain concerning the specified question is located.

Утворення опозиційного Кабінету Міністрів (далі – оКМ) є правом і одним із напрямків діяльності парламентської опозиції. В Україні утворення і діяльність оКМ є поки що справою майбутнього, але, зважаючи на існуючий стан речей щодо діяльності опозиції, а також на кроки українських законодавців до її правової регламентації, можна сподіватися, що ця перспектива є не надто далекою.

Проаналізувавши останні дослідження та публікації українських та зарубіжних вчених на предмет висвітлення в них правових засад діяльності опозиційного Кабінету Міністрів, можна зробити висновок про те, що на сьогодні таке висвітлення є досить поверховим, оскільки має місце лише в тій частині, в якій воно пов'язано з предметом дослідження певного автора. Тобто окремі наукові роботи, присвячені даному питанню, та публікації за їх матеріалами відсутні.

Для розуміння сутності поняття "опозиційний Кабінет Міністрів" – оКМ необхідно звернутися до історії його функціонування в тих країнах, де діяльність оКМ характеризується як усталена демократична традиція. В Енциклопедичному словнику[1], виданому в Санкт-Петербурзі в 1897 р., у визначенні поняття "опозиція" знаходимо: "У державах представницьких (наприклад, у Німеччині) опозиція не надіється стати урядом; унаслідок цього її діяльність набуває принциповішого характеру, радикальнішого, але разом з тим більше відірваного від дійсності і менш практичного. Натомість у державах парламентарних (найтиповішим зразком яких є Англія) опозиція має право висловлювати недовіру міністерству; якщо на її боці опиниться більшість, міністерство зобов'язано виходити у відставку, і голова держави (король або президент республіки) звертаються до визнаного вождя опозиції з пропозицією сформувати нове; таким чином вчорашня опозиція стає урядом, вчорашній уряд стає опозицією, або, як звичайно говорять, переходить в опозицію" (переклад О.С.). Таким чином, з наведеного вище тексту випливає необхідність існування оКМ, оскільки важливою рисою ефективної діяльності опозиції має бути її можливість оперативно сформувати уряд у разі приходу до влади. А забезпечити таку оперативність можна лише в тому випадку, коли такий уряд на момент приходу до влади вже є фактично сформованим і функціонує, виконуючи завдання, спрямовані на активну участь у політичному житті держави.

Найбільшого розвитку традиція утворення оКМ досягла в Англії. Там передумовою його утворення був розвиток партійної системи. Як зазначає Айзенштат М.П.[2], у XVIII ст. почала оформлюватися система так званого партійного маятника, коли партія, що отримала більшість місць у парламенті формувала Кабінет Міністрів, а меншість – опозицію Її Величності. Але з моменту формування системи партійного "маятника" і до утворення оКМ пройшло більше століття, оскільки перший оКМ в Англії був сформований в 1937 р.[3] У 1960 р. оКМ було сформовано у ФРН, у 1981 р. – у Франції[4]. Отже, як бачимо, таке поняття, як оКМ є відносно новим для політичної системи держави. Хоч те, що саме Англію прийнято вважати "батьківщиною" опозиційного уряду, автор хоче, якщо не заперечити, то поставити під сумнів у зв'язку з наступними фактами. Так, у роботі І.Андрієвського "О правительстве" ми знаходимо: "У темний час міжцарювання Земська дума... обрала навіть трьох осіб для управління державою (Трубецького, Заруцького, Ляпунова)" (переклад О.С.), тобто фактично Земська дума, дорадчий орган при царі, який ним і створювався, як зазначає в цій же роботі Андрієвський, самостійно висуває альтернативу царському управлінню. То чи не є саме Росія, а не Англія, родоначальницею такого явища, як опозиційний уряд, яке, однак, не знайшло свого подальшого розвитку в політичній історії цієї країни? Це питання потребує свого подальшого ґрунтовного дослідження.

Щодо назви оКМ, які застосовуються в різних державах, то можна зустріти такі: "тіньовий" уряд, "протиуряд", "уряд завтрашнього дня"[5], але всі вони вказують на те, що діяльність оКМ здійснюється паралельно з діяльністю офіційного уряду, а також на те, що така діяльність спрямована на перспективу завоювання влади.

Розглянемо загальні риси формування оКМ в деяких зарубіжних країнах.

У Великобританії, як зазначає Н.С.Крилова [6], лідер офіційної опозиції – потенційний прем'єр-міністр. Лідер опозиції формує тіньовий кабінет з керівних членів фракції й призначає "міністрів-тіней", яким доручається виступати в парламенті з певних питань державної політики. Коли консервативна партія знаходиться в опозиції, її лідер одноособово призначає тіньовий кабінет, який офіційно іменується консультативним комітетом. На відміну від цього в лейбористській партії існує складніша процедура формування тіньового кабінету (офіційно він іменується парламентським комітетом). До складу тіньового кабінету входять лідер, його заступник, головний "батіг" у палаті общин, голова лейбористської парламентської партії та 15 членів партії в палаті общин, а також декілька членів палати лордів – прибічників лейбористської партії (лідер, головний "батіг" і ще один пер). Голова лейбористської партії і 15 членів тіньового кабінету обираються палатою общин; лідер, головний "батіг" і член палати лордів – членами палати лордів від лейбористської партії. Представництво інших партій в палаті общин досить незначне, і в британсько-

© О.В.Совгиря, 2004

му парламенті не існує будь-яких правил, що визначають статус, організацію і діяльність таких політичних груп (переклад О.С.).

У Канаді склад оКМ формується шляхом висування кокусом опозиційної партії найвпливовіших членів, з тим щоб у випадку перемоги на парламентських виборах вони одразу змогли б посісти відповідні міністерські посади і швидко увійти в курс справи[7].

В Україні на сьогоднішній день можна говорити лише про перспективи правового регулювання статусу оКМ на рівні законопроектів, що регулюють правовий статус парламентської опозиції (хоч лише 6 із 10 торкаються цього питання). Розглянемо ці законопроекти на предмет закріплення в них статусу оКМ.

Для початку потрібно визначитися з точною назвою, а також з тим, чим є утворення оКМ для парламентської опозиції – правом чи обов'язком. Так, чотири із шести законопроектів говорять про опозиційний Кабінет Міністрів, тоді як ще два – про опозиційний Кабінет Міністрів України. На думку автора, остання назва не може вважатися правильною, оскільки може скластися ситуація, коли опозиційні фракції (групи) не об'єднаються, а будуть діяти окремо, і кожна з них сформує свій оКМ. Назва "опозиційний Кабінет Міністрів України" може вживатися лише тоді, коли таке утворення є єдиним. В інших же випадках його використання може призвести до плутанини та навіть конфліктів серед членів парламентської опозиції. На друге питання (стосовно того, чим є утворення оКМ – правом чи обов'язком парламентської опозиції) прямо відповідають лише три із шести законопроектів. Так, законопроекти від 30.07.03 № 2214-1[8] та законопроект, внесений на його заміну, прямо закріплюють, що утворення оКМ є правом парламентської опозиції. Опосередковано, через норму "об'єднана парламентська опозиція або опозиційні депутатські фракції (групи)" можуть сформувати опозиційний ("тіньовий") Кабінет Міністрів" у законопроектах від 28.02.2000 № 5101-1[9], від 06.07.01 № 7469[10], від 16.07.02 № 2007[11] встановлено, що утворення оКМ є правом парламентської опозиції. Але найбільш точно і вдало дане право парламентської опозиції сформульовано в назві статті законопроекту від 20.02.03 № 2214-2[12]: право парламентської опозиції на утворення і діяльність тіньового Кабінету Міністрів України (єдине, з чим можна не погодитися у формулюванні цього права, це вживання слова "Україна", з міркувань, наведених вище), оскільки в інших двох названих вище законопроектах, де наголошено на тому, що це є саме правом парламентської опозиції, говориться лише про право на утворення, залишається при цьому осторонь право на діяльність оКМ.

Щодо визначення сутності поняття оКМ, то в принципі в усіх законопроектах вона визначена однаково: оКМ є консультативно-дорадчим органом опозиції. У двох з шести законопроектів (від 06.07.01 № 7469, від 16.07.02 № 2007) оКМ визначено як функціонально-дорадчий орган опозиції. Незрозумілим є, що означає поняття "функціональний". Якщо те, що оКМ наділений певними функціями, то це цілком логічно і без введення цього поняття у визначення, адже виконання певних функцій і є метою створення будь-якого органу. У законопроекті від 28.02.2000 № 5101[13] оКМ визначено як консультативно-допоміжний орган. На думку автора, визначати оКМ як допоміжний орган також неправильно, оскільки якщо він здійснює консультування опозиції, то цілком зрозуміло, що це і є однією з форм допомоги їй. Тобто дане визначення містить певну змістовну тавтологію, якої потрібно уникати в нормативно-правових актах. Слід наголосити на слушності виділення законопроектом від 28.02.2000 № 5101-1 такої ознаки оКМ, як постійний характер його діяльності. Це означає, що оКМ діє постійно з моменту його створення парламентською опозицією і до припинення її діяльності, а не, скажімо, лише протягом сесій Верховної Ради України. Також у політичній теорії, як зазначає Геральд Кречмер[14], для опозиції відводяться ще такі функції, як контроль за урядовою політикою, а також за урядом та адміністрацією. На думку автора, ця функція опозиції обов'язково має бути відображена як ознака оКМ, оскільки він є органом, що покликаний сприяти її діяльності, а отже, реалізує покладені на неї функції. Але серед існуючих законопроектів названа ознака оКМ закріплена лише в законопроекті від 28.02.2000 № 5101-1.

Щодо суб'єктів парламентської опозиції, які мають право на утворення оКМ, то до них законопроекти відносять: парламентську опозицію в цілому (без уточнення того, це об'єднана парламентська опозиція чи окремі опозиційні фракції (групи)); окремі опозиційні депутатські фракції (групи) та об'єднану парламентську опозицію; парламентську опозицію в особі парламентського опозиційного блоку. Законопроект від 28.02.2000 № 5101-1 містить норму, відповідно до якої оКМ може бути утворений за погодженням між суб'єктами опозиції, загальна чисельність яких перевищує половину депутатів, що входять до складу політичної опозиції (тобто фактично тут непрямо встановлюється вимога об'єднання суб'єктів парламентської опозиції для утворення оКМ). На думку автора, встановлення цієї вимоги не є демократичним, оскільки такого об'єднання взагалі може не бути або кількість депутатів, які мають намір утворити оКМ, буде меншою від встановленої в законопроекті. Тим не менш це не повинно бути перешкодою для реалізації прав парламентської опозиції на утворення оКМ.

Також необхідно звернути увагу на таку ознаку оКМ, як здійснення діяльності його членами на громадських засадах. Саме таку ознаку оКМ виділяють чотири із шести згаданих законопроектів. Так, законопроект від 20.02.03 № 2214-2 у ч. 6 ст. 5 встановлює, що член тіньового уряду не отримує заробітної плати за виконання своїх обов'язків, якщо він є народним депутатом України. Якщо він не є народним депутатом України, то отримує заробітну плату члена тіньового уряду на рівні заробітної плати народного депутата України з усіма відповідними доплатами. Але недоліком цієї норми є те, що вона не встановлює джерело, з якого буде відбуватися оплата праці члена оКМ, який не є народним депутатом України. На думку автора, зважаючи на відверто низький рівень матеріально-фінансового забезпечення населення, який існує в державі, виплата заробітної плати членам тіньового уряду ні в якому разі не повинна здійснюватися за рахунок Державного бюджету, а діяльність оКМ має здійснюватися виключно на громадських засадах або за рахунок коштів суб'єктів, що не мають відношення до державної власності. Хоч, наприклад, у Великобританії в 1937 р. лідеру опозиції (який і очолює тіньовий кабінет) (примітка О.С.) було призначено утримання в розмірі 2 тис. фунтів ст. на рік (за даними на 1989 р. він отримує 49 707 фунтів ст.)[15].

Щодо складу та структури оКМ, то із 6 законопроектів лише 2 приділяють увагу цьому питанню. Так, ч. 2 ст. 27 законопроекту від 28.02.2000 № 5101 встановлює, що до складу опозиційного Кабінету Міністрів України можуть входити як члени опозиційної парламентської фракції (групи), так і члени політичної партії, фракція якої перейшла у Верховній Раді України до опозиційної діяльності, а також позапартійні громадяни України, визначені згідно з рішенням відповідної депутатської фракції або групи (за їх згодою). Крім того, законопроект від 28.02.2000 № 5101 у ч. 3 цитованої вище статті визначає обмеження щодо членства у складі оКМ, встановлюючи, що членами опозиційного Кабінету Міністрів України не можуть бути громадяни України, які не досягли 18-річного віку, обмежені в дієздатності або

недієздатні, а також ті, які мають судимість за вчинення злочину, якщо ця судимість не знята і не погашена у встановленому законом порядку. У ч. 1 ст. 5 законопроекту від 20.02.03 № 2214-2 зазначено, що парламентська опозиція голосуванням у зручній для неї формі утворює тіньовий Кабінет Міністрів, призначаючи тіньових керівників міністерства та державних комітетів України. Крім того, лише даний законопроект містить норму, закріплену в ч. 2 ст. 5, відповідно до якої за рішенням парламентської опозиції її координатор інформує прем'єр-міністра України про утворення тіньового уряду, а також норму, встановлену ч. 7 цієї ж статті, яка визначає порядок заміни члена оКМ: рішення про заміну того чи іншого члена тіньового Кабінету Міністрів приймає парламентська опозиція та через свого координатора (координаторів) інформує про це рішення прем'єр-міністра України та керівника відповідного міністерства чи державного комітету, що вважається достатнім для названої кадрової зміни. Також раціональним моментом даного законопроекту, який, на думку автора, потребує запозичення до майбутнього закону, є положення про те, що член тіньового уряду, отримавши відповідну пропозицію, може ввійти до складу діючого Кабінету Міністрів або зайняти іншу посаду в системі виконавчої влади держави за згодою парламентської опозиції. Якщо це зроблено без такої згоди, парламентська опозиція виключає його зі свого складу, про що координатор (координатори) парламентської опозиції інформують діючого прем'єр-міністра України. Єдина неточність, щодо регулювання складу оКМ, яка міститься в цьому законопроекті, полягає в тому, що, розглядаючи оКМ як альтернативу Кабінету Міністрів України, необхідно включати до складу оКМ альтернативу тим посадам, які представлені в діючому уряді. А відповідно до ст. 114 Конституції України до складу Кабінету Міністрів України входять: прем'єр-міністр України, перший віце-прем'єр-міністр України, три віце-прем'єр-міністри, міністри. А голови державних комітетів України, яких пропонується включити до складу оКМ, відповідно до Указу Президента України "Про систему центральних органів виконавчої влади"[16], входять до системи центральних органів виконавчої влади, а не до складу Кабінету Міністрів України.

Входження члена тіньового уряду до складу діючого Кабінету Міністрів України або зайняття ним іншої посади в системі виконавчої влади держави за згодою парламентської опозиції в майбутньому законі має бути закріплено як підстава для припинення діяльності парламентської опозиції, як це зроблено в ст. 38 законопроекту від 16.02.2000 № 5101, де одним з випадків припинення діяльності опозиційного формування встановлено згоду опозиційної партії на зайняття її членом посади, несумісної зі збереженням фракцією цієї партії статусу опозиційного формування. Відповідно до ч. 1 ст. 15 цього ж законопроекту до таких посад віднесено у томуислі. перебування у складі Кабінету Міністрів України, на посадах керівників центральних та місцевих органів виконавчої влади, членство в Раді міністрів Автономної Республіки Крим.

З усіх шести законопроектів лише один (від 20.02.03 № 2214-2) залишає поза увагою питання щодо того, хто очолює оКМ, який порядок зайняття цієї посади, які повноваження має Голова оКМ. Розглянемо, яким чином врегульовано це питання в інших законопроектах. Усі вони встановлюють, що очолює оКМ його Голова. Але щодо порядку зайняття ним цієї посади, то 4 із 6 законопроектів встановлюють, що він призначається парламентською опозицією у встановленому нею порядку, а законопроект від 28.02 2000 № 5101-1 містить положення про те, що він обирається під час утворення оКМ. На думку автора, закріплення останньої норми є недоцільним, бо це суто внутрішнє питання, яке має вирішуватись оКМ самостійно, оскільки Голова оКМ не має обов'язків, спрямованих у площину відносин "опозиційний Кабінет Міністрів – інші суб'єкти". Щодо прав Голови оКМ, то в узагальненому вигляді за законопроектами до них належать такі: право брати участь у засіданнях Кабінету Міністрів України та інших заходах, які проводяться Урядом України, та виступати на них в межах регламенту, затвердженого Кабінетом Міністрів України, а також одержувати інформацію про діяльність і рішення Кабінету Міністрів України. Недоліком усіх законопроектів є відсутність закріплення обов'язків Голови оКМ.

Для характеристики статусу оКМ розглянемо питання стосовно його функцій. Законопроекти встановлюють, що до них належать: здійснення постійного моніторингу діяльності Кабінету Міністрів України та інших органів виконавчої влади; підготовка матеріалів для доповідей (співдоповідей) від парламентської опозиції з питань, що стосуються діяльності Кабінету Міністрів України, інших органів виконавчої влади, нормативних актів Президента України і Кабінету Міністрів України та можливих наслідків запровадження цих актів, а також матеріали з цих питань для використання народними депутатами України при обговоренні у Верховній Раді України, виступах перед виборцями, а також для поширення в засобах масової інформації; підготовка і розгляд пропозицій (альтернативних проектів) щодо програми діяльності та рішень Кабінету Міністрів України для подання їх у встановленому порядку на розгляд Президента України і Кабінету Міністрів України; підготовка законопроектів, які можуть вноситися на розгляд Верховної Ради України суб'єктами законодавчої ініціативи відповідно до ст. 93 Конституції України; виконання інших доручень парламентської опозиції, яка сформувала опозиційний ("тіньовий") Кабінет Міністрів, а також підготовка і затвердження програми своєї діяльності. Законопроект від 20.02.03 № 2214-2 не встановлює переліку функцій оКМ, але натомість визначає права членів оКМ та тіньового кабінету в цілому. До прав членів тіньового Кабінету віднесено наступні: право на ознайомлення з усією інформацією, яка надходить до відповідного міністерства чи державного комітету, чи виходить з нього, з усіма рішеннями, які приймаються в даному відомстві й ходом їх виконання, право брати участь у всіх засіданнях колегії даного міністерства чи державного комітету, висловлювати свою думку на рівні з іншими членами колегії, оприлюднювати свою позицію всіма не забороненими законодавством засобами. Аналогічно ці права продубльовано й щодо визначення прав усього тіньового кабінету з додаванням до цього переліку прав оКМ на проведення двічі на рік робочих зустрічей з Президентом України та Прем'єр-міністром України разом чи окремо для обміну думками з приводу ситуації в суспільстві, у державі та в окремих сферах економіки, а також на подачу через парламентську опозицію альтернативного проекту Державного бюджету України та інших законопроектів з концептуальних та інших питань життя суспільства та держави. На думку автора, функції оКМ мають закріплюватися в поєднанні з правами оКМ, інакше практична реалізація функцій унеможливлюється. Усі законопроекти (крім одного – від 28.02.2000 № 5101-1) залишають поза увагою питання стосовно форми та порядку діяльності оКМ. Стаття 29 зазначеного законопроекту встановлює, що форми та порядок діяльності опозиційного Кабінету Міністрів України визначаються суб'єктами, які його утворили. Опозиційний Кабінет Міністрів здійснює свою діяльність з дотриманням законодавства України. Як бачимо, останнє речення даної статті встановлює обов'язок оКМ, а отже, є підстави говорити про те, що регулювання правового статусу оКМ є всебічним, хоч і

неповним, оскільки обов'язки оКМ мають бути викладені більш деталізовано.

Щодо такого важливого питання, як матеріально-фінансове забезпечення діяльності оКМ, то слід констатувати, що лише один законопроект (від 20.02.03 № 22142) приділяє йому увагу. Усі інші законопроекти закріплюють лише загальний порядок фінансового забезпечення політичної опозиції або організаційно-технічного забезпечення діяльності парламентської опозиції. Зупинимося на розгляді основних моментів щодо матеріально-фінансового забезпечення діяльності оКМ за законопроектом від 20.02.03 № 2214-2. Відповідно до ч. 3, 4 ст. 5 цього законопроекту Прем'єр-міністр України та керівники відповідних міністерств і державних комітетів забезпечують членів тіньового уряду кабінетами і приймальнями в приміщеннях Кабінету Міністрів та відповідних міністерств і державних комітетів, а також засобами зв'язку, оргтехнікою та транспортом на рівні перших заступників членів діючого Уряду, міністрів та голів державних комітетів. Членам тіньового кабінету надаються вакансії для прийому на роботу референтів з розрахунку одна вакансія на одного члена тіньового Кабінету Міністрів. Рішення про заповнення цієї вакансії член тіньового кабінету приймає самостійно. Що стосується останнього речення, то воно потребує доповнення в частині того, з якого джерела буде виплачуватися заробітна плата референту члена оКМ – з Державного бюджету або, скажімо, за рахунок коштів парламентської опозиції або опозиційної політичної партії, член якої обіймає посаду в оКМ, чи з якогось іншого джерела.

З метою інформування громадськості про склад та діяльність оКМ його склад (відповідно до положень чотирьох законопроектів) публікується в газеті "Голос України". Також, на думку автора, у вказаному виданні має публікуватися Програма діяльності оКМ (про що зазначено лише в одному законопроекті – внесеному на заміну законопроекту від 30.07.03 № 2214-1).

Таким чином, розглянувши основні питання стосовно регулювання правового статусу оКМ в Україні та в зарубіжних країнах, можна дійти висновку про те, що фактично на сьогодні склалася ситуація, коли розвиток законодавства (або принаймні перспективи його розвитку) значно випереджає розвиток тих відносин, які воно має регулювати, оскільки в Україні перспектива реального створення та функціонування оКМ як органу парламентської опозиції поки що є досить далекою. Але разом з тим без такого розвитку законодавства неможливим буде і його створення, бо може виникнути ситуація, яка на сьогодні склалася стосовно правового регулювання статусу політичної опозиції: фактично вона існує, а юридично її статус не закріплено.

[1] Энциклопедический словарь / начатый проф. И.Е.Андриевскимъ, продолж. под ред. К.К.Арсеньева и засл. проф. О.О.Петрушевскаго. – СПб., 1897. – С.39. [2] *Айзенштат М.П.* Шаги на пути к демократии (Английский парламент XVII – XX вв. Парламент и правительство) // Британия и Россия. – М., 1997. – С.39. [3] Державне право зарубіжних країн (Загальна частина) / В.О.Ріяка, О.ІСвєчкарьов, В.А.Шувалова. – Х., 1996. – С.31. [4] Там само. [5] *Кречмер Геральд*. Фракції. Партії в парламенті. – К., 1999. – С.113. [6] *Крылова Н.С.* Британский парламентаризм // Очерки параламентского права (зарубежный опыт) / Под ред. Б.А.Топорнина. – М., 1993. – С.18-19. [7] *Мишин А.А.* Парламент Канады // Парламенты мира. – СПб.; М., 1991. –. С.212. [8] Про парламентську більшість і парламентську опозицію у Верховній Раді України: Проект Закону України від 30.07.03 № 2214-1 // www.rada.kiev.ua. [9] Про політичну опозицію у Верховній Раді України: Проект Закону України від 28.02 2000 № 5101-1 // www.rada.kiev.ua. [10] Про політичну опозицію: Проект Закону України від 06.07.01 № 7469 // www.rada.kiev.ua. [11] Проект Закону України: Про політичну опозицію від 16.07.02 № 2007 // www.rada.kiev.ua. [12] Про парламентську опозицію: Проект Закону України від 20.02.03 № 2214-2 // www.rada.kiev.ua. [13] Про парламентську опозицію: Проект Закону України від 16.02.2000 № 5101 // www.rada.kiev.ua. [14]*Кречмер Геральд*. Фракції. Партії в парламенті. – К., 1999. – С.114. [15] *Крылова Н.С.* Зазнач. праця. – С.18. [16] Про систему центральних органів виконавчої влади: Указ Президента України від 15.12.99 № 1572/99 // Урядовий кур'єр. – 1999. – № 237.

Надійшла до редколегії 16.06.03

А.В.Старушкевич, канд. юрид. наук

МЕТОД КРИМІНАЛІСТИЧНОГО АНАЛІЗУ ТЕЛЕФОННИХ ВИКЛИКІВ І ОСОБЛИВОСТІ ЙОГО ВИКОРИСТАННЯ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ЗЛОЧИННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ НАРКОБІЗНЕСУ

Висвітлюються проблеми використання методу криміналістичного аналізу телефонних викликів у розслідуванні злочинної діяльності у сфері наркобізнесу, наводяться: покроковий алгоритм застосування методу, зразки графічних схем для аналізу, особливості складання слідчим довідки в кримінальній справі щодо використання зазначеного методу розслідування.

The problems of usage to a method to the criminal intelligence analysis of calls (telephone record analysis) are considered at investigation of felonious activity in an orb drug business, and also are resulted: step by step algorithm of the method using, examples of a link diagram for the analysis, feature of report writing by the investigator on criminal case concerning to usage of the indicated method of investigation.

Метод розслідування являє собою розроблений криміналістикою в суворій відповідності до процесуальних норм, на основі вивчення певної взаємопов'язаної групи закономірностей цілеспрямований шлях здійснення практичної діяльності з виявлення, розкриття і розслідування злочинів[1].

Аналіз телефонних викликів інколи є ключовим інструментом для слідчих, які здійснюють розслідування організованої злочинної діяльності.

Так, наприклад, при розслідуванні злочинів, пов'язаних з наркобізнесом, постачальники або поширювачі (дистриб'ютори) з інших областей країни можуть бути встановлені шляхом аналізу міжміських телефонних викликів. За допомогою реєстраторів телефонних викликів або реєстраторів-самописців можна виявляти осіб, що знаходяться в розшуку. Тобто аналіз телефонних викликів може бути тим ключем, за допомогою якого можна розкривати складні злочини, особливо вчинювані організованими групами (організаціями) наркоділків.

У даній статті крок за кроком викладено процес проведення аналізу телефонних викликів, а також обумовлюються можливі розбіжності між даними, одержаними від телефонних компаній, і даними, одержаними за допомогою пристроїв, що записують набрані телефонні номери, наведено методи побудови схем і приклади цих схем, а також особливості складання відповідних довідок слідчим у кримінальних справах про наркобізнес.

Аналіз телефонних викликів є компіляцією і узагальненням інформації, що може бути надана телефонними компаніями, компаніями, які надають послуги міжміського та міжнародного зв'язку і/або одержаної за допомогою реєстратора телефонних викликів, для того щоб показати інтенсивність та структуру взаємозв'язків між абонентом і набраними телефонними номерами. В основі методології аналізу телефонних викликів лежить використан-

© А.В.Старушкевич, 2004

ня асоціативного аналізу, методів побудови частотних розподілів та графічних схем (графів) зв'язків.

Результати аналізу телефонних викликів можуть оформлятися слідчим у вигляді довідки в кримінальній справі, до якої можуть входити: схеми (графів), переліки (лістинги), матриці, стисле пояснення (ходу аналізу та методології дослідження), висновки.

На початку проведення аналізу телефонних викликів слідчий проводить виявлення і пошук потенційних зв'язків злочинця, одержує щомісячний деталізований рахунок за телефонні розмови особи, стосовно якої ведеться розслідування. Цей деталізований рахунок вивчається, і кожний новий телефонний номер записується на картку паперу формату 7,62 х 12,7 см, або з них формується перелік телефонних номерів. Потім слідчий звертається до телефонної компанії для ідентифікації власників цих телефонних номерів. Далі абоненти, що телефонували злочинцям, перевіряються на предмет можливої злочинної діяльності у сфері обігу наркотичних засобів.

Кінцевим результатом є інформація про інших осіб, а також деякі відомості про їхні зв'язки один з одним або з підозрюваним. Цей метод є ефективним при аналізі телефонних викликів з домашнього телефону або на нього, але ним дуже важко скористатися при аналізі викликів з робочого телефону. З такого телефону може здійснюватися або на нього може надходити до декількох сотень телефонних викликів за місяць від великої кількості різних абонентів. Для ідентифікації кожного абонента треба витратити багато часу. Шляхом ретельного відбирання потенційно важливих номерів з деталізованого рахунку за телефонні розмови слідчий може зменшити обсяги роботи, пов'язаної з розслідуванням.

Детальне дослідження записів про телефонні виклики може допомогти слідчому зрозуміти взаємозв'язки між контактами абонентів. Якщо записи про телефонні виклики підозрюваного певною мірою структуровані через деякі інтервали, то це може вказувати на послідовність команд або інших асоціативних зв'язків.

Базисом аналізу телефонних викликів є процедура, що складається з тринадцяти кроків, шляхом реалізації яких розглядають і аналізують записи про телефонні виклики з метою забезпечення отримання слідчим найповнішої криміналістично значимої інформації.

Кожний випадок є унікальним у своєму роді і має розглядатися індивідуально. Аналіз у кожному конкретному випадку має виконуватися як дослідження чогось нового. Наведена послідовність кроків є лише реперними точками, які допомагають слідчому охопити всю можливу інформацію, що по крихті можна одержати в результаті цього аналізу.

Крок 1 – збирання записів про телефонні виклики для подальшого аналізу. Документами, що мають аналізуватися, можуть бути копії деталізованих рахунків за телефоні розмови, які щомісячно надсилаються абонентам телефонними компаніями, що включають інформацію як щодо місцевих розмов, так і міжміських, результати роботи реєстраторів телефонних викликів або реєстраторів-самописців.

Рахунки за телефонні розмови різних телефонних компаній часом дуже різняться один від одного. Але в основному в них наводиться перелік телефонних викликів, в якому відображається: дата виклику, час, напрямок, набраний телефонний номер та код регіону, регіон, тривалість телефонної розмови у хвилинах (а часом і в секундах) та її вартість. Приклад такого рахунку за телефонні розмови наведено в табл. 1. Для телефонних номерів, які оплачуються за допомогою кредитної картки, в такому рахунку може бути наведений номер кредитної картки і номер, що набраний для доступу до банківського рахунку. Крім того, мають також бути проаналізовані телефонні рахунки компаній, що надають стільниковий зв'язок.

Таблиця 1. **Приклад рахунку за телефонні розмови**

Укртелеком				**21 березня 2003 р.**			**Стор. 1**	
№	**Дата**	**Час**	**Куди**	**Код-номер**			**Тривалість**	
	23.02.03	9:30	Суми	0362625430			2.02	
	23.02.03	9:45	Рівне	0456345671			1.62	
	24.02.03	10:05	Суми	0362625430			2.36	

Потрібно також зазначити, що більшість джерел записів можуть бути витребувані шляхом офіційного запиту слідчим або оперативними працівниками, які забезпечують розслідування кримінальної справи. Важливо забезпечити таємницю отримання правоохоронними органами такої інформації, щоб до абонента не дійшла інформація про те, що слідство цікавиться його рахунками за телефонні розмови.

Ще одним джерелом записів про телефонні виклики є результати використання різноманітних реєстраторів телефонних викликів. Вони здатні виявляти телефонні виклики по певній телефонній лінії і записувати інформацію про них на паперову або магнітну стрічку. Ця інформація має таку структуру: дата; час, коли була піднята слухавка (у вигляді годин, хвилин та секунд); набраний телефонний номер; час, коли слухавку було покладено (у вигляді годин, хвилин та секунд); тривалість сеансу телефонного зв'язку.

Крок 2 – визначення меж телефонних викликів, що мають бути проаналізовані. Первинними підсумковими даними, одержаними за допомогою записів про телефонні виклики, будуть загальна кількість зроблених телефонних викликів та дати, між якими ці виклики здійснені. Загальна кількість викликів обчислюється шляхом лічби кожного запису про виклик. Дати одержують шляхом перегляду, наприклад, рахунків за телефонні розмови і порівняння дати першого і останнього записів у них, тому що записи в них розташовані в хронологічному порядку.

Залежно від кількості викликів протягом одного місяця слідчий повинен визначити проміжок часу, за який ним будуть аналізуватися телефонні виклики, як правило, достатнім є термін тривалістю від 3 місяців до 1 року. Другий чинник, що впливає на прийняття рішення стосовно кількості записів, які будуть аналізуватися, це характер конкретного злочину, що розслідується.

З домашнього телефону, зазвичай, у середньому протягом місяця здійснюється декілька десятків викликів. У той же час, з робочого телефону може здійснюватися декілька сотень телефонних викликів за той же самий період, що призводить до ускладнення аналізу таких даних і збільшення часу на його проведення.

У даному випадку потрібно пам'ятати, що будь-який аналіз телефонних викликів, у результаті якого потрібно обробити результати більше 1000 записів про телефонні виклики, має бути комп'ютеризованим. Більшість слідчих підрозділів уже забезпечені технічними можливостями, що дозволяють це зробити без проблем.

Крок 3 – визначення частоти телефонних викликів за датою і днем тижня. За допомогою двох типів даних, що обмежують кількість телефонних викликів – кількість

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

телефонних викликів та дати першого і останнього телефонного виклику – можна визначити середню кількість телефонних викликів, що оплачені власником певного телефонного номеру за добу. Шляхом підрахунку кількості записів про телефонні виклики за добу можна побачити скільки телефонних викликів було на конкретну дату. За допомогою цього частотного розподілу можна також виявити: в які дні місяця не було телефонних викликів; в які дні (за датами) кількість викликів була найбільшою; чи були такі проміжки часу, що складаються з декількох днів, коли телефонних викликів не було (це може опосередковано вказувати на те, що підозрюваний протягом цих проміжків часу був відсутній за цим телефонним номером).

Інформація, що одержана таким чином, може бути перевірена за допомогою звітів про перебіг розслідування шляхом порівняння чи відповідає час, коли сталися які-небудь значні події, часу, коли спостерігалася найбільша інтенсивність телефонних викликів.

Використовуючи календар, слідчий може виявити, в які дні тижня дані про телефонні виклики "зникають". Що стосується робочого телефону, то не є незвичайною невелика кількість телефонних викликів або їх повна відсутність протягом щотижневих вихідних днів або протягом свят. У випадку поставки в обласне місто великої партії наркотиків, які потім будуть "мережею дилерів" розвозитися по місту та області, найбільша кількість викликів збігається за часом з початком цих подій. Таким чином, день тижня може бути важливим чинником що впливає на інтенсивність телефонних викликів.

Такий підхід дозволяє виявити важливі телефонні виклики. Так, якщо згідно з основною схемою абонент здійснює більшість викликів не у вихідні дні, то виклики, зроблені в такі дні, мають особливо ретельно вивчатися та аналізуватися слідчим.

Крок 4 – визначення частоти телефонних викликів за певними номерами. Записи щодо телефонних викликів також аналізуються на предмет визначення, за якими певними телефонними номерами було зроблено виклики і скільки разів. Цей кропіткий процес здійснюється вручну. Найпростішим шляхом організації цих даних вручну є створення картотеки з карток розміром, наприклад, 7,62 х 12,7 см, до яких заносяться телефонні номера, за якими було зроблено виклик, і сортування їх за кількістю викликів за певним телефонним номером. До кожної картки мають бути занесені такі дані: код регіону, телефонний номер і область (обласний центр); дата, час, тривалість сеансу зв'язку, а також додаткова інформація для кожного виклику, що має містити, з якого телефонного номера або на який було зроблено цей телефонний виклик (тобто напрямок виклику). Приклад такої картки наведено на рис. 1.

305	555-5555		Київ
11.02.02	908		3
07.03.02	1043	2	
12.04.02	1433	3	С
27.04.02	1307	5	

Рис. 1. Зразок картки

Треба зазначити, що час, наведений на рис. 1, має 24-годинний формат, цей формат використовується для полегшення подальшого аналізу даних.

Метод з використанням карток зменшує можливість припущення помилки в процесі підрахунку кількості викликів, що надійшли до абонента, а також забезпечує збирання інших даних у логічній послідовності. Після того, як заповнення карток буде закінчено, ті картки, на яких зазначено найбільшу кількість телефонних викликів, мають бути відсортовані за їхньою кількістю. Таким чином, будуть одержані головні телефонні номери, а також формальна основа для створення головного переліку телефонних номерів.

Крок 5 – визначення кількості часу, витраченого на виклики. Іншими важливими телефонними номерами можуть бути номери тих абонентів, з якими тривалість телефонних розмов була найбільшою. Шляхом перегляду вищезазначених карток, в яких записана відповідна інформація, слідчий може визначити середню тривалість телефонної розмови. У середньому в більшості випадків тривалість телефонної розмови становить від 2 до 4 хв. Телефонні номери тих абонентів, з якими тривалість телефонних розмов є більшою за середню, без зайвих сумнівів мають бути включені до головного переліку телефонних номерів.

Крок 6 – створення попереднього переліку телефонних номерів, за якими найчастіше здійснюються телефонні виклики за допомогою інформації про частоту викликів, одержаної на третьому і четвертому кроці. Головний перелік телефонних номерів формується шляхом перегляду карток і внесенням до нього тих телефонних номерів, за якими кількість телефонних викликів є більшою ніж середня, або тривалість телефонної розмови є більшою ніж середня. Телефонні номери в переліку можуть бути відсортовані за їхніми цифрами або за кількістю телефонних викликів за цими номерами в порядку зменшення.

Приклад головного переліку телефонних номерів наведено на рис. 2. Кожен рядок такого переліку складається з телефонного номера, кількості телефонних викликів за цим номером, загальної тривалості розмов з абонентом за цим номером та початкової й кінцевої дати періоду, за який дані щодо цього телефонного номера були зібрані.

Кількість телефонних номерів, що будуть входити до головного переліку, а також кількість телефонних викликів на один телефонний номер будуть різнитися залежно від випадку. У випадках, коли інтенсивність використання телефонного зв'язку є невисокою, до головного переліку можуть бути включені всі телефонні номери, за якими було здійснено виклики. У випадках з високою інтенсивністю використання телефонного зв'язку слідчий на свій розсуд може обмежити кількість телефонних номерів у головному переліку шляхом формулювання певного критерію (наприклад: "середня кількість викликів за телефонним номером має становити не менше трьох" – і всі телефонні номери, для яких кількість викликів менша за середню, що відповідає сформульованому критерію, не включати до головного переліку).

Використовуючи головний перелік телефонних викликів, важливо проаналізувати наведені в ньому дані. Слід пам'ятати, що переліки та схеми є тільки способами візуального подання зібраних даних. Вони є лише інтерфейсом для слідчого, що забезпечує аналіз даних шляхом з'ясування їх значення. Слідчий має звернути увагу на проміжки дат, наведені в переліку. А також з'ясувати: чи схожі дати початку і кінця періоду часу, що наведені в рядках, які аналізуються; чи не були здійснені виклики за певним телефонним номером протягом невеликого проміжку часу. Така інформація дозволяє слідчому глибше зрозуміти взаємозв'язки між особою, яка телефонувала, і абонентом, з яким велася розмова.

Київський університет імені Бориса Грінченка

Телефонний номер, за яким зроблено виклик	Кількість телефонних викликів	Загальна тривалість телефонних розмов	Період часу
(03245) 525-5355	20	97	11.02 – 24.06.02
(044) 919-8878	17	52	17.02 – 15.06.02
(736) 202-1911	12	34	15.02 – 24.06.02
(827) 333-9876	09	25	12.02 – 14.06.02

Рис. 2. Приклад головного переліку телефонних номерів

Будь-яку тенденцію, що буде помічена під час аналізу головного переліку, слідчий повинен ретельно дослідити. Сплески інтенсивності телефонних викликів можуть обрамляти приховану злочинну діяльність. Раптове закінчення викликів за одним телефонним номером і подальший початок інтенсивних телефонних викликів за іншим може вказувати на зміну контактної особи, або на зміну місця контактів, або на зміну в територіальному (географічному) розташуванні.

Крок 7 – аналіз викликів за телефонними номерами, що найчастіше використовуються, на предмет їх структури. Існує декілька способів розкриття структури зв'язків, що закодовані в записах про телефонні виклики. Зміни, що сталися протягом досліджуваного періоду часу, можуть розглядатися як одна з потенційних структур зв'язку. Можуть також бути виявлені телефонні виклики, що здійснюються в певний час доби, у певний день тижня або місяця. Дві або більше осіб можуть тривалий час інтенсивно контактувати між собою. В іншому випадку певні телефонні виклики можуть здійснюватися після того, як було зроблено виклик за певним телефонним номером.

Завдяки перегляду записів про телефонні виклики, що відповідають географічному розподілу, можуть бути також виявлені певні структури. При розслідуванні, скажімо, мережі поширення наркотиків, телефонний виклик до Харкова може здійснюватися після телефонних викликів, що оплачуються одержувачем, з різних місць західного регіону між Львовом та Ужгородом. Слідчий тоді може зробити висновок, що телефонні виклики, які оплачувалися одержувачем, були від наркокур'єрів, які з'ясовували шляхи постачання наркотиків.

Крок 8 – розгляд записів про телефонні виклики, оплачені одержувачем або третіми особами. Кожний телефонний виклик з оплатою одержувачем (оплачуваний вхідний телефонний виклик) до особи, що підозрюється у злочинній діяльності, є потенційно важливим. Виклик такого типу означає, що той, кому цей виклик адресовано, хоче чути того, хто до нього телефонує, а також має бажання заплатити за цей виклик. Це припускає наявність більш близьких порівняно з іншими контактів між тим, хто телефонує і абонентом, якому він телефонує.

Телефонні виклики з оплатою одержувачем (що характерним є більше для міждержавних телефонних викликів) надходять як з телефонних номерів, що викликаються безпосередньо, так і з номерів, з якими немає явного контакту. З метою аналізу телефонні виклики з оплатою одержувачем мають бути розглянуті в термінах розподілу частоти викликів, дат викликів тощо. Будь які помічені телефонні виклики з оплатою одержувачем мають бути включені до довідки, яка укладається. Кожний телефонний виклик з оплатою одержувачем має бути особливо проаналізований тоді, коли є невелика кількість номерів, з яких телефонують з оплатою одержувачем або якщо підозрюваний одержує такі телефонні виклики від співучасника, який міняє своє місцеперебування. В інших випадках головний перелік викликів, що сплачуються одержувачами, має використовуватися після головного переліку телефонних номерів, приклад якого наведено на рис. 2.

До викликів, що оплачуються третіми особами (характерно для міждержавних телефонних викликів) належать виклики за кредитними та некредитними картками, що зазначені в рахунку за телефонні розмови абонента, які є телефонними номерами, за якими зроблено виклик, або номерами, які не набиралися з телефону цього абонента.

Тільки уповноважені особи можуть в основному здійснювати телефонні виклики таким чином, щоб вони відображалися в рахунку за телефонні розмови абонента, і тому такі телефонні виклики дуже важливо помітити. Крім того, важливо перевірити телефонні номери як "кому", так і "від кого", для того щоб визначити, чи це був безпосередній (прямий) телефонний виклик, чи оплачуваний вхідний. Як і у випадку з оплачуваними вхідними телефонними викликами, необхідно визначити і занотувати частоту, дати, тривалість тощо цих телефонних викликів. При аналізі телефонних викликів окремого абонента телефонні виклики сторонніх осіб є підставою для створення схеми зв'язків. Приклад такої схеми зв'язків наведено на рис. 7.

Крок 9 – аналіз викликів за часом доби, коли вони були зроблені. Після того, як буде визначена частота телефонних викликів за датами, треба визначити частоту телефонних викликів за годинами. Для цього можуть бути використані як записи про телефонні виклики, так і вищезазначені картки з уже підготовленою на них інформацією. Простий перелік годин (01:00 – 24:00) може бути розміщений з лівого боку аркуша паперу, праворуч від якого розміщують позначки, що означатимуть виклики, які припадають на певну годину. Потім за допомогою цього аркуша буде створюється підсумковий перелік, в якому відображається кількість викликів за кожну годину а також типи їх. Приклад такого переліку наведено на рис. 5, 6.

Коли серед телефонних викликів абонента є виклики, оплачені одержувачем або третіми особами, то в підсумковому переліку мають бути окремі стовпчики справа від стовпчика з годинами – стовпчик "прямих викликів", стовпчик "викликів, що оплачуються одержувачем" і стовпчик "викликів, оплачених третіми особами". Це дозволить слідчому виявити оплачувані вхідні телефонні виклики, що здійснювалися в інший час доби, ніж безпосередні виклики.

Трохи складніший спосіб візуалізації кількості викликів за годину з урахуванням днів тижня наведено на рис. 3. За його допомогою можна проаналізувати розподіл частоти телефонних викликів за двома параметрами – за годинами доби і за днями тижня.

Після того, як загальна кількість викликів за кожну годину буде визначена, перелік або матрицю треба проаналізувати. У результаті аналізу треба намагатися дати відповіді на такі запитання: в які години доби найвища інтенсивність телефонних викликів; чи є ці періоди "регулярними". Уся ця інформація має бути занотована і телефонні виклики, що здійснені в "незвичайні" години, мають бути подані у вигляді окремого переліку.

Kyiv National Taras Shevchenko University

"Незвичайними" годинами можуть бути такі години, в які телефонних викликів мало або зовсім немає. У випадку робочого телефону це будуть нічні години і години у вихідні дні.

У випадку створення матриці, в якій виклики розподілені за годинами доби та днями тижня, за її допомогою можна визначити години найінтенсивніших телефонних викликів для кожного дня тижня.

Години	Неділя	Понеділок	Вівторок	Середа	Четвер	П'ятниця	Субота	Усього
01:00	–	–	–	–	1	1	–	2
02:00	–	–	1	–	–	–	–	1
03:00	–	–	–	–	–	–	–	–
04:00	–	–	–	–	–	–	–	–
05:00	–	–	–	1	–	–	–	1
06:00	–	–	–	–	1	–	–	4
07:00	–	2	1	1	2	1	–	7
08:00	–	–	1	–	1	2	–	4
09:00	–	9	2	–	3	4	–	19
10:00	–	12	7	9	8	10	1	47
11:00	–	15	10	12	11	17	–	65
12:00	–	10	6	5	7	11	–	39
13:00	2	9	7	8	6	9	3	44
14:00	–	14	12	11	13	18	–	68
15:00	3	16	14	16	18	20	2	89
16:00	–	13	9	7	6	8	1	44
17:00	4	6	3	5	4	7	–	29
18:00	–	7	2	4	–	1	4	18
19:00	1	5	4	–	1	4	–	15
20:00	–	3	3	1	–	4	–	11
21:00	2	–	–	2	1	2	–	7
22:00	–	2	–	1	1	3	–	7
23:00	–	–	1	–	2	2	–	5
24:00	1	–	–	–	–	2	–	1

Рис. 3. Приклад матриці розподілу телефонних викликів за годинами доби і днями тижня

Крок 10 – аналіз усіх записів на предмет їх географії. Останній спосіб, за допомогою якого можна проаналізувати телефонні виклики, є побудова та аналіз географічного (територіального) розподілу їх. Використовуючи згадувані вище картки, можна виокремити телефонні номери від кодів регіонів і проаналізувати, з якими регіонами мав зв'язки підозрюваний.

Контакти з іншими регіонами можуть бути наведені у вигляді переліку, або якщо протягом досліджуваного періоду часу відбулися значні зміни, то їх можна зобразити у вигляді матриці, де, наприклад, заголовками стовпчиків будуть назви місяців досліджуваного періоду. Наприклад, у випадку розслідування поширення наркотиків виявилося, що деякі телефонні виклики підозрюваного до Львова закінчилися раптово в червні, а потім збільшилася кількість телефонних викликів підозрюваного до Ужгорода. Це дозволяє слідчому зробити висновок, що посередник, який поширює наркотики, переміствся зі Львова до Ужгорода.

Крок 11 – підготовка схем. Способи побудови графічних схем для аналізу записів про телефонні виклики є схожими до тих, що використовуються при проведенні асоціативного аналізу. Для цієї мети може бути використана модифікована матриця асоціацій (або матриця інцидентності) (рис. 4), де заголовками рядків будуть певні телефонні номери, за якими телефонував абонент, а заголовками стовпчиків будуть телефонні номери абонентів, від яких надходили телефонні виклики.

Графічними елементами, що використовуюся для побудови графічних схем, використовуються кола (для абонентів, що є фізичними особами), прямокутники (для абонентів – юридичних осіб), лінії зі стрілками (позначають телефонні виклики) між зазначеними геометричними фігурами. Ці графічні елементи наведено на рис. 5. Суцільними лініями позначаються безпосередні (прямі) або оплачувані одержувачем виклики, а точковими лініями – виклики, що оплачуються третіми особами і телефонні номери яких є в рахунках за телефонні розмови конкретного абонента.

Виклики "кому":	Виклики "від кого":							

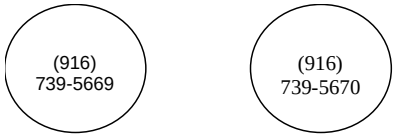
Рис. 4. Матриця телефонних зв'язків (матриця інцидентності)

У невеликих колах, розташованих на з'єднувальних лініях, позначається кількість телефонних викликів. Якщо з якимось телефонним номером є як безпосередні (прямі), так і такі виклики, що оплачуються одержувачем, то для позначення кількості викликів використовуються два кола, в одному з яких позначається кількість оплачуваних одержувачем викликів з літерою "С".

Kyiv National Taras Shevchenko University

Як і додаткова інформація на такій графічній схемі можуть бути нанесені біля відповідних абонентів дати початку і кінця періоду, що аналізується (для конкретного телефонного номера), які беруться з відповідної графи головного переліку телефонних викликів.

Далі наведено різноманітні приклади графічних схем, що можуть бути використані при аналізі записів телефонних викликів. На рис. 6 зображена проста графічна схема для аналізу телефонних викликів окремого абонента, на якій зображено основні телефонні номери, за якими телефонував абонент, а також телефонні номери, вартість викликів з яких оплачена одержувачем. На графічній схемі (рис. 7) зображений один абонент у центрі та його телефонні зв'язки різного типу (безпосередні, оплачувані вхідні, оплачувані третіми особами) з іншими абонентами. На графічній схемі (рис. 8) виконано графічний аналіз телефонних зв'язків одного абонента з посиленим використанням оплати кредитними картками за телефонні розмови. На рис. 9 наведено графічну схему телефонних зв'язків між трьома абонентами та деяких прямих телефонних зв'язків з іншими не ідентифікованими абонентами. На рис. 10 наведено графічну схему телефонних зв'язків між чотирма абонентами, зв'язки яких досліджуються, та іншими абонентами, на якій також відображено оплачувані вхідні телефонні виклики та ті, що здійснюються третіми особами.



Абонент, телефонні зв'язки якого досліджуються, а також абоненти, за телефонними номерами яких він телефонував

Суцільні лінії позначають безпосередні (прямі) або оплачувані одержувачем виклики, а точкові лінії – виклики, що оплачуються третіми особами, і які є в рахунках за телефонні розмови конкретного абонента. Стрілки показують напрямок телефонного виклику.

У колі зазначено кількість здійснених телефонних викликів

Літера "С" означає, що це кількість оплачуваних вхідних телефонних викликів

Рис. 5. Графічні елементи, що використовуються для побудови графічних схем телефонних зв'язків

Крок 12 – формулювання висновків для подальшого розслідування. Метою будь-якого аналізу є одержання додаткової інформації та визначення або коригування напрямів розслідування.

Крок 13 – об'єднання всієї одержаної на попередніх кроках інформації в довідці з кримінальної справи. Довідка про результати аналізу є тільки підсумком того, що було виявлено при виконанні попередніх 12 кроків процедури аналізу. У ній наводяться переліки головних номерів, важливих оплачуваних вхідних та оплачуваних третіми особами телефонних викликів, розподіл викликів за датами, годинами доби та географічним розташуванням, а також "незвичайні" виклики. Кожен з цих переліків та розподілів має свій власний розділ, в якому наводяться коментарі, що зацікавлять слідство, а в подальшому прокурора та суд. Довідка закінчується висновками.

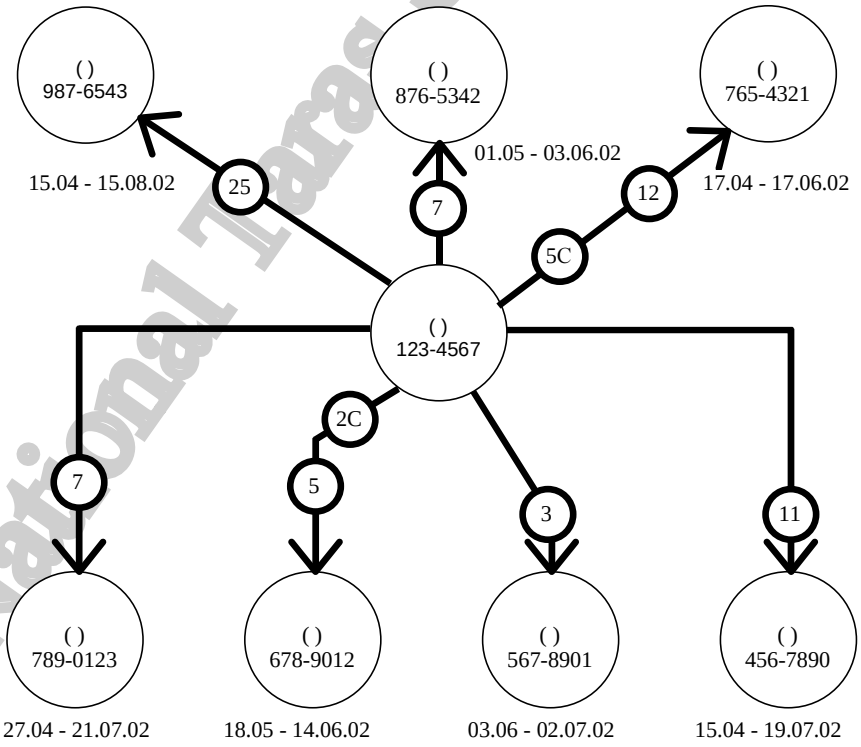


Рис. 6. Приклад графічної схеми для аналізу телефонних викликів окремого абонента з безпосередніми телефонними викликами та оплачуваними вхідними телефонними викликами

Довідка має бути написана стисло, зрозумілою мовою. Надмірне вживання наукових та статистичних термінів небажано.

Kyiv National Taras Shevchenko University

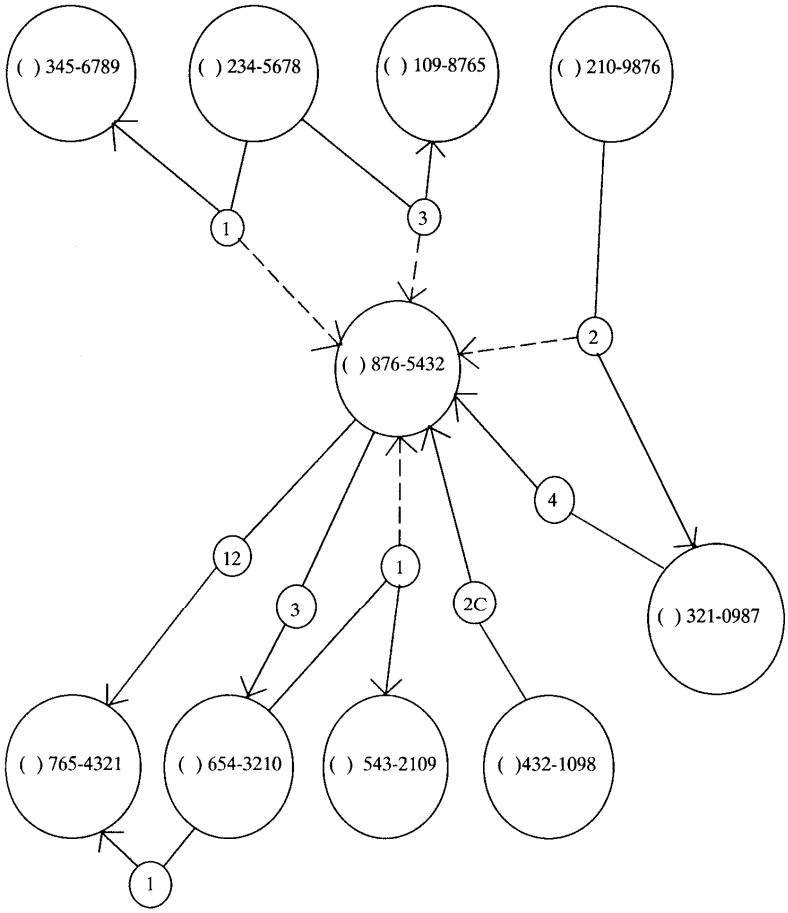


Рис. 7. Приклад графічної схеми для аналізу телефонних викликів окремого абонента з телефонними викликами, що оплачуються третіми особами

Довідка обов'язково має відображати використані для аналізу дані. У ній мають пояснюватися переліки, матриці та графічні схеми. Такі пояснення потрібні не лише для факту наявності їх у довідці, вони повинні слугувати путівником серед даних для тих, хто буде читати цю довідку (адвокат, прокурор, суддя та ін.).

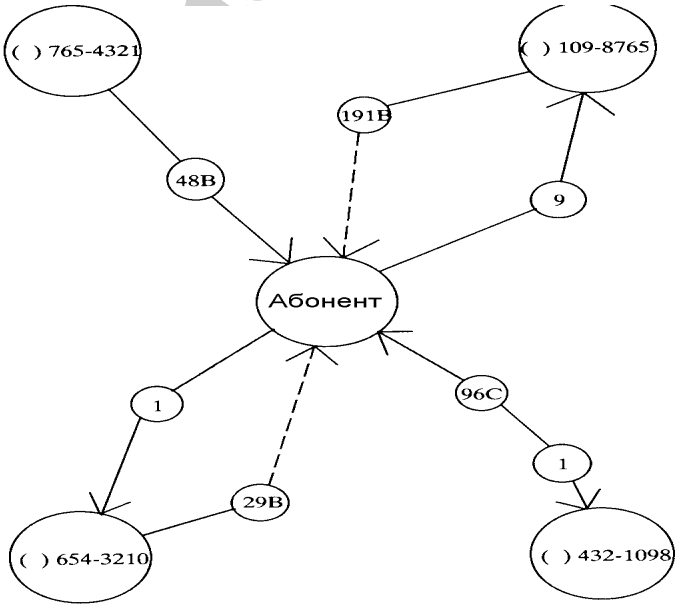


Рис. 8. Приклад графічної схеми для аналізу телефонних викликів окремого абонента з телефонними викликами що оплачуються за допомогою кредитних карток

Зупинимося на особливостях аналізу декількох абонентів одночасно. У випадку необхідності аналізу телефонних викликів декількох абонентів, які підозрюються у здійсненні злочинної діяльності, вищенаведений перелік кроків процедури аналізу має бути виконаний для кожного абонента. Крім того, записи телефонних

викликів декількох абонентів можуть бути порівняні для з'ясування: чи немає такого абонента, який телефонував би двом або більше підозрюваним; чи існує характерна структура викликів між підозрюваними та іншими абонентами; які ієрархічні або асоціативні впливи можуть бути виявлені відносно асоціативних зв'язків між підозрюваними та іншими абонентами.

Якщо здійснюється організована злочинна діяльність у сфері наркобізнесу, то будуть виявлені свідчення контактів підозрюваних з іншими абонентами, не виключено причетними до цієї діяльності. Інформація про те, що підозрювані (обвинувачені) мають зв'язки з іншими особами, можливо причетними до наркобізнесу, може спонукати слідчого до розширення розслідування з метою охоплення ним саме цих осіб.

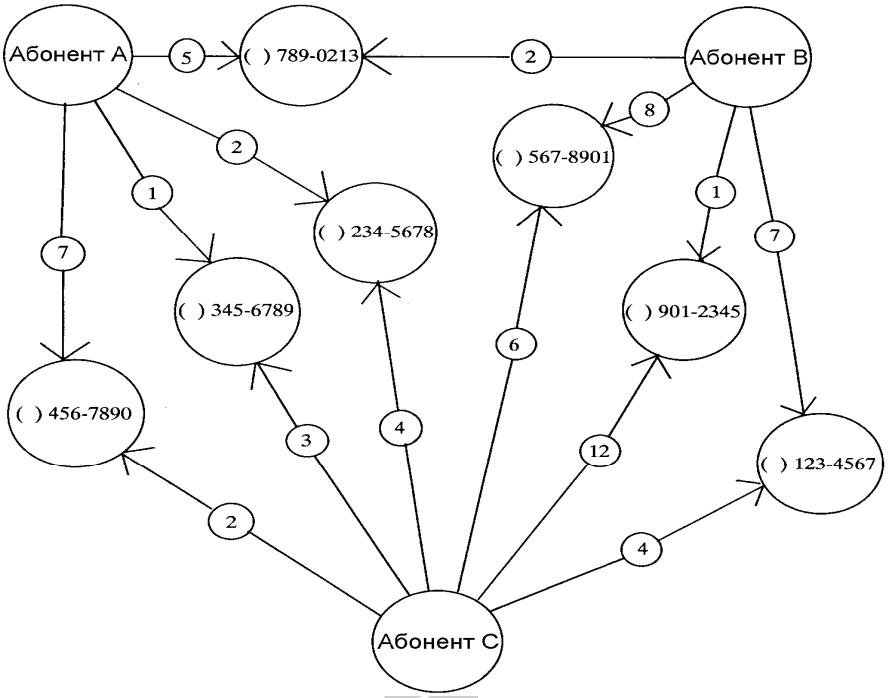


Рис. 9. Приклад графічної схеми для аналізу телефонних викликів декількох абонентів

Ієрархічні взаємовідносини можуть бути виявлені шляхом пошуку асоціативних зв'язків між підозрюваними. Якщо підозрюваний А має зв'язок з підозрюваним В, у той час як В має зв'язок з С, D і Е, то А може очолювати організовану злочинну групу, маючи ефективний захист від широких публічних контактів завдяки В.

Під час проведення аналізу телефонних зв'язків декількох абонентів графічна схема цих зв'язків є ключовою. Може статися так, що в процесі побудови графічної схеми виявляться раніше невідомі особи, які приховують свою діяльність щодо наркобізнесу, і завдяки певним зв'язкам це стане очевидним. На рис. 9 і 10 наведено графічні схеми телефонних зв'язків з декількома абонентами, які цікавлять слідство.

Розслідування наркобізнесу потребує значної кількості методів практичної діяльності, зокрема і методів криміналістичного аналізу[2]. Ці методи мають розроблятися в межах криміналістики з використанням методів та підходів інших наук.

Kyiv National Taras Shevchenko University

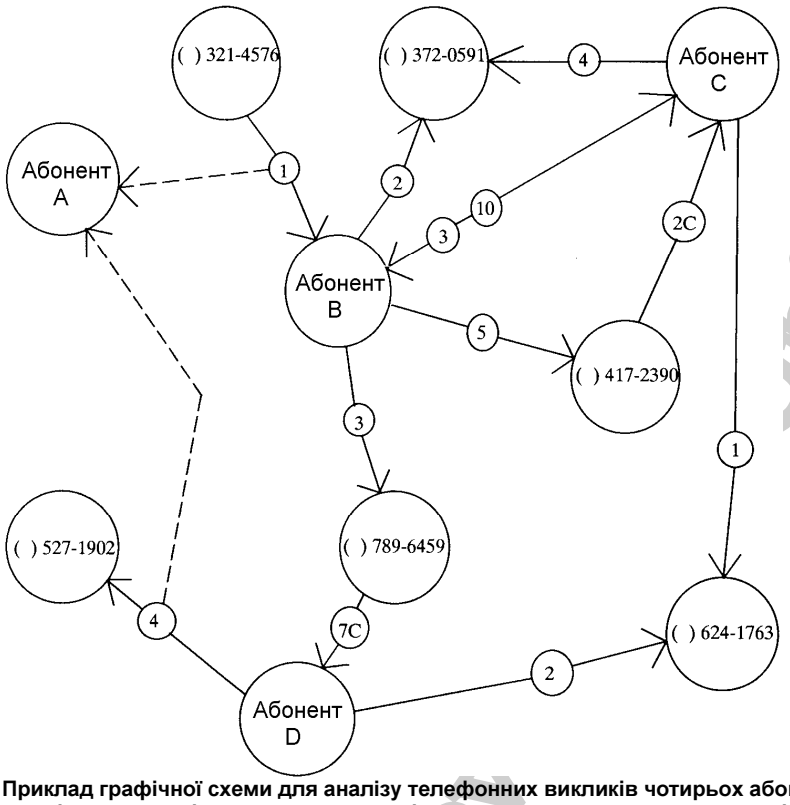


Рис. 10. Приклад графічної схеми для аналізу телефонних викликів чотирьох абонентів з оплачуваними вхідними телефонними викликами і такими, що оплачуються сторонніми особами

[1] Про поняття методу розслідування див.: *Густов Г.А.* Моделирование в работе следователя. – Л., 1980; *Густов Г.А.* Моделирование – эффективный метод следственной практики и криминалистики // Актуальные проблемы советской криминалистики. – М., 1980. – С.61-68; *Старушкевич А., Чорний А.* Методи розслідування злочинів: історія, тенденції, перспективи // Вісн. Львів. ін-ту внутрішніх справ. – 2001. – № 2. – С.220-228. [2]Про методи криміналістичного аналізу та їх практичне спрямування див.: *Дулов А.В.* К вопросу о криминалистическом анализе преступления // Сб. рефератов науч. сообщ. – М., 1977. – Вып. 19; *Густов Г.А.* Обнаружение способа должностного хищения в сложной ситуации. Факторный анализ. – Л., 1985; *Старушкевич А.В.* Криміналістичний аналіз злочинів: поняття і зміст // Використання сучасних досягнень науки і практики в підвищенні ефективності боротьби зі злочинністю: Тез. доп. наук.-практ. конф. – К., 2000. – С.178-180; *Старушкевич А.В.* Проблеми формування теорії криміналістичного аналізу // Теорія та практика криміналістичного забезпечення розкриття та розслідування злочинів у сучасних умовах: Тез. доп. міжнар. наук.-практ. конф.: У 2 ч. – К., 2001. – Ч. 1. – С.80-83.

Надійшла до редколегії 23.07.03

О.Ю.Самохін, здобувач

ЗМІСТ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ НЕЗАКОННОГО ОБІГУ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ

Досліджується криміналістична характеристика незаконного обігу наркотичних засобів та її елементи.
Research contains criminalistical characteristic of illegal drug turnover and it`s elements.

Аналіз теорії і практики боротьби зі злочинністю показує, що правильне і вміле використання однієї з основних категорій криміналістики – криміналістичної характеристики – є важливою умовою для ефективного (швидкого, всебічного, повного, об'єктивного) розслідування злочинів того чи іншого виду й одним з головних елементів у приватних методиках розслідування. Криміналістична характеристика допомагає працівникам правоохоронних органів обґрунтовано висувати версії, визначати правильну програму розкриття, розслідування злочинів, допомагає судовому розгляду кримінальних справ, плануванню оперативно-розшукових заходів і слідчих дій, побудові версій про особу можливого злочинця, про мотиви і цілі скоєного злочину. Вона допомагає вирішувати інші важливі питання, пов'язані з кримінальними справами. Криміналістична характеристика відображає найбільш значимі й постійні (стійкі) ознаки і закономірності певного виду злочинів.

Під криміналістичною характеристикою необхідно розуміти сукупність даних, засновану на узагальнених даних слідчої й судової практики, що характеризує криміналістично значимі ознаки конкретного виду злочинів. Під криминалистично значимими ознаками виду злочинів треба розуміти систему елементів, що відрізняється від інших суміжних категорій (наприклад, кримінально-правових, кримінологічних).

Криміналістична характеристика не є "сталою" категорією. Вона може змінюватися залежно від виду й інших особливостей. Криміналістична характеристика є динамічною категорією, здатною змінюватися залежно від кримінальної практики. Щоб криміналістична характеристика при розслідуванні злочинів використовувалася ефективно, вона має бути реальною, повною і сучасною.

Науковий і практичний інтерес являють структура криміналістичної характеристики і зміст її елементів. Необхідно погодитися з тими авторами, що вказують на необхідність виявлення закономірних зв'язків між елементами злочину[1]. Практичне значення криміналістична характеристика має тільки тоді, коли встановлено кореляційні зв'язки і необхідна залежність між її елементами, що носять закономірний характер і виражені в кількісних показниках[2]. Уточнення і доповнення основних її елеме-

© О.Ю.Самохін, 2004

Київський Національний університет імені Тараса Шевченка

нтів знаходяться в прямій залежності від криміналістичних знань про злочини. Важливість будь-якого елемента криміналістичної характеристики даного виду злочинів визначається його роллю в розслідуванні цих злочинів. Наукове і практичне значення буде тим вище, чим точніше виділені як її елементи притаманні саме для цього виду злочинів обставини. Чим детальніше в криміналістичній характеристиці злочинів будуть описані елементи, що мають криміналістичне значення, тим змістовніше і цінніше вона буде для слідчої практики. До неї можуть входити будь-які елементи, що здатні вплинути на ефективність розслідування.

У криміналістичній літературі є два погляди на склад елементів криміналістичної характеристики.

Перша група авторів виділяє такі елементи:

а) типові слідчі ситуації;

б) спосіб скоєння, приховування злочинів;

в) типові сліди;

г) особа злочинця;

д) обстановка злочину[3].

Друга група вчених включає до криміналістичної характеристики також інші елементи: рівень активності населення із співпраці з правоохоронними органами[4], розповсюдженість та динаміку злочинів[5]. На нашу думку, включення цих елементів до складу криміналістичної характеристики буде ні чим іншим, як повторенням інших видів характеристик (кримінально-правової, кримінологічної) та підміною останніх.

Таким чином, загальна криміналістична характеристика даного виду злочинів складається з таких елементів:

- предмет злочинного посягання;
- спосіб скоєння злочину;
- типові сліди;
- обстановка скоєння злочину;
- особа злочинця;
- обставини, що сприяли скоєнню злочину.

Відомості про предмет злочинного посягання є одним з елементів криміналістичної характеристики виду злочинів.

Предметом злочинного посягання даної групи злочинів є наркотичні засоби.

Як у медичній, так і правовій літературі відзначаються три ознаки, що притаманні будь-якому наркотичному засобу[6].

Медична ознака: наркотичний засіб вчиняє збудливу, гнітючу, галюциногенну дію на центральну нервову систему, викликає психічну і фізичну залежність, що наносить шкоду здоров'ю при немедичному вживанні.

Правова ознака: перелік наркотичних засобів встановлюється законодавчо.

Соціальна ознака: небезпека немедичного вживання наркотику для здоров'я населення.

Спосіб скоєння злочину є одним з головних елементів криміналістичної характеристики, що, у свою чергу, сприяє встановленню його зв'язку з ознаками інших елементів.

В юридичній літературі відзначалося, що на спосіб скоєння злочину звертають увагу декілька юридичних наук кримінального плану. Цей спосіб має комплексну структуру, в якій поряд з правовими елементами характеристики діяння (дії, бездіяльності) злочинця значне місце відводиться аналізу процесуальних форм доказування і методиці збирання інформації криміналістичними засобами стосовно тієї чи іншої групи злочинів. Зміст поняття способу скоєння злочину в криміналістиці ширше, ніж у кримінально-правовому і кримінально-процесуальному розумінні і служить джерелом відомостей, необхідних для розробки засобів, прийомів і методів розкриття, розслідування і попередження злочинів, що визнається багатьма криміналістами. Установивши спосіб скоєння злочину, слідчий може визначити особу, що вчинила злочин.

Приховання злочину – діяльність (елемент злочинної діяльності), спрямована на перешкоджання розслідуванню шляхом утаювання, знищення, чи маскування, фальсифікації слідів злочину та їх носіїв.

Спосіб скоєння злочину – це причинно пов'язана зі здійсненням підготовки і виконанням діяння сукупність умисних дій злочинця (та інших осіб), спрямованих на перешкоджання розкриттю, розслідуванню і запобіганню скоєнню злочинів.

Дії з приховання іноді не входять до структури способу скоєння злочину, тому що іноді мета приховання спочатку не переслідувалася і виникла вже після скоєння злочину. Здійснювати його (приховання) можуть і особи, що не робили суспільно небезпечного діяння, і в різний час.

Криміналістичне вчення про спосіб злочину базується на емпіричних знаннях і можливих формах повторюваності злочину в діях тієї самої чи різних осіб.

Це положення відноситься і до способу незаконного виготовлення, зберігання і збуту наркотичних засобів, що викликає необхідність звернути на це питання особливу увагу як в теоретичному, так і в практичному плані. Саме виявлення і аналіз основних способів дій злочинців з виготовлення, зберігання і збуту наркотиків, вивчення супутніх умов і обстановки дозволяє виробити рекомендації для вдосконалення їх розслідування.

Спосіб злочину може містити в собі наступні види дій (бездіяльності):

- з підготовки, скоєння і приховання злочинів;
- з підготовки і скоєння злочинів;
- зі скоєння і приховання злочинів;
- зі скоєння злочинів.

Криміналістичне значення способу злочину полягає в тому, що за ним можна встановити типові сліди (тобто сліди, що належать тій особі, що застосовує визначений спосіб) і місця, де вони можуть бути виявлені, а від них перейти до встановлення злочинця. Тому місця, де необхідно здійснювати пошук матеріальних слідів, можна прогнозувати, а пошук таких місць здійснювати осмислено і цілеспрямовано.

На жаль, при розслідуванні незаконного виготовлення, зберігання і збуту наркотиків увага звертається в більшості випадків на сліди, які можна назвати традиційними в криміналістиці (наприклад, сліди пальців рук). Тим часом злочинець може залишити такі сліди, що характерні для даного виду злочинів. Серед них необхідно відзначити наступні:

- запити на вітчизняну і закордонну літературу в бібліотеках, що використовував злочинець при підготовці до скоєння злочину;
- замовлення на виготовлення ксерокопій (у 86 % випадків) у місцях ознайомлення з літературою, в якій викладається методика синтезу;
- записи з описом методики синтезу наркотику, хімічними формулами стадій процесу виготовлення, із вказівками кількостей "виходу" наркотику і точної ваги хімічних реактивів, з найменуванням засобів скоєння злочину, із вказівками кількості збутих споживачам наркотичних засобів та інші записи, по яких можна судити про факти виготовлення і збуту наркотиків (у записних книжках, на різних аркушах, у зошитах і т.п.);
- своєрідний запах від хімічних реакцій, їдкі випаровування;
- матеріальні сліди хімічних речовин, напівпродуктів наркотику (тобто речовин, одержуваних на завершальних стадіях синтезу наркотиків), готового наркоти-

чного засобу на одязі, у кишенях і на тілі злочинця (на долонях, під нігтями і т.д.);

- неприємний запах від одягу виготовлювача і його тіла, що утворився в результаті протікання хімічних процесів при синтезі наркотику;
- сліди перепаювання ампул, а також сліди на виготовлених для пакування поліетиленових пакетах (нестандартна ширина запаювання, ступінь розплавлення плівки);
- сліди пальців рук на знаряддях скоєння злочинів, на засобах для вживання наркотику, на пристосованих для зберігання і збуту пакуваннях (скляних, паперових, целофанових), різні мікрооб'єкти на них;
- основні й побічні продукти стадії синтезу й очищення наркотику (наприклад, нашарування речовини на хімічних склянках, скляних шприцах і т.п.);
- рідини в хімічному посуді (колбах, пробірках і т.п.), що є напівфабрикатами наркотиків;
- сліди нестачі хімічних засобів при інвентаризації на складі хімічних виробництв, аптечних складах, аптеках, хімічних лабораторіях науково-дослідних та інших установ, хімічних факультетах навчальних закладів;
- гроші й інші цінності, що були отримані за виготовлення, зберігання і збут наркотиків.

Ці сліди є одночасно криміналістичними ознаками способів скоєння даного виду злочинів.

Вищевказані сліди можуть бути виявлені в житлових і підсобних приміщеннях підозрюваних, за місцем їхньої роботи і навчання, наприклад, у лабораторіях хімічних факультетів навчальних закладів, у місцях проведення вільного часу, гаражах, транспорті.

Сліди можуть бути виявлені на одязі, в якому виготовляють і збувають наркотичні засоби.

Умовно всі матеріальні сліди даної категорії справ можна поділити на такі дві групи:

- сліди, що можуть виникати при виготовленні будь-якого виду наркотику;
- сліди, що утворюються при виготовленні конкретного виду наркотику і визначаються методикою синтезу.

Кожен злочин, його підготовка, скоєння і приховання здійснюються в тій чи іншій **обстановці**, у тих чи інших умовах, що здатні впливати на інші елементи криміналістичної характеристики.

Обстановка злочину в період підготовки, скоєння злочину і після досягнення злочинної мети являє собою сукупність просторово-часових, соціально-психологічних факторів, відносин між злочинцем і предметом посягання й інших обставин об'єктивної реальності, що можуть сприяти швидкому, всебічному, повному й об'єктивному розслідуванню злочинів.

Обстановка багато в чому впливає на спосіб скоєння злочину і певною мірою відображається в особливостях і структурі його механізму. Обстановка пов'язана з іншими елементами криміналістичної характеристики.

Злочинець може частково чи повністю створювати обстановку чи пристосовуватися до неї. У кінцевому рахунку відбувається формування сприятливих умов для скоєння злочинів.

Діяння злочинця в більшості випадків залежать від обстановки злочину, що визначає джерело інформації та її зміст[7].

Дані про **особу злочинця** є також елементом і кримінологічної характеристики злочинів, але в кримінології вони застосовуються в основному для попередження і вивчення злочинів. Певна сукупність відомостей про особу злочинця не входить у кримінологічну характеристику (наприклад, навички виготовлювачів наркотичних засобів). Ці злочинні навички відображаються в способах скоєння злочинів, можуть впливати на вибір предмета злочинного посягання, приховання злочину і залишати на місці скоєння злочинів сліди певного "почерку" злочинця. Вчені-криміналісти підкреслюють, що для криміналістики можуть бути важливі й такі властивості особи, що вивчаються іншими науками[8].

У більшості випадків вчені-криміналісти розглядають структуру особи як сукупність даних про соціально-демографічні, психофізичні, психологічні, біологічні й інші особливості суб'єкта, його виробничу, побутову, соціально-правову і суспільно-політичну характеристику[9].

Із сукупності ознак особи, що займається виготовленням, зберіганням і збутом наркотичних засобів, найбільший інтерес являють собою:

- відомості соціально-демографічного характеру (стать, вік, рід занять, освіта, родинний стан);
- відомості виробничо-побутового характеру (поведінка за місцем роботи, навчання, за місцем проживання);
- відомості соціально-правового характеру (судимість, раніше скоєні адміністративні правопорушення).

Серед обставин, що сприяють скоєнню злочинів даної групи виділяють такі:

- Відсутність контролю за проведеними в лабораторіях (закладах вищої освіти, установ, підприємств) експериментальними роботами, досліджуваною науково-технічною літературою, веденням робочих щоденників і журналів, порядком придбання, зберігання і використання хімічних реактивів, обладнання (у тому числі й на хімічних складах).
- Несвоєчасне проведення службових розслідувань адміністраціями організацій (закладів вищої освіти, установ, підприємств і ін.) за фактами порушень, зазначених вище.
- Відсутність затверджених списків тих хімічних речовин, які повинна мати лабораторія організації (закладів вищої освіти, установи, підприємства й ін.) відповідно до її функціонального призначення.
- Несвоєчасне списання таких хімічних речовин, термін придатності яких минув.
- Байдужне ставлення до злочинців з боку людей, відповідальних за їхню долю: батьків, осіб з числа професорсько-викладацького складу.
- Слабка взаємодія оперативних працівників, що займаються боротьбою з незаконним обігом наркотиків, з підприємствами-виготовлювачами хімічних речовин, з продавцями магазинів хімреактивів, а також з посадовими особами хімічних складів і фірмами, що реалізують їх, з метою перевірки одержувачів цих речовин.
- Бездіяльність очевидців незаконного виготовлення, зберігання і збуту наркотичних засобів, несвоєчасне звернення їх до правоохоронних органів.
- Невживання заходів правоохоронними органами за фактами звернень громадян про протиправне поводження особи.
- Відсутність обмежень на спеціальну літературу, в якій наводяться методики синтезу наркотичних засобів.

Умовами (чи обставинами), що сприяють скоєнню розглянутих злочинів, також є слабка профілактична робота правоохоронних органів у закладах вищої освіти, установах, на підприємствах за встановленими фактами незаконного виготовлення, зберігання і збуту наркотиків, за інформуванням громадян про їхній шкідливий вплив на організм людини, а також за обмеженням поширення спільно із засобами масової інформації відомостей про факти виготовлення наркотиків особами, що навіть не мають спеціальної хімічної освіти, відомостей про вартість виготовлених і вилучених наркотичних засобів, часу діяльності підпільних лабораторій, розміри грошових доходів від збуту наркотиків. Усі ці відомості в кінцевому рахунку впливають на мотиви дій

Kyiv National Taras Shevchenko University

злочинця у сфері незаконного виготовлення, зберігання і збуту наркотичних засобів.

[1]*Коновалова В.Е., Колесниченко А.Н.* Теоретические проблемы криминалистической характеристики // Криминалистическая характеристика преступлений. – М., 1984. – С.15-19. [2] *Белкин Р.С., Быховский И.Е., Дулов А.В.* Модное увлечение или новое слово в науке? Еще раз о криминалистической характеристике преступления // Социалистическая законность. – 1987. – № 9. – С.57. [3]*Белкин Р.С.* Курс советской криминалистики. – М., 1979. – Т. 3. – С.189. [4]*Хлюпин Н.И.* Понятие и основные элементы криминалистической характеристики преступления в методике расследования // Вопр. повышения эффективности правосудия по уголовным делам. – Калининград, 1981. – С.78. [5] *Герасимов И.Ф.* Криминалистическая характеристика преступлений в методике расследования // Методика расследования преступлений. Общие положения. – М., 1976. – С.94-95. [6] *Вальдман А.В., Бабаян Э.А., Звартау Э.Э.* Психофармакологические и медико-правовые аспекты токсикоманий. – М., 1988. – С.8-9. [7] *Глазырин Ф.В.* Изучение личности обвиняемого и тактика следственных действий. – Свердловск, 1973. – С.44. [8] *Белкин Р.С.* Курс советской криминалистики. – М., 1978. – Т.2. – С.16. [9] *Глазырин Ф.В.* Изучение личности обвиняемого и тактика следственных действий. – Свердловск, 1973. – С.44.

Надійшла до редколегії 20.09.03

П.Г.Сагайдак, асист.

ВИКОРИСТАННЯ МЕТОДІВ ФІКСАЦІЇ ПРИ ПРОВЕДЕННІ СЛІДЧИХ ДІЙ

Описуються форми і способи фіксації слідчих дій, наводяться характерні особливості їх, показується значення.

Use Of Fixation Methodology In Conducting Investigatory Actions. Ways and means of criminalistic actions fixation are described, their characteristic features are dealt with, and their significance has been shown.

Особливе місце в досудовому слідстві посідає фіксація слідчих дій, яка відіграє важливу роль для подальшого процесу розслідування.

Основним способом фіксації є описовий, який передбачає складання протоколу на підставі ст. 195 КПК України з дотриманням вимог ст. 85 КПК України. Повне і детальне закріплення зібраної інформації під час проведення слідчих дій та динаміка розвитку події злочину відображається в протоколі, як основному способі фіксації, який є джерелом доказу згідно зі ст. 65 КПК України.

До протоколу висуваються такі вимоги:

1. Протокол складається від третьої особи – слідчим, який є відповідальним за проведення слідчої дії.

2. У протоколі слід фіксувати конкретні дії, які проводилися в процесі слідчої дії, а описова частина його викладається в хронологічному порядку. До протоколу заноситься інформація, яка деталізується і в подальшому досліджується.

3. Протокол, як основний процесуальний спосіб фіксації, оформляється письмово і підписується всіма учасниками слідчої дії.

До протоколу додаються інші способи фіксації, які доповнюють інформаційне поле досліджень, пов'язаних з проведенням слідчих дій у вигляді знімків, фототаблиць, зліпків, копіювальних плівок, кінозйомки, графічних схем, відеозапису, магнітних записів. Зафіксована інформація (як додаток до протоколу) вказує на об'єктивність, повноту та динамічний розвиток обставин події й логічний зв'язок та відношення об'єктів безпосередньо до події.

У проведенні слідчих дій виникають ускладнення через те, що слідчий часто змінює умови проведення досліджень, повторює їх, спостерігає за явищами з різних боків. Треба зазначити, що аналіз слідчої практики дає нам можливість виявити типові помилки при складанні протоколу, а саме: неповнота протоколу, стислий і практично схематичний опис, неправильне застосування методів фіксації обстановки події та порядку досліджень.

Головна увага слідчого зосереджується на отриманих результатах:

1) помилки процесуального характеру (не вказується правова норма, якою керується слідчий);

2) у протоколі накопичена інша інформація, яка не має ніякого відношення до події злочину;

3) неправильне та неповне застосування технічних засобів, призначених для фіксації.

4) наявність граматичних та лексичних помилок, що інколи спотворюють зміст і можуть призвести до втрати доказового значення даного документа.

Стаття 85 КПК України передбачає, що має бути відображено в протоколі. Зокрема, при відтворенні обстановки і обставин події необхідно сформулювати мету проведення даної слідчої дії, указати умови, за яких вона була проведена тощо, деталізувати обстановку в протоколі потрібно не завжди. Якщо відтворення обстановки й обставин події проводиться з метою перевірки професійних навичок допитаної особи в кабінеті слідчого, то немає необхідності описувати обстановку кабінету. Що стосується дослідних дій, які проводяться з метою перевірки можливості особи спостерігати події із застосуванням штучного освітлення фар автомобіля, то необхідно вказати годину проведення дослідження, марку транспортного засобу та положення автомобіля відносно особи, яка є очевидцем даної події, а також застосувати методи фіксації, які матимуть важливе значення для подальшого дослідження.

Важливими факторами опису є правильне застосування юридичної термінології за місцем її призначення. Часто використовують при описі такі терміни, як "приблизно", "близько" тощо, які є неконкретними та необ'єктивними. Слід також зазначити в описовій частині умови проведення дослідження (метеорологічні, звукові та інші природні явища).

У випадках повторного дослідження результати його фіксуються окремо із зазначенням змінених умов через те, що умови впливають, наприклад, на проведення експерименту. Чим детальніше описуються ці дії, тим більшу пізнавальну інформацію вони несуть, проте не слід перевантажувати протокол подробицями, які не мають значення для справи і можуть негативно вплинути на інформаційне поле в цілому.

Сутність слідчих дій зводиться до того, щоб отримані результати були зрозумілими та об'єктивними. Тому немає необхідності робити висновки в протоколі або інших документах фіксації.

Заяви та зауваження учасників слідчої дії заносяться в кінці протоколу в тому випадку, якщо вони мали місце, після того скріплюються підписами заявників. У випадку, коли хтось з учасників відмовляється від підписування протоколу, він повинен дати пояснення і вказати причину відмови, які також необхідно занести до протоколу.

Слідча практика свідчить, що протокол складається після завершення слідчої дії. Але в такому випадку необхідно рекомендувати слідчим вести чорнові записи та відеозаписи, які допоможуть дотримуватися певної послідовності в складанні протоколу. Крім основного способу фіксації, необхідно застосовувати науково-технічні засоби, які дозволять детальніше зафіксувати хід та результати слідчої дії. До додаткових способів фіксації на-

© П.Г.Сагайдак, 2004

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

лежить фотографування. Фотографування доцільно застосовувати для фіксації об'єктів, виявлених на місці події при статичній та динамічній стадіях, а також при реконструкції, моделюванні та інших слідчих діях.

Відеозапис, як один із способів фіксації, є найефективнішим і поширеним, можливості його беззаперечні. Результати відеозапису дозволяють повно і наочно сприймати обстановку та дії учасників слідчого процесу.

При застосуванні фотозйомки для отримання достовірних результатів необхідно дотримуватися загальних методів судової фотографії. Проводячи слідчу дію, як відтворення обстановки та обставин події на відкритій місцевості, доцільно зробити орієнтовну та оглядову зйомки, що дає можливість зафіксувати місце виявлення об'єктів та відстані між ними, а також встановити їхні розміри. Фотозйомка може здійснюватися як слідчим, так і фахівцем, і є додатковим матеріалом до протоколу. Фіксацію треба проводити так, щоб результати зйомки не можна було б трактувати інакше.

Інколи на фотознімках особа, з якою проводиться відтворення обстановки і обставин події, може вказати пунктирною лінією маршрут свого руху із зазначенням місць (які нумеруються), де вчинялися певні дії. Саме такі дані заносяться до протоколу. Не слід фотографувати осіб, які є учасниками слідчих дій, при демонстрації ними їх відтворення, а доцільніше в таких випадках використовувати манекени. Якщо проводиться відтворення показань на місці з декількома особами для перевірки одних і тих самих даних, фотографувати треба з тих самих точок, щоб надалі полегшити зіставлення фотознімків.

Дехто з вчених-криміналістів (2, 3) вважають, що фотографувати особу, з якою проводиться відтворення, взагалі бажано у виняткових випадках, а в більшості випадків це не матиме значення. Фотографувати обвинуваченого або свідка, який вказує на об'єкт, можна, але не обов'язково. У даному випадку достатньо сфотографувати саме місце або предмет, указавши в протоколі на те, що обвинувачений або інший учасник указав на дане місце.

Часто виникає питання, чи варто фотографувати поряд з обвинуваченим понятих? На нашу думку, це не буде порушенням закону, якщо зафіксуємо обвинуваченого і понятих, але постає питання: навіщо? Якщо просто фіксувати всіх учасників, то це не становить ніякого пізнавального інтересу, а якщо для фіксації доказової інформації – це робити не варто.

У протоколі необхідно вказати сам факт застосування фотозйомки. При цьому слід указувати тип камери та об'єктиву; тип плівки; експозицію; умови зйомки; об'єкти, які фотографувалися; виконавця фотозйомки та інші матеріали, що додаються до протоколу.

Треба зауважити, що за останній період набуває широкого застосування відеозапис, який має більші можливості фіксації слідчих дій. У будь-який час можна проглянути відеозапис і виявити тактичні та процесуальні помилки, які мають місце в практиці. Для проведення відеозапису залучається фахівець, який має певну кваліфікацію, але не завжди володіє елементами слідчої тактики. Через це необхідно проінструктувати та скласти сценарій, за яким проводити відеозапис. Застосування технічних засобів обов'язково фіксується в протоколі – заносяться посада, прізвище, ім'я та побатькові осіб, які здійснювали технічне забезпечення; якою камерою і в яких умовах здійснювався відеозапис.

Відеозапис має закінчуватися згідно зі сценарієм, а саме: повинен відповідати заключній частині протоколу. Після перегляду запису учасниками слідчої дії роблять зауваження і доповнення (якщо такі є), після чого учасників фіксують у протоколі. У заключній частині протоколу вказуються виконавці відеозапису, технічні дані відеокамери, час проведення запису.

При проведенні відеозапису треба зафіксувати в протоколі кожну вимушену зупинку та поновлення запису, супроводжуючи текстом "відеозапис переривається через…" або "з метою…". Далі вказується час поновлення "запис поновлено…". Після закінчення відеозапису фіксується факт закінчення, час, дата, місце проведення відеозапису.

У спеціальній літературі (Р.С.Бєлкін (1), С.А.Шейфер (7) та ін.) пропонують іншу класифікацію фіксації слідчих дій.

1. **Вербальна форма** (усна та письмова). Вона не вимагає застосування спеціальних засобів; враховуючи індивідуальні особливості суб'єкта, дозволяє сприймати необмежений об'єм інформації. Особливість її полягає в тому, що вона відрізняється простою процедурою матеріалізації як ідеального, так і матеріального відображень, сутність якої зводиться до фіксації в протоколі результату усного запису ідеальних відображень, або інформація, яка передається за допомогою технічних засобів, наприклад, фото-, кінозаписом, звукозаписом, відеозаписом. До протоколу додаються інші об'єкти як носії доказової інформації в натуральному вигляді, або їхні копії (моделі), виготовлені за допомогою фіксуючих матеріалів.

Разом з тим, подання криміналістичної інформації у вербальній формі має деякі недоліки. Перш за все дані матеріали містять велику кількість зайвої інформації, яка не відноситься до реального джерела події, що може призвести до слідчих і судових помилок.

2. **Графічна форма**. Сутність графічної форми зводиться безпосередньо до фіксації об'єктів за допомогою умовних знаків. Така форма доступна кожному учаснику процесу, має великі інформаційні можливості. Інформація подається у вигляді малюнків, креслень, планів, схем, графіків, діаграм. Графічна форма може доповнювати вербальну в тих випадках, коли можливості словесного опису не можуть дати повної інформації про обставини події. Висока ефективність графічного подання інформації має важливе значення для вивчення та дослідження події в цілому як при підготовці до слідчої дії, так і в ході її проведення.

Плани (схеми) відіграють ілюстративну роль щодо протоколу слідчої дії, вони можуть складатися як орієнтовні, так і оглядові та детальні. Головне, що в них має фіксуватися все чітко та зрозуміло, згідно з топографічними вимогами та відповідно до пояснень особи, з якою проводиться слідча дія, як відтворення обстановки та обставин події.

3. **Іконічна** (наочно-образна). Дозволяє сприйняти властивості об'єктів (форму, контур, фізичні ознаки), розташування на поверхні об'єкта тіней, характеристику за кольором, окремі процеси, які спостерігаються на об'єктах. Наочно-образна уява дає можливість передавати інформацію як про об'єкт, так і про його ознаки і властивості, які є недоступними для звичайного сприйняття. Наприклад, швидкісна кінозйомка кулі, випущеної з каналу ствола, та зустріч її з перешкодою. Адже неможливо спостерігати процес польоту кулі візуально без застосування технічних засобів фіксації.

4. **Предметна** форма фіксації. З погляду криміналістики ця форма має перевагу. Саме інформація про подію та об'єкти передається в повному обсязі, забезпечує можливість сприймати джерела інформації всіма учасниками процесу, також створює умови для суб'єктів і повного збирання інформації за допомогою застосування технічних засобів. Об'єкти, які є носіями інформації, мають досліджуватися та фіксуватися. Напри-

Yaroslav Mudryi National University

клад, сліди взуття, автотранспортних засобів, сліди знарядь зламу фіксуються за допомогою виготовлення зліпків і мають ідентифікаційне значення.

5. **Комбінована** форма фіксації. Ця форма перспективніша, ніж інші форми фіксації через те, що вона об'єднує елементи інших форм, хоча і вказує на недоліки кожної з них. Особливість комбінованої форми полягає в тому, що вона розширює інформаційне поле, яке є важливим для процесу подальшого розслідування.

Комбінована форма не має обмежень порівняно з доказовою інформацією і може бути різною залежно від форми сприйняття інформації в процесі доказування. Способи фіксації можуть бути такими:

для вербальної форми – протоколювання, звукозапис;

для графічної форми – виготовлення планів, схем, графіків тощо;

для конічної форми – фотографування, кінозйомка, відеозапис, виготовлення композиційних портретів;

для предметної форми – сприйняття предмета в натуральному вигляді, виготовлення копій за допомогою зліпків, а також макетів і моделей, реконструкція об'єктів;

для комбінованої форми – відеозапис, цифровий запис, виконаний на магнітних дисках.

Саме такі форми інформації, які використовуються на досудовому слідстві, варто інтерпретувати як етап доказування в судовому провадженні.

Бачення, пов'язані з формами фіксації, у багатьох авторів різні. Р.С.Бєлкін виділяє такі основні форми фіксації доказової інформації, як вербальна, графічна, предметна, наочно-образна та комбінована (поєднує вербальну і графічну, наочно-образну і вербальну та ін.).

Н.С.Полєвой називає інші форми інформації – вербальну, літерно-знакову, цифрову, графічну, іконічну, магнітну, перфораційну та ін.

Як показує практика, висвітлені форми фіксації є актуальними і мають важливе значення в розслідуванні злочинів.

[1] *Бєлкін Р.С.* Курс криміналістики. – М., 1978. – Т. 2. [2] *Васильев В.Л.* Психология следственных действий. – К., 1996. [3] *Николайчик В.М.* Следственный осмотр вещественных доказательств. – М., 1968.[4] *Полевой Н.С.* Судебная фотография и ее применение в криминалистической экспертизе. – М., 1960. [5] *Сорокин В.С.* Обнаружение и фиксация следов на месте происшествия. – М., 1966. [6] *Гулкевич З.Т.* Информационные свойства протоколов следственных действий и их роль в доказывании по уголовным делам // Криминалистика и судебная експертиза. – 1988. – Вып. 30. – Ст. 24-30. [7] *Шейфер С.А.* Следственные действия. Система и процессуальная форма. – М., 1981.

Надійшла до редколегії 19.09.03

Kyiv National Taras Shevchenko University

В.І.Андрейцев, д-р юрид. наук

СУЧАСНА ПРАВНИЧА НАУКА ТА ОСВІТА: ДІАЛЕКТИКА РЕФОРМУВАННЯ МЕТОДОЛОГІЇ*

Розглядаються найактуальніші проблеми реформування вищої правничої освіти і науки в контексті інтеграції до Болонського процесу.

Topical problems of methodology reformation of higher legal education and science are examined in the context of Bologna process integration.

З огляду на наукові та прагматично освітянські потреби курс правничої освіти міг би включати три основні частини: загальну, особливу та спеціальну. Загальна *частина "Наукознавчі засади правничої освіти в Україні"* передбачає викладання наступних тем цієї навчальної дисципліни:

- *Методологічні засади правничої освіти в Україні* (розвиток правничої освіти в Україні, її періодизація, сучасні концепції правничої освіти, науково-освітні правничі школи України, державна освітньо-правнича політика та проблеми її вдосконалення, порівняльно-правовий аналіз правничої освіти в Україні та інших країнах світу);
- *Поняття, принципи, зміст та структура правничої освіти в Україні* (істотні ознаки правничої освіти в Україні та її визначення, доктринальні підходи щодо поняття правничої освіти та їх реалізація на практиці, її пріоритети, принципи, класифікація, зміст правничої освіти в Україні та особливості її структури, правнича освіта в Україні в структурі вищої освіти в Україні та її прояви як галузі права і законодавства, напряму наукових досліджень і навчальної дисципліни);
- *Законодавство в галузі правничої освіти в Україні* (загальне й особливе в нормативно-правовому регулюванні реалізації юридичної освіти в Україні, законодавчі та підзаконні засади здійснення освітньо-правничої діяльності, стандарти правничої освіти, локально-правове регулювання підготовки фахівців юридичного профілю та проблеми кодифікації законодавства в зазначеній сфері, статусу вищих навчальних закладів у системі законодавства України в галузі правничої освіти);
- *Відносини в галузі правничої освіти* (поняття та їх класифікація, підстави виникнення, суб'єктний склад, їхні права та обов'язки, об'єкти, гарантії захисту прав та інтересів суб'єктів цих правовідносин, підстави їх зміни та припинення, особливості поновлення за чинним законодавством України).
- *Особливості правового статусу учасників освітньо-правничих правовідносин* (загальна та спеціальна правосуб'єктність, поняття та основні юридичні ознаки учасників освітньо-правових правовідносин, класифікація та види учасників, особливості їхніх прав, обов'язків та відповідальності, основні кваліфікаційні вимоги, юридичні межі поширення правосуб'єктності, основні групи учасників цих правовідносин та вимоги щодо забезпечення здійснення ними покладених повноважень у процесі правничої освіти);
- *Управління в галузі вищої правничої освіти* (поняття, види, призначення, визначення, розмежування з державним регулюванням в галузі вищої правничої освіти, система органів державної виконавчої влади в цій сфері, їхні повноваження та особливості реалізації функцій в процесі функціонування різних типів вищих правничих навчальних закладів, поняття та різновиди функцій управління в галузі правничої освіти, ліцензування, акредитація вищих навчальних правничих закладів та напрямів правничої освіти, стандартизація вищої правничої освіти, атестація, контроль та координація за здійсненням правничої освіти в Україні);
- *Правовий статус вищих правничих та інших навчальних закладів, що здійснюють правничу освіту* (мета та завдання їхньої діяльності, типи та різновиди вищих навчальних закладів, особливості навчальних закладів зі статусом "національний", правовий порядок створення, функціонування, реорганізації та ліквідації вищих навчальних закладів, особливості правового становища факультетів, інститутів, інших структур організації навчального процесу, особливості управління вищим навчальним закладом та функціонування в ньому органів самоврядування, їхні повноваження в процесі здійснення правничої освіти в Україні).

Особлива частина *"Здійснення правничої освіти в Україні"* спрямована на вивчення таких орієнтовних тем:

- *Організація правничої освіти в Україні* (рівні організації правничої освіти в Україні, державна правнича освіта України, приватна правнича освіта в Україні, змішані форми організації правничої освіти в Україні, порівняльно-правовий аналіз організації правничої освіти в Україні та інших країнах світу, проблеми гармонізації форм організації правничої освіти в Україні та інших країнах, форми організації правничої освіти в Україні за освітньо-кваліфікаційними рівнями, денна, заочна, вечірня та дистанційна форми правничої освіти);
- *Правова організація навчального процесу у вищих навчальних закладах для підготовки фахівців правничого профілю* (навчальний процес як організаційно-правова і процесуальна форми правничої освіти в Україні, її типи та види, стандарти навчального процесу, юридична природа навчальних планів, програм та графіків навчального процесу, суб'єкти навчального процесу, правовий статус їх та форми реалізації правосуб'єктності, управління та самоврядування навчального процесу, його інформаційне, навчально-методичне, матеріально-технічне забезпечення, сучасні інноваційні технології супроводження навчального процесу та правові засади їх запровадження), організаційно-правові форми навчального процесу (лекція, практичні, семінарські, лабораторні заняття, практикуми, спецпрактикуми, спецсемінари, колоквіуми тощо, контроль за дотриманням режиму навчального процесу та юридичні наслідки його невиконання);
- *Правові засади навчально-методичного забезпечення правничої освіти в Україні* (характеристика нормативно-правового регулювання та його дотримання в цій сфері, навчально-методична документація, її поняття, види, зміст та особливості ведення, поширення і правовий захист права промислової та інтелектуальної власності, навчальні програми, плани, рекомендації, указів-

* Початок див. у вип. 60.

© В.Андрейцев, 2004

Київський університет імені Тараса Шевченка
Kyiv Taras Shevchenko University

ки, юридична природа їх та особливості застосування в процесі здійснення правничої освіти в Україні);

- *Правові форми здійснення науково-дослідної роботи як складової правничої освіти в Україні* (правове регулювання організації наукових досліджень з актуальних проблем правознавства, основні напрями юридичної науки у визначенні методології правничої освіти, правовий статус наукових і науково-технічних працівників та форми їхньої участі в здійсненні правничої освіти, правові форми організації наукових досліджень у вищих правничих навчальних закладах, методи захисту права їхньої промислової власності, сучасні науково-освітні інноваційні технології інтенсифікації правничої освіти, правові проблеми запровадження досягнень юридичної науки у навчальний процес підготовки фахівців правничого профілю);
- *Правова організація виховної роботи як складової частини правничої освіти в Україні* (поняття, ознаки, види та характеристика правової організації виховної роботи як складової правничої освіти в Україні, її рівні та форми, зміст; напрями правової організації виховної роботи в системі правничої освіти в Україні, функції та механізм забезпечення, проблеми вдосконалення виховної роботи в системі правничої освіти України);
- *Правове регулювання фінансово-економічного та матеріально-технічного забезпечення правничої освіти в Україні* (правовий режим майна та форми його ефективного використання в процесі здійснення правничої освіти в Україні, особливості реалізації повноважень власника навчальними закладами, правовий механізм фінансово-економічного та матеріально-технічного забезпечення правничої освіти, правові форми фінансування правничої освіти, правові проблеми створення та використання цільових позабюджетних спецкоштів навчальних закладів в системі активізації вищої правничої освіти в Україні).

Спеціальна частина *"Правові проблеми міжнародного партнерства і співробітництва в галузі правничої освіти"* передбачає висвітлення наступних тем та розділів:

- *Правові засади міжнародного партнерства і співробітництва в галузі правничої освіти* (концептуальні засади державної політики міжнародного партнерства і співробітництва в галузі правничої освіти, міжнародні конвенції та договори в цій сфері, правові форми міжнародного співробітництва, його принципи, імперативи, пріоритети та основні напрями, організаційно-правовий механізм забезпечення, особливості забезпечення регіонального співробітництва в зазначеній галузі та основні гарантії ефективності);
- *Порівняльно-правовий аналіз правничої освіти України та інших країн світу* (характеристика сучасних правничо-освітніх систем країн світу, основні моделі їх юридичного забезпечення, форми та методи здійснення правничої освіти, принципи, механізми, організаційні засади, функціональні процедури та проблеми зближення, напрями гармонізації правового регулювання, підготовки та перепідготовки фахівців правничого профілю).

Не менш важливого пізнавального значення набувають науково-дослідні доробки в цій частині. Проте елементарне питання захисту кандидатських і докторських дисертацій натикається на організаційно-правову перешкоду: за якою науковою галуззю захищатися пошукувачу? За легалізованою системою наукових спеціальностей від 12.00.01 до 12.00.13 зазначена сфера наукових досліджень не вписується. Тож не випадкові алгоритми, штучне притягнення проблеми до тієї чи іншої наукової правничої спеціальності. Та практично й невипадково, що на сьогодні бракує тих же кандидатських дисертацій, не говорячи вже про докторські.

Такий стан "самооцінки" нашої діяльності й вікової правничо-освітянської спадщини звісно нас не влаштовує і не може залишати осторонь вирішення надзвичайно актуальної проблеми. Тож чи не пора нам, нащадкам наших уславлених Вчителів-пращурів, повернути давно не сплачений професійний борг і вивести правничу освіту на рівень розвинутої юридичної науки? Вважаємо, що відповідь на це нериторичне запитання має бути незаперечною.

Це певною мірою стосується і практики викладання цієї дисципліни у вищих правничих освітніх закладах.

Скажімо, на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка викладаються декілька курсів, започаткованих чотири роки тому, які підготували навчально-освітнє підґрунтя для запровадження в навчальному плані вищезазначеного нормативного курсу. Йдеться про курс "Розвиток правничої думки в Київському університеті" загальним обсягом 32 години та курс "Законодавство про освіту" загальним обсягом 64 аудиторних години.

Крім того, як відомо, підготовлено і відповідний навчальний посібник[6], що містить необхідні методологічні, навчально-методичні підходи, чинне законодавство та практику локально-правового регулювання, апробовану в Київському національному університеті імені Тараса Шевченка, і зокрема його юридичного факультету.

Проте, на наш погляд, досить важливо в процесі реформування методології правничої освіти та науки враховувати процеси Європейської інтеграції, зокрема в частині переходу до підготовки фахівців-правників за двома освітньо-кваліфікаційними рівнями бакалавра та магістра, запровадження системи стандартів якості правничої освіти, спрощення процедур та термінів навчання в аспірантурі після магістерського курсу, підготовки дисертаційних робіт та отримання вчених ступенів і вчених звань, посилення ролі суб'єктів освітянських правовідносин, насамперед, студентів у виборі алгоритму підготовки та відповідальності за якісне отримання правничих знань, розвитку форм самоврядності у сфері правничої освіти та науки в Україні.

Важливі завдання в цьому аспекті покладаються в сучасний період на органи правничого освітянського та наукового громадського самоврядування, особливо в контексті забезпечення координації якості навчального процесу, підготовки сучасних науково-правничих інноваційних технологій.

Помітною віхою в освітянському та науковому правничому житті стало проведення в жовтні 2003 р. Всеукраїнського з'їзду представників юридичної освітянської та наукової громадськості, на якому прийнято рішення щодо вдосконалення юридичної освіти та науки, створено вперше самоврядний орган – Раду з юридичної освіти та науки як міжз'їздівського органу, що вирішуватиме низку питань подальшого розвитку правничої освіти та науки в контексті Болонського процесу з метою їх подальшої інтеграції в Єдиний Європейський простір.

Серед завдань, які покладаються на Раду з юридичної освіти та науки – оцінка та прогнозування розвитку їх у контексті Болонської декларації, удосконалення методологічних, гносеологічних, аксіологічних засад правничої освіти, її прагматизації з урахуванням реальних потреб та інтересів громадян України, держави, юридичних осіб, визначення пріоритетів правничої освіти та науки в сучасний період з урахуванням досвіду правничої освіти в країнах, що приєдналися до Болонського процесу.

Надзвичайно актуальним стає завдання щодо узагальнення досвіду запровадження у вищих правничих школах України, виправдного практикою здійснення навчального процесу на базі застосування активних форм і методів навчання, зокрема урізноманітнених моделей кредитно-модульної системи з тим, щоб в перспективі стала можливою адаптація системи вищої правничої освіти та її нормативно-правового і навчально-методичного забезпечення до норм і стандартів країн Європейського освітянського простору.

Отже, центральним напрямом діяльності Ради з юридичної освіти і науки стає участь її представників у розробці державних стандартів з підготовки бакалаврів та магістрів права. Одним із нагальних стандартів вищої правничої освіти є затвердження Єдиних загальнообов'язкових нормативних курсів для здобуття освітньо-кваліфікаційних рівнів бакалавра та магістра права з визначенням можливих максимальних та мінімальних кількостей годин, що відводяться на їх вивчення, у тому числі й тих, що відводяться для проведення лекційних, практичних (семінарських, лабораторних) занять і самостійної підготовки студентів.

З урахуванням набутого досвіду вважаємо, що зазначений стандарт міг би містити в такому переліку для підготовки бакалаврів права наступні нормативні курси: історію українського права; історію державності на землях України; теорію права; теорію держави; правничу освіту в Україні; енциклопедію права; звичаєве право; канонічне право; філософію права; соціологію права; конституційне право і процес; адміністративне право і процес; фінансове право; цивільне право і цивільний процес; земельне право; екологічне право; право екологічної безпеки; господарське право і процес; трудове право; сімейне право; право соціального захисту; інформаційне право; інноваційне право; страхове право; митне право; кримінальне право і кримінальний процес; криміналістику; правоохоронні та правозахисні органи; міжнародне право; право Європейського Союзу. Не виключаються і деякі уточнення щодо відповідних курсів та їхніх назв. Але головним залишається, щоб такі курси у встановленому стандартному обсязі викладалися в усіх без винятку вищих навчальних закладах і стали юридичним підґрунтям для ідентифікації знань і визнання відповідних дипломів про вищу правничу освіту, адекватну до вимог світових стандартів.

Важливою сферою діяльності Ради з юридичної освіти і науки є підготовка пропозицій і рекомендацій центральному органу державної виконавчої влади в галузі освіти і науки щодо поступового переходу вищих навчальних правничих закладів та юридичних факультетів університетів до дворівневої системи підготовки фахівців-правників за вищезазначеними освітньо-кваліфікаційними рівнями, підготовки науково-освітніх моделей Типових навчальних планів юридичної освіти в України. Це зумовлено також і тим, що в Раді з юридичної освіти та науки репрезентовані висококваліфіковані фахівців з досвідом організації та здійснення вищої правничої освіти і науки в Україні, наявним організаційно-творчим та навчально-методичним потенціалом реального забезпечення підготовки сучасних правників, знання та досвід яких недостатньою мірою допоки використаний в процесі реформування вищої юридичної освіти в Україні, ініціатива та творча активність яких може бути використана для прискорення запровадження і здійснення інноваційно-освітніх правничих технологій в різних освітянських осередках.

Цьому сприятиме і організаційно-структурна побудова Ради з юридичної освіти і науки, діяльність якої ґрунтується на гармонійному поєднанні принципу регіоналізму і корелюючого центризму, провідними осередками якої виступають створені Координаційні регіональні центри, які функціонують на базі організаційно-навчальної та навчально-методичної, наукової й просвітницької інфраструктури провідних вищих навчальних закладів України.*

Неодмінною складовою діяльності Ради з юридичної освіти і науки передбачається організація інтеграції та поширення знань різних правничих шкіл України шляхом підготовки академічних курсів лекцій, підручників, навчальних посібників, практикумів, інших навчально-методичних доробків з метою комплексного викладення навчального матеріалу, висвітлення всієї палітри наявних підходів щодо вирішення існуючих проблем правознавства різних наукових правничих шкіл, що сприятиме засвоєнню суб'єктами освітянських правовідносин завершеної гами наукових підходів щодо їх вирішення, аналітичного і критичного сприйняття, порівняння, узагальнення, формування в них власних науково виважених позицій і оцінок правової системи України, тенденцій розвитку системи права і законодавства, підвищення ефективності правозастосовної практики в умовах дієвих реалій нашого правничого буття, сприятиме викоріненню монополізму окремих наукових поглядів і штампів у правничій освіті та науково-дослідній сфері сучасного правознавства.

У контексті Болонських новацій актуальною стає діалектичне поєднання та подальша інтеграція правничої освіти і науки, як нерозривний процес консолідації, творчого продукування юридичних знань у вищих навчальних закладах, поширення їхніх засад серед населення шляхом культивування безпосередніх зв'язків з громадськістю, через засоби масової інформації, підвищення доступності і ефективності видавничої справи в цій галузі.

Указаний напрям у сучасних умовах набуває важливого методологічного значення, оскільки процеси кількісного зростання правничо-освітніх осередків різних за профілем вищих навчальних закладів в Україні призвів до відриву в деяких з них юридичної освіти від науки, схоластичного та поверхового поширення знань про право та державу, нерідко навіяних публіцистикою та викривленим аполітизмом, що формує деструктивні погляди на сучасні проблеми розвитку методології юридичної науки, збіднює процес пізнання правових явищ, тенденцій та закономірностей їх розвитку. Саме завданням Ради та її Координаційних регіональних центрів стає системне вивчення, узагальнення зазначених процесів, виявлення окремих помилок, методологічних та дидактичних "збочень", наявних проблем та вироблення науково обґрунтованих рекомендацій вищій правничій школі, органам законодавчої, державної виконавчої влади, для вжиття невідкладних заходів щодо посилення інтеграційних процесів розвитку юридичної освіти і науки як двох невід'ємних складових процесу пізнання права та його ролі у зміцненні державотворення.

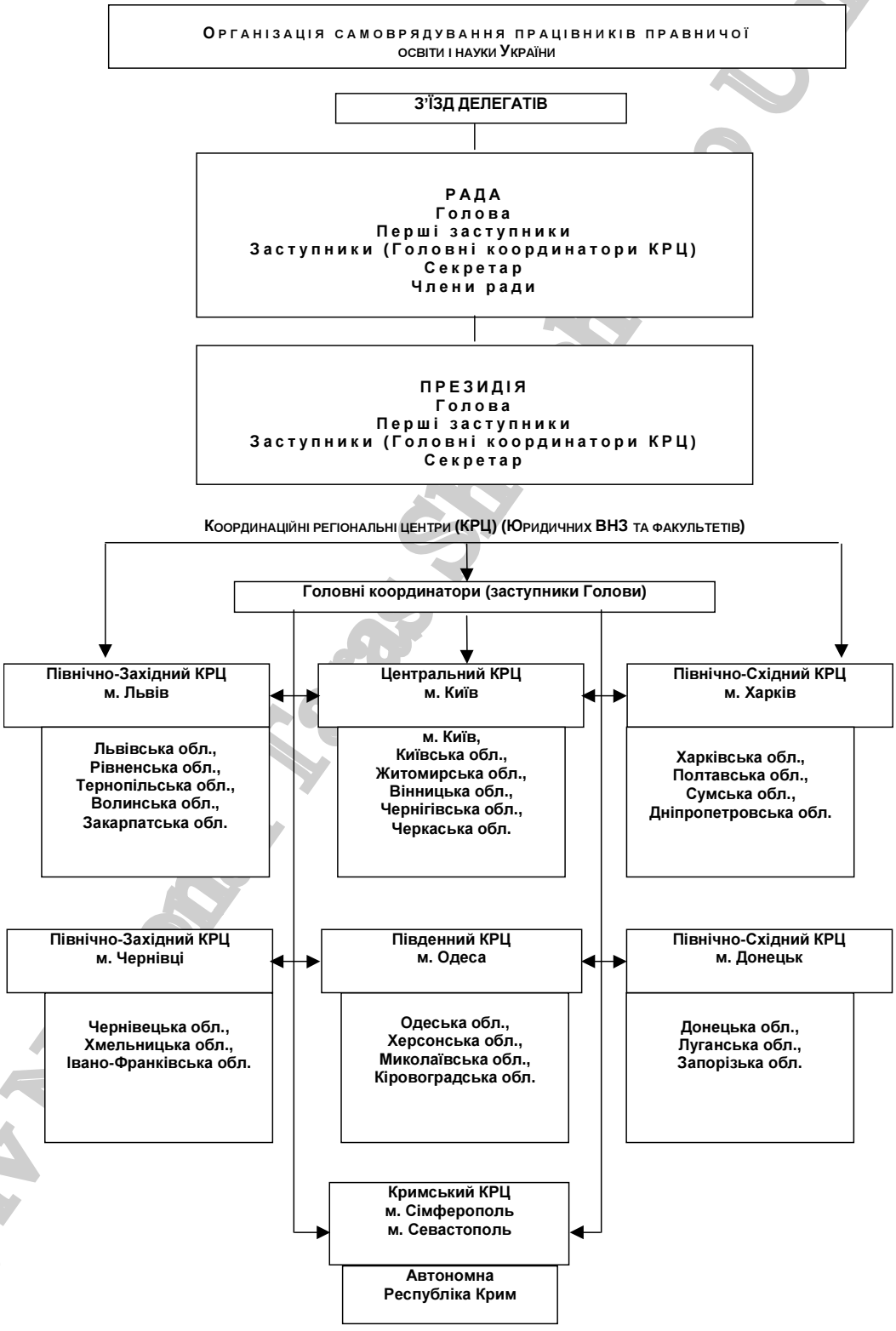
Неабияку організаційно-кваліфікаційну та навчально-методичну роль Рада з юридичної освіти і науки має відіграти у сфері організації підготовки, перепідготовки та підвищення фахового рівня науково-педагогічних працівників освітньо-правничого напряму. Як відомо, аспірантура і докторантура створюють можливості підвищення наукової кваліфікації науково-педагогічних працівників.

У науково-педагогічній сфері діяльності такий процес відбувається менш планово, а переважно стихійно – асистент підвищує свій науково-педагогічний, зокрема дидактичний, методичний рівень практично "самотужки" у формі самовдосконалення, використовуючи при цьо-

* Див.: Організація самоврядування працівників правничої освіти і науки України.

му досвід своїх колег, індивідуального вивчення окремих навчально-методичних доробок, беручи участь у семінарах, практикумах, ділових іграх тощо.

Для прикладу, на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка свого часу був запроваджений постійно діючий навчально-методичний семінар для молодих науково-педагогічних працівників за участю професорів та провідних доцентів факультету, які на наочних прикладах проводили з початківцями в цій справі відповідні заняття щодо підготовки і читання лекцій, методики проведення практичних, семінарських, лабораторних занять, прийняття заліків, іспитів, проведення індивідуальної роботи зі студентами, координації написання курсових, дипломних, магістерських робіт та інших форм навчально-методичної роботи, що сприяє набуттю досвіду та підвищенню кваліфікації науково-педагогічного працівника.



У деяких юридичних вищих навчальних закладах створено відповідні організаційні інституції – Інститути підвищення кваліфікації молодих науково-педагогічних та інших працівників, студії, центри тощо, які об'єктивно зумовлені реальними потребами організації та проведення навчального процесу.

Тому, на наш погляд, якщо правничу освіту розглядати під кутом зору домінанти сучасної правової політики держави, то цілком логічною є доцільність створення відповідного навчального осередку для підвищення кваліфікації її працівників. А отже, Рада з юридичної освіти і науки мала б опікуватися проблемами щодо ініціювання і створення такого Навчального центру під її егідою, діяльність якого б спрямовувалася на підготовку і перепідготовку науково-педагогічних працівників юридичного профілю на базі сучасних інформаційних та правничо-освітніх технологій, поєднанні досягнень національної історико-правничої спадщини, порівняльного аналізу відповідних освітньо-правничих технологій різних країн світу незалежно від форм власності функціонування вищих навчальних закладів та згідно з легалізованими ексклюзивними програми підготовки різнопрофільних науково-педагогічних працівників-юристів.

Звісно, що ефективність функціонування такого осередку значною мірою залежатиме від розвитку зв'язків між вищими навчальними закладами, що готують фахівців юридичного профілю, посилення інтеграційних процесів щодо обміну накопиченого досвіду в здійсненні навчальної, навчально-методичної, наукової та виховної роботи, використання знань та методики викладання найбільш кваліфікованих фахівців різних правничих шкіл у процесі підвищення кваліфікації молодих науково-педагогічних працівників.

З огляду на викладене, позитивне розв'язання зазначеної проблеми залежить від ініціативності та активності творчої співпраці Ради з юридичної освіти і науки з Координаційними регіональними центрами та вищими навчальними закладами в цій сфері.

Сьогодні Рада з юридичної освіти та науки зосереджує у своєму складі надзвичайно компетентних і висококваліфікованих фахівців у сфері організації та здійснення правничої освіти і науки в Україні. Тому природно, що важливим напрямом її діяльності має стати здійснення експертизи документів, що посвідчують освітньо-кваліфікаційні рівні фахівців, які студіювалися в освітніх закладах інших країн та потребують нострифікації в Україні. Кількість заявників до органів державної виконавчої влади у сфері освіти і науки прогресивно збільшується, але експертної інституції щодо вирішення зазначених питань бракує, тож не випадково, що такі функції покладаються на відповідні вищі навчальні заклади та факультети університетів, які за умови відсутності значної частини стандартів у сфері юридичної освіти готують експертні висновки на базі власних навчальних планів та локальних стандартів, що стають юридичним підґрунтям для прийняття відповідних рішень центральним органом виконавчої влади у сфері освіти та науки.

За таких умов вважаємо за доцільне легалізувати зазначену функцію саме за Радою з юридичної освіти та науки, яка за наявних організаційно-правових засад проводитиме подібні експертизи на замовлення заінтересованих осіб, використовуючи фахові можливості членів Ради, Координаційних регіональних центрів і фахівців різних навчальних закладів, що готують правників.

Інтеграція вищої правничої освіти і науки в європейський освітянський і науковий простір обумовлює поступове залучення органів освітянського та наукового правового самоврядування до здійснення координаційних і контрольних функцій щодо забезпечення їхньої якості, процесів сертифікації організаційно-методичного забезпечення вищих навчальних закладів, що готують правників, ліцензування та акредитації вищих навчальних закладів та напрямів підготовки відповідних фахівців з урахуванням досвіду європейських країн і світових тенденцій в цій сфері.

Тому Раді з юридичної освіти і науки доцільно спільно з органами державної виконавчої влади у сфері освіти і науки узагальнити позитивні тенденції здійснення зазначених функцій тих країн, що приєдналися до Болонського процесу та поступово запроваджувати найбільш демократичні інституції в Україні з метою поліпшення не тільки якості правничої освіти і науки, але й організаційно-кваліфікаційних, координаційних та функціональних засад її забезпечення незалежно від форм власності створення та діяльності вищих навчальних закладів, що надають освітньо-правничі послуги.

Значні й невикористані допоки резерви вищої правничої освіти в Україні спостерігаються в частині організації літніх та зимових навчальних шкіл та студій, які б сприяли розвитку та зміцненню міжнародних зв'язків основних суб'єктів освітянських правовідносин, поширенню знань про історико-правничу, зокрема освітянську спадщину навчальних правничих закладів України, здійснення наукових досліджень як неоціненного культурного надбання Українського народу та держави, що, у свою чергу, сприяло б поширенню і визнанню їх на Європейському континенті.

[1] Голос України. – 2003. – 12 берез.[2] Голос України. – 2001. – 20 листоп. [3] Див.: *Андрейцев В.І.* Правовий режим використання, відновлення та охорони земель // Екологічне право: Особлива частина / За ред. В.І.Андрейцева. – К., 2001. – С.194-316; *Андрейцев В.І.* Об'єкти земельних правовідносин за новим Земельним кодексом України // Законодавство України: Науково-практичні коментарі. – 2002. – № 2. – С.3-19; *Шульга М.В.* Актуальні проблеми правового регулювання земельних відносин в сучасних умовах. Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. – Х., 1998. [4] Голос України. – 2002. – 5 берез. [5] Офіційний вісник України. – 2001. – № 15. – Ст.649. [6] Див.: *Андрейцев В.І., Андрейцев В.В.* Правнича освіта в Україні: проблеми теорії та практики. – К., 2000.

Надійшла до редколегії 06.05.03

Н.Є.Толкачова, канд. філос. наук

ЗОЛОТА БУЛА 1356 Р. І КОРОЛІВСЬКА ВЛАДА В ГЕРМАНІЇ

В аспекті розвитку королівського права в Германії розглядаються законодавчий акт XIV ст. – "Золота була", історичні передумови її укладення, структура, основні положення та значення в національному германському праві.

In aspect of progress of kings law in Germany are examined the law act of 14th century – "Golden bill", its historical precondition, structure, basic points and meaning in national German law.

"Золота була" – законодавчий акт, прийнятий імперським сеймом "Священної Римської імперії" у 1356 р. і затверджений імператором Карлом IV, – по праву вважається однією з найзначніших юридичних пам'яток середньовічної Германії. Відомо сім оригіналів цього документа, які зберігаються в Мюнхені (два кодекси), у Відні (теж два) та по одному в Дармштадті, Штутгарті й Франкфурті-на-Майні, а також близько сотні латинських

© Толкачова Н.Є., 2004

Kyiv National Taras Shevchenko University

рукописів Золотої були та її німецьких перекладів. Вони були виготовлені в імператорській канцелярії й призначалися для курфюрстів та імперських міст: короля чеського, архієпископів Кельнського, Майнського і Трірського, пфальцграфів Рейнського, Франкфурта-на-Майні та Нюрнберга. Текст Були видавався десятки разів, а число дослідників її важко піддається обліку.

Після того як у 1636 р. імператор офіційно назвав Золоту булу, що мала другу назву "Курфюрстська була", основним законом Священної римської імперії германської нації, а фактично вона ним вважалась і раніше, і аж до ліквідації цього державного утворення в 1806 р. Була становила основу всього імперського законодавства.

Дискусії про історичне значення Золотої були тісно пов'язані зі спорами з насущних проблем суспільно-політичного життя і, у свою чергу, з обговоренням найзначнішої з них проблеми – територіальної роздробленості Германії та шляхів її подолання. Якщо роздробленість – одна з головних прикмет феодальної системи, Германія була найфеодальнішою з усіх країн.

Цей процес почався в X ст., названий в юридичній історії "роздробленням поняття імперії", коли відбувалося просторове обмеження впливу імператорського титулу. Характерно, що цей процес почався в країнах, що не підпадали під владу Каролінзької імперії, – на Британських островах і на Іберійському півострові. У Великобританії це відбулося за часів правління короля Кнута (помер 1055 р.), біограф якого записав: "Йому підкорялися п'ять королівств: Данія, Англія, Британія, Шотландія, Норвегія, – він був імператором". В Іспанії імперська влада проіснувала дещо довше. Починаючи з Фердінанда I (1037–1065), що об'єднав Леон і Кастилію, імператорський титул став звичайним, а з 1077 р. титул звучав "Імператор усіх націй Іспанії", однак після правління Альфонсо VII, коронованого імператорською короною в 1135 р., кастильська монархія розділилася на п'ять королівств і титул "імператора Іспанії" зник. Отже, навіть будучи просторово обмеженою, ідея імперії завжди була пов'язана з ідеєю єдності, нехай і єдності фрагментарної.

У той же час германські імператори все частіше обмежували свої домагання межами Священної Римської імперії германської нації, тобто Германією і частиною Італії. Уже Фрідріх Барбаросса, що прийняв титул імператора до своєї коронації в Римі (1155), називав князів, що його обрали, "співучасниками слави імператора й імперії". Ідея вселенської імперії в останній раз проголошувалася відомим германським імператором Фрідріхом II (1220–1250), що пред'являв юридичні претензії на всесвітнє верховенство (у 1239 р. він ушановував місце свого народження – італійське місто Езу в Марке як свій власний Віфлеєм).

Жоден з імператорів XIV–XV ст. не мав достатньо можливостей, щоб відновити ефективну центральну владу. У більшості своїй вони навіть і не намагалися це зробити, задовольняючись територіальними надбаннями до спадкових володінь. Такою була політична стратегія династій, що займали германський престол, Люксембургів (1346–1437) та Австрійських Габсбургів (починаючи з 1438 р.), яку дослідники назвали "політичним безсиллям". У своїй політиці імператори мало чим відрізнялися від інших німецьких князів, наслідком чого стала нескінченна вервечка усобиць, розподілів, захоплень і наслідувань земель.

У результаті інтриг папської курії, яка ворогувала з германським імператором Людвігом IV Баварським (1314–1347) – першим представником німецької династії Віттельсбахів, частина германських курфюрстів 11 липня 1346 р. проголосила новим римським королем маркграфа Моравії 30-річного Карла IV Люксембурзького (1346–1378), сина чеського короля й онука імператора Генріха VII. Несподівана смерть Людвіга IV в жовтні 1347 р. принесла Карлу досить легку перемогу. До того ж у битві при Кресі загинув батько Карла Ян Люксембург, залишивши сину чеську корону. За часів правління Карла зросло значення Праги: здійснено широке будівництво, отримала розвиток зовнішня й внутрішня торгівля, засновано Празький університет, утворено Празьке архієпископство, підтримувалися ремесла і гірнича справа. Саме Карл завіз до Чехії виноградну лозу і став культивувати виноробство. Ставши імператором, Карл IV прагнув створити велику спадкову монархію в центрі Європи. Шляхом скупки земель і шлюбних союзів він придбав території Тюрінгії, Саксонії, Бранденбурга й ін.

Оцінки Золотої були виходять із визнання безсилля імператорської влади в Германії в середині XIV ст., її нездатності не тільки здійснити скільки-небудь серйозний опір курфюрстам, але й якоюсь мірою обмежити їхні домагання. При Карлі IV намітилася тенденція посилення центральної влади, оскільки в розпорядженні Люксембурга виявилися доволі значні ресурси чеського королівства, а до того ж, як стало зрозуміло пізніше, не були ще повністю вичерпані матеріальні можливості імператорської влади і в самій Германії. Недарма один з найінформованіших хроністів XIV ст. Якоб Твінгер фон Кенінгсхофен писав, що Карл хоч і був на початку свого правління дуже бідним, але згодом став "багатшим за будь-кого з імператорів...".

У руках Карла була ще й судова влада, а головне, ленні зв'язки монарха з його васалами, у тому числі й князями, які ще не втратили значення і продовжували багато в чому визначати характер політичних взаємовідносин імператора як верховного сеньйора і великих феодалів Германії як його ленників.

Протистояли імператору в першу чергу курфюрсти – колегія із семи князів-виборщиків, відома ще "Саксонському зерцалу" (близько 1220 р.), а перші вибори, про які відомо, що в них брали участь усі курфюрсти, відбулись у 1257 р. Важливою віхою в політичній консолідації курфюрстів став з'їзд шести з них в Ренсі в 1338 р. Але інших організаційних зв'язків між курфюрстами в XIV ст. ще не було. Навіть їхнє право утворювати особливу курію на імперських з'їздах було зафіксовано тільки в 1544 р., правда з посиланням на давню традицію.

Із шести курфюрстів, що зібралися на виклик імператора в Нюрнбергу наприкінці 1355 р. (сьомим був сам Карл) для обговорення окремих статей Були, тільки кельнський архієпископ Вільгельм може розглядатися як політичний противник Люксембурга. З іншими Карла зв'язували родинні відносини та спільна боротьба проти Людовіка IV. Результатом їхніх узгоджених ідей стало визначення державно-правових прерогатив та юридичне закріплення їх у Золотій булі, згідно з якою князі-виборщики володіли статусом суверенних правителів, рівних імператору.

Золота була – грамота із золотою висячою печаткою – закріплювала за князями суверенітет, тобто повну верховну владу в їхніх володіннях, – право суду, справляння мита, карбування монети, використання гірських багатств. Починається Золота була віршованим прологом – компіляцією з рядків латинського поета V ст. Седулія і автора XII ст. Алаїна. У тринадцяти рядках міститься звернення до Господа, щоб він не дозволяв своєму народу направляти стопи свої туди, "де править Іринія, володарює Алекто і судить Мегера", а дав би йому на чолі з "коронованим імператором Карлом" досягнути "священного джерела з небесною вологою, краплини якої живлющі".

Далі йде перелік глав, що відносяться, між іншим, лише до тієї частини Були, що була прийнята в Нюрнбергу, потім короткий вступ у вигляді імператорського указу. Відразу привертає до себе увагу перша фраза документа: "Будь-яке царство, позбавлене єдності, підлягає винищенню, адже князі його стають спільниками грабіжників...". Думка про згубність розбрату проводиться і далі, підкріплена численними цитатами, і насамкінець Карл оголошує, для чого ним було видано "написані нижче закони": "...щоб сприяти єдності серед курфюрстів і ввести одностайність при обранні й перепинити шлях огидним розбратам і багатьом небезпекам, що від них виходять".

Основна частина "імператорського законника" складається з тридцять однієї глави, причому останні вісім – результат діяльності Мецського імперського зібрання. Їм передує власне вступ. Відчутні сліди редакційної недоробки. Так, наприклад, глава 3 починається, на відміну від інших, як самостійний документ.

У повній відповідності зі словами Карла в центрі уваги укладачів документа стоять питання, пов'язані з виборами германського короля, майбутнього імператора, для чого було розроблено детальну процедуру скликання виборчих зібрань курфюрстів. Законодавець прагнув, очевидно, передбачити будь-які дрібниці, які могли б утруднити процедуру обрання. Згідно з Булою, Майнцський архієпископ, дізнавшись про смерть монарха, повинен в місячний термін повідомити всім іншим курфюрстам про час зібрання, на якому буде обрано нового короля. Якщо він нехтував цим обов'язком, то курфюрсти за власним бажанням зберуться у Франкфурті протягом трьох місяців з часу відкриття вакансії. При цьому архієпископ Майнцський міг наперед запитати згоду інших курфюрстів про ту чи іншу кандидатуру. Навіть вороги курфюрстів зобов'язані надавати князям-виборщикам, що їдуть обирати короля, надійну охорону. Допускається і передача курфюрстами своїх повноважень довіреним особам. Чітко встановлюється, хто з князів є курфюрстами. Відносно трьох рейнських архієпископів ніяких складнощів не існувало, а от у тому, що стосувалося князів світських, існували деякі сумніви. Дві лінії Віттельсбахів – пфальцська і баварська – оспорювали один у одного право іменуватися курфюрстами. Аналогічна ситуація склалась і в Саксонії. Там суперничали герцогські фамілії з Віттенберга і Лауенбурга. Карл ще до початку зібрання в Нюрнбергу висловився на користь Пфальца і Віттенберга. Природно, що Карл визнав курфюрстами своїх прихильників і союзників, ігноруючи при цьому будь-які договори, які були укладені на той час різними лініями князівських династій між собою. Тепер же, на з'їзді в Нюрнбергу, відбулася процедура взаємного визнання курфюрстами прав один одного, і вони були офіційно санкціоновані імператором. Досягнення єдності між Карлом і курфюрстами можна вважати значним дипломатичним успіхом Люксембурга. Він зумів залишити за порогом колегії не тільки слабких представників Лауенбурзької династії в Саксонії, але й могутніх герцогів Баварії і, що не менш суттєво, герцогів Австрії. І баварські Віттельбахи, і Габсбурги відразу зрозуміли, що рішення зібрання спрямовані проти них. Баварці, побоюючись імператора, не поїхали до Нюрнберга відстоювати курфюрське достоїнство, що належало по праву їм, а не пфальцграфам. Австрійський герцог Рудольф IV, що прийшов до влади в 1358 р., відповів на рішення імператора і курфюрстів виготовленням так званого "Великого привілею", в якому нібито від імені Фрідріха I і навіть Юлія Цезаря, Нерона та інших імператорів надавались Австрії нечувані привілеї, які далеко перевищували права будь-кого з курфюрстів. Можливо, австрійський герцог почував себе особливо ущемленим Золотою булою ще й тому, що всі світські курфюрсти були нащадками короля Рудольфа Габсбурга по жіночій лінії, а прямі його нащадки в особі Рудольфа IV та його попередника Альбрехта II виявилися демонстративно відстороненими від участі в колегії курфюрстів.

Карл IV зумів не тільки добитися недопущення своїх найсильніших противників до складу колегії, він забезпечив і привілейоване місце в ній для чеського короля. Так, Ейке фон Репков у "Саксонському зерцалі" категорично стверджував: "...король чеський не має права обирати, тому що він не німець". Деякі пізніші глоси до "Зерцала" підтверджують, що чеський король не є курфюрстом, "хоч він і став німцем". Деякі юристи XIII–XIV і навіть XV ст. наголошували на тому, що чеський король голосує лише тоді, коли думки інших шести учасників виборів розділилися порівну між двома претендентами на престол. У Золотій булі сказано з усією чіткістю, що після голосів трьох архієпископів настає черга чеського короля, "який серед світських курфюрстів володіє першістю завдяки величі королівського сану, праву і заслугам". Це явне нововведення, оскільки раніше вважалося, що перше місце серед світських виборщиків належить пфальцграфу.

Отже, завдяки зусиллям Карла колегія курфюрстів оформилась у складі, який не змінювався протягом століть. До неї увійшли архієпископи Майна, Кельна і Тріра, король Чехії, Рейнський пфальцграф, герцог Саксонії й маркграф Бранденбурга. Три архієпископи були, безсумнівно, найбагатшими та найвпливовішими духовними особами Германії. Однак довгий час дискутувалося питання, чому інші посади виборщиків монополізували всього чотири світські династії. Не так давно було висунуто припущення, що визначально ці династії походили по чоловічій лінії від сестер Оттона Великого, тобто продовжували рід Саксонських імператорів, що заснував Священну Римську імперію.

Далі в тексті Були детально, аж до дрібниць, регламентується порядок обрання нового короля. Головне полягає в тому, що достатньо простої більшості, щоб вибори вважалися законними (гл. 3). При цьому, якщо претендент сам є курфюрстом, він має повне право подати голос за самого себе. Можна допустити, що останнє установлення було тісно пов'язано з наміром Карла зберегти германську корону за своєю династією. Через курфюрстів, що запізнилися на вибори, переголосування не проводилося, а позиція тих, що не з'явилися, до уваги не брали. З усього змісту Були ясно, що обрання курфюрстами є необхідною і достатньою умовою для набуття королівського сану. Тим самим мовчазно відкидаються будь-які претензії папської курії "утверджувати" кандидата, уже призначеного виборщиками. Так само обходяться мовчанням прагнення папи бути "вікарієм" імперії між смертю імператора і обранням нового короля. Вікаріат надається Булою пфальцграфу і саксонському герцогу (гл. 5). Тому більшість істориків підкреслюють велике значення Були для зміцнення суверенітету Германії.

Значну роль у змісті Золотої були відіграють норми, що забезпечували лояльність князів та королівської влади, а цьому мають слугувати ті розділи, де йшлося про права й привілеї курфюрстів, які кожен знов обраний король зобов'язувався негайно підтвердити (гл. 2). Першою серед них, зазвичай, називають надання курфюрстам гірської та монетної регалій (гл. 9-10). Там же зазначається і право придбати землю, замки, володіння, заклади тощо у будь-яких князів, графів "й інших людей". Композиція цих глав, особливо 10-ї, дозволяє

припустити, що перш за все йшлося в них про чеське королівство, а лише потім, чи то за наполяганням курфюрстів, чи то за бажанням короля, перераховані привілеї були поширені й на інших князів-виборщиків. Землі чеської корони зростали особливо активно саме в 50–60-ті рр., і тому Карл був зацікавлений у фіксації законності його придбань, а дата цього привілею (3.12.1355) дозволяє припустити, що він став умовою, за якою маркграф погодився "ратифікувати" 10-ту главу. Території курфюрств були неподільними володіннями, що передавались у спадок. Ще курфюрсти володіли правом вищої юрисдикції у своїх володіннях, правом на ведення приватних війн з іншими феодалами. Політична самостійність курфюрстів не мала правових обмежень, крім заборони на ведення війни і укладення миру з іноземними державами (ця прерогатива зберігалася за імператором).

Важливо підкреслити, що Золота була (гл. 9 та 10) не надавала курфюрстам якихось нових привілеїв, вона скоріше фіксувала реальний стан справ. У більшості випадків у князів вже були королівські привілеї. Так, карбування срібної монети практично із самого початку знаходилося в руках територіальних володінь. Майже теж саме можна сказати й про судові привілеї, пожалувані главами 8 та 11. Чехія отримала повну судову незалежність від імперії, якою вона, по суті, також вже володіла. Інші курфюрсти отримали дещо менше. Карл ввів у текст Були постанову, за якою піддані курфюрстів (крім підданих чеського короля) при будь-яких утрудненнях у здійсненні правосуддя мали право звернутися до імперського суду або особисто до судді, який його очолював. Ця теза була сформульована досить туманно, з чого випливало, що центральна влада могла за певних умов використати гл. 11 Були для посилення своєї юрисдикції.

Була встановлювала неподільність курфюрського звання між різними членами роду і чіткий порядок наслідування (гл. 7, до якої згодом додавалася гл. 25). У цьому зв'язку вводився і принцип неподільності не тільки титулу, але й самого князівства: "…будь-який розподіл, подрібнення чи відчуження частин князівства й того, що йому належить, заборонені". Крім того, у гл. 20 проводиться важлива думка про те, що титул курфюрста не існує окремо від усіх інших прав, якими володіє князівство. Він пов'язаний не з особистістю, а з володінням, і претендувати на звання курфюрста може тільки той, хто реально володіє "великим і славним" князівством, а не той, хто має на нього формально юридичні права. Ці норми також існували в імперському праві: ще Ронкальський сейм 1158 р. забороняв ділити герцогства, марки та графства.

Глава 24 різко виділяється з тексту Були. Вона становить собою не запис діючого права, як більшість глав Золотої були, а велику цитату з Кодексу Юстиніана, що не мала нічого спільного на той час з германськими умовами середини XIV ст. У відповідному місці Кодексу імператор проголошував, що римські сенатори, "як частина нашого тіла", приймаються під захист закону "про образу величності". У Булі ці ж постанови механічно переносилися на курфюрстів. Весь зміст глави і особливо система передбачених нею покарань були зовсім не властиві германському праву і протягом Середньовіччя не застосовувалися. Очевидно, можна припустити, що тут ішлося про забезпечення особистої безпеки князів-виборщиків і ні про що більше.

Дійсно новим привілеєм, що жалувався Золотою булою курфюрстам, став дозвіл не платити при інвеститурі чи підтвердженні прав на імперський лен внеску в розмірі 63,25 марки (гл. 30). Про те, що такі платежі все ще практикувалися, свідчить згадка про виплату зазначеної суми архієпископом Тріра на імперському зібранні 1355/1356 г. у Нюрнбергу. У німецькій літературі стверджується (М.Бухнер), що за давньою традицією цей внесок сплачували тільки церковні князі. Золота була, яка дозволяла курфюрстам не сплачувати цих грошей, вимагала, щоб усі інші князі, як світські так і духовні, якщо не мають особливих привілеїв, сплачували згаданий внесок.

У цілому можна стверджувати, що укладенням Золотої були імператор Карл IV ніяких нових принципових поступок курфюрстам не зробив. Головні політичні питання: про склад колегії курфюрстів та про обов'язковість принципу більшості при обранні короля – виявилися вирішеними, скоріше за все, у повній відповідності з його початковими планами. Пункт про єдину монету повністю відсутній в Булі, а про необхідність знизити безмірні мита в найзагальнішому вигляді говориться в гл. 17.

Щодо завдання встановлення миру, про що говорив Карл, то більшість дослідників убачали в його словах свідчення бажання імператора укласти в Нюрнбергу договір "земського миру", що охоплював значну частину Германії. Це підтверджує гл. 15 Золотої були підтримкою групи "союзів і об'єднань…, укладених князями, містами та іншими для зміцнення загального миру в землях та областях". Можна звернути увагу на те, що слово "мир" у Булі вживається стосовно головного питання зібрання – забезпечення обрання нового короля, хоч ще в XII–XIII ст. у загальноімперському праві за звичаєм підтримка "земського миру" розумілася доволі широко. Це була основна функція імперських органів влади й охоплювала досить широкий спектр відносин: це і присяга не здійснювати насильства в будь-якій формі всіма підданими імперії; покора церковній юрисдикції; правове регулювання стягнення дорожніх та інших зборів; накладення стягнень за правопорушення тощо. Мир для Карла в даному випадку – це припинення розбрату між курфюрстами, недопущення подвійних виборів, здатних викликати війну чи навіть дрібних процедурних спорів і неясностей.

Багато дослідників, що аналізували державно-правовий зміст Були, майже не звертали уваги на численні розділи, в яких йшлося про різноманітні церемонії й урочисті обряди, що здійснюються при обранні короля та на першому імперському зібранні, ним скликаному. Однак властива середньовічному звичаєвому праву обрядовість та церемоніальність несе в собі значне символічне смислове навантаження та, кажучи про те, які політичні тенденції втілює в собі Була, не можна обходити увагою ідеї, які укладачі передбачали навіяти численним глядачам публічних церемоній. Уявляється, що головним у цих політичних виставах була демонстрація авторитетності імператорської й королівської влади та єдності імперії, що виражалось у тому, що її "чини" – курфюрсти та деякі інші князі – несли чітко визначені "служби" імператору, діючи узгоджено і в строгому порядку, якого так не вистачало реальним політичним відносинам в імперії. Ні про яке зрівняння курфюрстів у правах з монархом і в цих розділах Були не йдеться, навпаки, усіляко підкреслюється підпорядковане становище виборщиків відносно свого сеньйора. Імператор завжди знаходиться в центрі процесії чи святкової учти. Почесність усіх інших місць вимірюється згідно з тим, наскільки далеко знаходяться вони від королівського, праворуч чи ліворуч від нього. Курфюрсти займають найближчі місця, навіть імператриця повинна слідувати після них (гл. 26). Курфюрсти, як це зазначено в Булі, сперечалися між собою за право нести ті чи інші королівські інсигнії перед персоною монарха. Особливо чітко прийшлося встановити, хто роз-

міщується праворуч від імператора, – на цю честь претендували архієпископ Майнца як фактичний глава колегії та архієпископ Кельна, що розпоряджався коронацією (гл. 3). Друге місце справа закріпили за чеським королем – єдиним "коронованим помазаником" серед усіх курфюрстів (гл. 5). Йому належить першість перед будь-яким королем, що з'явився при імператорському дворі (гл. 6).

Церемоніальні правила передбачали порядок проведення процесій з участю короля (гл. 26), урочистих трапез (гл. 28), благословення прелатів (гл.27), особлива увага приділялася здійсненню "служби" світськими курфюрстами. Кожен з них верхи під'їздить до підвищення (імператорський стіл мав бути на 6 футів вище столів курфюрстів), на якому відбувається трапеза, і виконує ритуал, до якого зобов'язує почесна "посада". Імперський маршал (тобто конюший) – герцог Саксонії – черпає з купи вівса срібну міру і віддає слузі, який відносить її в конюшню для коня государя. Маркграф Бранденбурга ("камергер") подає імператору срібну миску з водою і "красивий рушник", щоб государ міг вимити руки. Пфальцграф ("стольник") приносить чотири срібні таці з їжею і ставить їх перед монархом. "Чашник " – король Чехії (або його заступник, наприклад, герцог Люксембурга) – наповнює вином, розбавленим водою, великий срібний келих. При цьому курфюрсти повинні були проявляти не тільки лояльність до монарха, але й по відношенню один до одного (гл. 28).

Отже, не було ніяких суперечностей між "правовою" і "церемоніальною" частинами Були. Ті ж самі ідеї виражені в одному випадку мовою юриспруденції, в іншому – символікою церемоній, походження яких слід шукати у звичаях двору франкських королів. Навіть особливе становище Чеського королівства в імперії, підтверджене Булою, відобразилось у дозволі "чашнику" виконувати свою "службу" без королівської корони на голові (гл. 4), а також у положенні, що всі чиновники імперії повинні були володіти чеською мовою.

Ще Золота була встановлювала раціон харчування для курфюрстів під час виборів: якщо протягом місяця вони не могли дійти згоди, їхня подальша робота проводилася в умовах зменшення встановленого раціону, вони повинні були перейти на харчування "лише хлібом і водою і ніяким чином не виїздити з міста" (цей принцип був запозичений з процедури конклаву римських пап).

Першим кроком заново обраного імператора мало бути видання спеціального документа, де містилося підтвердження курфюрстам "усіх їхніх привілеїв, грамот і прав, вольностей, пожалувань, старовинних звичаїв, а також почесних санів і всього, що вони від імперії отримали і чим володіли аж до дня виборів". Пізніше, у XVI ст. ці документи отримали назву "виборних капітуляцій" і стали важливим елементом державного права Германії. Уся подальша діяльність імператора повинна була відбуватись в тісному співробітництві з колегією князів-виборщиків, яка перетворилась в постійно діючий орган державного управління. Курфюрсти повинні були щорічно збиратися на свої наради, де їм належало разом з імператором розглядати найважливіші загальнополітичні питання, що відносились "до загальної користі й блага".

Протягом другої половини XIV ст. посилань на Золоту булу було небагато: вона згадується побіжно в рахункових книгах Франкфурта і Нюрнберга 1366, 1371 та 1385 років, причому як привілей, отриманий цими містами. По-справжньому Золота була ввійшла в політичне життя Германії при подвійних виборах 1410 р. Це були останні вибори коли на престолі виявились два королі. З того часу подібних розбрату і суперечок не ставалося значною мірою завдяки чіткості встановленого Золотою булою порядку. У 1410 р. Майнцський прелат вимагав допуску у Франкфурт і послав магістрату виписку з тексту Були. Горожани, посилаючись на той же документ, який, між іншим, уголос зачитувався на міській площі Франкфурта, вимагали від курфюрстів не приводити із собою у свитах більше 200 осіб. Пфальцграф вимагав визнання свого права бути вікарієм імперії, поки триває міжцарів'я, юристи обговорювали, чи має право курфюрст, що заклав своє князівство в борг, голосувати на виборах, чи це слід робити його кредитору, а претенденти на престол, апелюючи все до того ж документа, докоряли один одному в незаконності обрання.

Протягом XV ст. Була неодноразово перевидається, її перекладають та ілюструють, її екземпляри зберігаються поряд зі списками "Саксонського зерцала" навіть не в найбільших бібліотеках, однак ситуація, передбачена Булою, коли новий король обирається спеціально зібраними курфюрстами після смерті його попередника, виникала надзвичайно рідко. Зазвичай престол передавався ще при житті государя. Виборний характер королівської влади в Германії, зафіксований Золотою булою, був формальним, насправді принцип передачі влади у спадок став відігравати значно більшу роль, ніж принцип "вільного вибору". Насправді, з 1349 по 1437 рр. править династія Люксембургів, і лише на 10 років в 1400–1410 рр. корона переходить до представника дому Віттельсбахів. Сигізмунд Люксембург помирає в 1437 р., не залишивши прямих нащадків, але він усиновив Альбрехта Габсбурга, і курфюрсти обирають Альбрехта. З того часу після вибору трьох Габсбургів поспіль – 1438, 1440 і 1493 р. до припинення роду Габсбургів у 1740 р. корона переходить послідовно від батька до сина і набирає рис спадкової монархії. І навіть тоді імператори мали дуже обмежену свободу дій. У 1742–1745 рр. на престолі знову з'явився Віттельсбах – Карл VII, але лише тому, що був родичем Габсбургів. Після його смерті імператорський титул перейшов до іншої побічної лінії згаслої династії – Габсбурзько-Лотаринзького дому – і залишився в цьому роді до кінця існування імперії.

Але в цілому князівські юристи XVI–XVII ст. широко використовували Золоту булу для обґрунтування претензій численних германських територіальних володінь. Саме тоді Була стає "основним законом німецького багатовладдя", за словами Ф.К.Шлоссера. Чи не головним питанням Золотої були, що дискутувалося широко в історико-юридичній літературі, була проблема союзу з тими силами в імперії, на які орієнтувався імператор. Союзниками центральної влади виявлялися князі – найпослідовніші представники децентралізаторських устремлінь в імперії. Заради їхньої підтримки були введені в Булу статті, спрямовані проти міст, – заборонялися міські стіни і пфальцбюргерство (гл. 15-16). Колізія, не позбавлена трагізму, полягала в тому, що силою обставин королівська влада в Германії не змогла знайти скільки-небудь надійної соціальної опори в імперії поза колом своїх об'єктивних противників і не могла не відвернутися від своїх об'єктивних прихильників. З урахуванням цих обставин форма державного устрою Германії періоду XIV–XVI ст. може бути визначена як специфічний варіант конфедеративного об'єднання, тобто союз самостійних князівств і єпископств, а з погляду форми правління, Германська імперія поєднувала в собі монархічний і олігархічний принципи, тобто формально існуюча виборна монархія поєднувалася з фактичним правлінням князів-виборщиків.

[1] *Берман Гарольд Дж.* Право і революція. Формування Західної традиції права. – К., 2001. [2] *Ле Гофф Ж.* Цивилизация Средневекового Запада. – М., 1992. [3] *Сергеев А.Г.* Светские и духовные властители

Европы за 2000 лет. – М., 2003. [4] *Феллер В.В.* Германская Одиссея. – Самара, 2001. [5] Хрестоматия по Всеобщей истории государства и права / Под ред. К.И.Батыра, Е.В.Поликарповой. – М., 1996. – Т. 1.

Надійшла до редколегії 21.05.03

О.Т.Панасюк, канд. юрид. наук

ЗВИЧАЄВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН

Розглядається місце звичаєвого права та трудових звичаїв у системі трудового права. Можливість та умови застосування звичаєвого права та звичаїв визначаються особливостями правової системи країни, її культурними та національними традиціями. Таке застосування істотно впливає на підвищення аксіологічної обґрунтованості існуючих правових норм.

The article deals with the role of common law and labour traditions in the system of labour law.Possibilities and terms of application of common law and traditions are determined by peculiarities of country's legal system, its cultural and national traditions. Such an application substantiolly influences on the of axiology validity of existing legal rules.

У науці трудового права питання про джерела є одним з важливих, враховуючи що вони виступають об'єктивними чинниками, які породжують право як соціальне явище[1]. Проте зробити висновок про достатність уваги з боку науковців до проблем існування та особливостей джерел трудового права в даний час не має підстав. Цьому сприяє і стан загальнотеоретичних досліджень про поняття, природу та значення тих чи інших джерел у сучасних умовах.

Розгляд звичаю як джерела трудового права є таким, що суперечить існуючій правовій доктрині, яка визнає єдиними джерелом регулювання трудових відносин нормативний акт. Проте це не є виправданим.

Онтологічний підхід до розвитку трудового права та вивчення історії розвитку джерел трудового права (а власне й історії формування самого трудового права) дозволяє стверджувати, що звичай як засіб регулювання відносин, пов'язаних із застосуванням праці, об'єктивно існує.

Аксіологічний аспект дослідження джерел трудового права, у свою чергу, надає можливість звернути увагу на ті чи інші явища, які виступають природною життєвою потребою щодо трудової поведінки. А саме така потреба є однією із характеристик звичаю[2].

Культурологічний аспект виникнення та існування правового регулювання праці об'єктивно передбачає наявність сталих ритуалів, традицій, звичаїв трудового колективу, підприємства, територіальної громади тощо.

І врешті-решт, соціальна природа трудових відносин передбачає існування як "писаного", так і "неписаного" їх (*відносин*) регулювання.

Усі ці обставини дозволяють стверджувати про необхідність нового погляду на систему регуляторів трудових відносин (систему джерел трудового права) та місце в неї звичаєвого права.

Філософське визначення звичаю полягає в наступному – спосіб дій, прийнятний в суспільстві[3], що характеризує певну традицію і підтримує згоду між людьми.

Саме завдяки цій властивості звичаю первісне право як прояв безпосередньої діяльності родового (народного, племінного) духу є право звичаєве, в якому засади справедливості діють не як теоретично усвідомлений мотив, а як безпосереднє практичне спонукання, приймаючи при цьому форму символів[4].

Звичай є первісною формою існування права. Трудове право як об'єктивна форма правового регулювання процесу праці не є винятком у зв'язку з цим.

Західна і східна традиції права визнають значення звичаю в регулюванні відносин, пов'язаних з працею. До 1050 р. в Європі не існувало збірників права, проте зустрічалися збірники звичаїв[5]. Більше того, найвідоміші пам'ятки права – це пам'ятки звичаєвого права, створені на базі звичаїв, що склалися раніше[6].

Водночас звернемо увагу на відмінність звичаєвого права та санкціонованого державою звичаю. Звичаєве право не розглядається як санкціоновані державною владою звичаї, це самостійний тип права, для якого може вживатися синонім "архаїчне право" або "традиційне право" та який є відмінним від сучасного права[7].

Тому в дослідженні звичаєвого регулювання трудових відносин слід виділити два об'єкти: *звичаєве право* та *звичай (санкціонований звичай, трудовий звичай[8])*.

Звичаєве право є одним із витоків трудового права. Його існування не підлягає запереченню. Саме тому звичаєве право є складовою частиною історії регулювання трудових відносин, а це означає й історії трудового права. На жаль, дослідження онтологічного аспекту трудового права або історії формування норм трудового права з урахуванням звичаєвого регулювання в науці трудового права практично відсутні.

У той же час, активно досліджується етнотворчий (культурологічний) аспект звичаєвого регулювання трудових відносин. Це є значним та істотним чинником розвитку юридичної науки. Основними напрямами етнотворчого дослідження звичаєвого регулювання трудових відносин є особистий найм на сільськогосподарських роботах [питання форми (способи) найму, його строки та системи оплати, обов'язки роботодавця тощо], особливості колективних трудових відносин на господарських роботах у селі (організація та особливості спільного виконання робіт), особливості організації промислової праці [цехова організація (порядок вступу, отримання звань (посад), вихід тощо], трудова етика цеховиків тощо)[9].

Звернено увагу на межі етнотворчих та історичних досліджень: XII – початок XX ст. Це період виникнення та розвитку саме тих відносин, потреба в регулюванні яких викликала, врешті-решт, необхідність існування трудового права. Тому звичаєве право слід розглядати як історичне передтрудове право, джерело (витоки) норм, які становлять сучасне трудове право.

У зв'язку з цим виникає запитання: чи зникає звичаєве право? На початку XX ст. звичаєве регулювання було поширено, а система законодавства про працю ще тільки формувалася. Причому основною тенденцією формування є уніфікація регулювання, внутрішня та міжнародна стандартизація правового регулювання умов праці. Це істотно обмежило сферу звичаєвого права. Але ж чи повністю замінили її?

Упевнено можна стверджувати, що відповідь на це запитання безпосередньо залежить від особливостей правової системи конкретної країни, її культурних та національних традицій.

Звернемося до питання про поняття та особливості звичаю в регулюванні трудових відносин. Насамперед, воно стосується джерел трудового права.

На перший погляд, існуючі підходи щодо розуміння системи джерел трудового права виключають можливість розгляду звичаю як джерела трудового права. У той же час, враховуючи вищенаведені міркування, проаналізуємо деякі явища, що існують у трудовому праві.

© О.Т.Панасюк, 2004

1. Насамперед, правові аксіоми в трудовому праві. Питання про правові аксіоми в теорії трудового права не знайшло належної уваги, проте в теорії права вже достатньо досліджено. Про це писали у своїх працях Г.Манов, О.Черданцев, О.Ференс-Сороцький та ін. Аксіоми – такі правила регулювання поведінки, які в результаті тривалої практики їх застосування є звичними та самоочевидними. Потреба дотримання їх не пов'язана з обов'язковою формалізацією. Разом з тим, аксіоми забезпечують правоприємство та зв'язок між правовими системами, між правовими системами та системою моральних норм (справедливістю тощо).

У радянський період мали поширення аксіоми, що стосувалися регулювання трудових відносин. Наприклад, "труд является обязанностью и делом чести каждого способного к труду гражданина по принципу "кто не работает, тот не ест", "от каждого по его способностям, каждому по труду"[10]. З погляду змісту, способу формулювання та існування, за способами забезпечення можна говорити про подібність аксіом та звичаїв. Певну відмінність становить значення їх, оскільки аксіоми мають загальне людське (загальнодержавне) значення та визнання, звичаї, як правило, носять локальний характер. У той же час, усе зазначене вище дає підстави визначити *правові аксіоми як явища, що є звичаєм з публічно-правовим значенням.*

2. Локальні норми. Місцеве значення таких норм є загальновизнаним.

Існують різні види локальних норм. Найпоширенішим у науці трудового права є аналіз локальних норм за їхнім співвідношенням з нормами, що прийнятті в централізованому порядку.

Також локальні норми поділяють за способом їх прийняття. Насамперед ті, які прийнято шляхом делегування державою відповідних повноважень учасникам трудових відносин на підприємстві (такі норми конкретизують зміст норм загального значення). Далі, локальні норми можуть формуватися шляхом надання рис правової норми правилам поведінки працівників, які обумовлені індивідуальними особливостями трудових відносин конкретного підприємства (тобто є наслідком реалізації в правових нормах традицій та звичаїв, що виникають та існують на підприємстві).

Значення звичаїв у житті підприємства є досить важливим. Сучасна управлінська теорія сформувала такі поняття, як корпоративна культура, організаційна культура (культура організації).

Певною мірою на стосунки між працівниками підприємства впливає й місцева (регіональна) етика, культура тієї місцевості, де мешкають працівники. Саме так формуються підходи до визначення середнього рівня оплати праці, особливості способів матеріального та морального стимулювання, заходів щодо підтримання дисципліни праці, традиції щодо прийняття на роботу ("перша зарплата" та ін.), спільного святкування визначних дат, подій в житті та досягнень конкретного працівника тощо.

Під впливом етичних норм формуються сталі правила поведінки працівників конкретного підприємства. Виконуючи нормативно-оціночну функцію, такі правила потребують оформлення та закріплення. *Формалізовані традиції та звичаї підприємства приймають форму локальної правової норми.*

3. Правила професійної етики (правила ділового етикету) є одним із видів звичаєвих норм стосовно організації праці (особливостей виконання певних видів професійної діяльності) і тому заслуговують на увагу. Йдеться про обов'язок дотримуватися цих норм як складової частини дисципліни праці певних категорій працівників. Вони знаходять закріплення в нормативних актах і відіграють значну роль у формуванні поведінки працівника. Зокрема, п. 2 Дисциплінарного Статуту органів внутрішніх справ визначає поняття професійної етики. Стаття 3.8.4. Регламенту Верховної Ради України 27 липня 1994 р. № 129/94-ВР має вказівку на правила депутатської етики, наказ Національної Служби примирення та посередництва від 8 вересня 2000 р. № 72 затвердив "Правила етики арбітра (члена трудового арбітражу)", Кодекс етики професійних бухгалтерів згадується в "Положенні про сертифікацію аудиторів банків", затверджених постановою Правління Національного банку України від 9 вересня 2003 р. № 388; п. 4 Наказу Міністерства охорони здоров'я України від 8 жовтня 1997 р. № 303 "Про регламентацію діяльності анестезіологічної служби України" вказує на медичну етику; у ст. 2 Закону України "Про телебачення і радіомовлення" від 21 грудня 1993 р. № 3759-XII вживається термін "професійна етика"; Правила ділового етикету державних службовців називаються в наказі Головного Управління Держаної Служби України від 1 вересня 1999 р. № 65 "Про Довідник типових професійних характеристик посад державних службовців" (вип. 76); принципи медичної етики згадуються в "Положенні про організацію роботи цілителя", який здійснює медичну діяльність у галузі народної та нетрадиційної медицини, затвердженому наказом Міністерства охорони здоров'я України від 11 лютого 1998 р. № 36; ст. 27 Закону України "Про психіатричну допомогу" від 22 лютого 2000 р. № 1489-III (медична етика); Кодекс честі Професійної асоціації реєстраторів і депозитаріїв, затверджений III загальними зборами ПАРД від 4 квітня 1997 р., протокол № 1; Кодекс професійної етики аудиторів України, затверджений Аудиторської Палатою України від 18 грудня 1998 р. № 73; Привила адвокатської етики, схвалені Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури при Кабінеті Міністрів України 1 жовтня 1999 р., протокол від 1–2 жовтня 1999 р. № 6/VI; правила професійної етики обслуговування (про культуру мови, доброзичливе ставлення до замовника, професійну грамотність, ознайомлення замовника з вимогами нормативних документів, які належать до цих послуг) згадуються в Інструкції щодо надання перукарських, манікюрних та педикюрних послуг, затверджені наказом Українського союзу об'єднань, підприємств і організацій побутового обслуговування населення від 27 серпня 2000 р. №20 тощо.

Такі правила мають звичаєву природу, хоч значення їх не є місцевим. Тому їх слід вважати звичаями.

Таким чином, усе вищевикладене дає підстави вважати, що одночасно з нормами трудового права регулювання трудових відносин відбувається під впливом звичаєвого права та трудових звичаїв. Це викликає потребу дослідження їх з метою закріплення в системі трудового права.

[1] *Пилипенко П.Д.* Проблеми теорії трудового права. – Львів, 1999. – С.86. [2] *Комаров С.А.* Общая теория государства и права. –М., 1998. – С.221. [3] *Дидье Жюлиа*. Философский словарь. – М., 2000. – С.298. [4] *Соловьев В.* Право и нравственность. – Мн.; М., 2001. – С.7. [5] *Гарольд Дж. Берман*. Западная традиция права: эпоха формирования. – М.; М., 1998 – С.11. [6] *Комаров С.А.* Общая теория государства и права. – М., 1998. – С.224. [7] Проблемы теории государства и права. – М., 1999. – С.297. [8] *Киселев И.Я.* Зарубежное трудовое право. – М., 1998. – С.18. [9] *Іванoвська О.П.* Звичаєве право в Україні. Етнотворчий аспект. – К., 2002. – С.149-170; *Кенигсбергер Г.* Средневековая Европа. 400–1500 годы. – М., 2001. – С.220-224. [10] *Александров Н.Г.* Советское трудовое право. – М., 1950. – С.7, 33.

Надійшла до редколегії 18.07.03

О.А.Беляневич, канд. юрид. наук

ПРИНЦИП СВОБОДИ ДОГОВОРУ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ТА ГОСПОДАРСЬКИМ КОДЕКСАМИ УКРАЇНИ

Розглядається зміст принципу свободи договору за Цивільним та Господарським кодексами України, його обмеження та особливості дії у сфері господарювання.

The sense of the principle of freedom of contract according to Civil and Commercial Codes of Ukraine, its restriction and peculiarities of effect in the field of economy is examined in the article.

Визначені статтею 3 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) загальні засади цивільного законодавства є нормами – принципами, "сухим залишком" цивільно-правової матерії, які визначають вектор регулювання суспільних відносин, заснованих на рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. У сфері регулювання цивільно-правових договірних відносин головне навантаження несуть принцип свободи договору та принцип справедливості, добросовісності та розумності (ст. 3 ЦК).

Правовим проблемам зазначених вище принципів договорів було приділено чимало уваги як правознавцями дореволюційного періоду (зокрема Й.О.Покровським, Г.Ф.Шершеневичем), так і сучасними авторами (М.І.Брагинським, Н.С.Кузнєцовою, В.В.Луцем, М.Сибільовим, А.В.Луць та ін.), але в основному в рамках цивілістичної доктрини. Метою цієї статті є теоретичне осмислення дії цивілістичного принципу свободи договору в сучасних соціально-економічних реаліях з позиції необхідності захисту публічних інтересів у договірних відносинах.

У Господарському кодексі України (далі – ГК) принципи, на яких ґрунтується правова регламентація господарських договірних відносин, окремо не визначені й можуть виводитися із загальних принципів господарювання, викладених у ст. 6 ГК, насамперед, свободи підприємницької діяльності в межах, визначених законом, та обмеження державного регулювання економічних процесів у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції в підприємництві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства і держави.

Таким чином, актуальність теми, винесеної в назву цієї статті, зумовлена тим, що принципи договорів (цивільно-правових та господарських) мають не тільки слугувати орієнтиром у формуванні змісту позитивного права, але й задавати напрям правозастосування.

Аналіз проблемних питань дії принципу свободи договору має ґрунтуватися на певних концептуальних засадах. Аксіоматичним і з філософського, і з правового погляду є те, що принципи (від лат. principium – основа, засада, першопричина, походження) як керівні ідеї характеризується абстрактною загальністю, причому такою, що безпосередньо пов'язана із сутністю явищ та процесів, усталена та слугує вихідним пунктом пояснень або керівництвом до дій. Принципи права в цілому і окремих галузей права зокрема відносяться до числа юридичних закономірностей. При цьому правові принципи розуміються як категорії правосвідомості, а принципи права – як сукупність правових принципів, що закріплені в системі чинних норм права[1]. Можна стверджувати, що еволюція права спрямовується від ідей до правових принципів, які, фіксуючись у правових нормах, набувають статусу принципів права і через реалізацію цих норм втілюються в суспільну практику.

З погляду походження не всі принципи, зафіксовані в нормах чинного законодавства, можуть визнаватися правовими в точному значенні цього слова, і це передбачає застосування адекватних методів їх дослідження. Так, принцип рівності повністю визначається формально-правовими категоріями (як, зокрема, у ст. 21 Конституції України: "Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах"). Філософська за походженням категорія свободи, будучи закріплена в нормах права, не може бути витлумачена однозначно та вичерпно, через що законодавець змушений вдаватися до правової в точному значенні цього слова формалізації тільки окремих складових цього поняття – або через перелік правомочностей, або через встановлення відповідних імперативних приписів, які визначають у такому випадку "фізичну протяжність" цієї свободи. З огляду на це, обґрунтований Т.Гоббсом правовий принцип громадянського суспільства "Громадянам (підданим) дозволено все, що не заборонено законом", який нерозривно пов'язаний з правилом "Незнання офіційно оприлюдненого закону не звільняє від відповідальності за його порушення", визначає низку аспектів співвідношення свободи та права[2]. Ідея свободи особистості втілена у фундаментальному принципі конституційного права, закріпленому в ст. 3 Конституції України: найвищою соціальною цінністю в Україні є людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека; права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Конкретизація цього конституційного принципу здійснюється в правових нормах, що мають різну галузеву "прописку", і, зокрема, у положеннях Цивільного та Господарського кодексів України.

Принципи ж справедливості, розумності, добросовісності, що визначаються як "оціночні поняття в праві" є по суті етичними категоріями, включеними в правову матерію, і які законодавцем не можуть бути юридично формалізовані. Через це будь-яка окрема галузь права навряд чи може претендувати на монопольне "володіння" цими принципами.

Для потреб правозастосування важливо з'ясувати, яким чином співвідносяться принцип свободи договору, визначений в ЦК, та засади регулювання договірних відносин, встановлені ГК. Сучасна кодифікація цивільного та господарського законодавства загострила наукові дискусії, в епіцентрі яких залишається питання розмежування предмета регулювання Цивільного і Господарського кодексів України. З позиції правозастосовної діяльності це питання трансформується, насамперед, у проблему вибору господарським судом при здійсненні судочинства належної правової норми, яка має бути застосована до спірних правовідносин. Уявляється, що зазначена проблема не породжена самим фактом існування двох кодифікованих актів: у вітчизняному законодавстві традиційно присутні нормативно-правові акти спеціального характеру, які містять детальніші порівняно із загальними нормами приписи і повніше враховують специфіку регульованих ними суспільних відносин, що зумовлює постійний пошук суддею правильного – єдино можливого – вибору тієї чи іншої норми. При цьому і українською, і західною правовою доктриною та практикою, у тому числі судовою, сприйнятий давньоримський правовий прин-

© О.А.Беляневич, 2004

Київський національний університет імені Тараса Шевченко University

цип "lex specialis derogat generalis". Зокрема саме в такому сенсі висловлюються німецькі правознавці: дія норм Німецького цивільного уложення та законів, що його доповнюють (Німецького торгового уложення, Акціонерного закону, Закону про боротьбу з обмеженнями конкуренції та ін.), поширюється на всі приватноправові відносини, але лише тією мірою, в якій зазначені норми як загальні приписи не витісняються спеціальними приписами приватного права відповідно до правил колізії законів (вимоги спеціалізації, альтернативності, субсидіарності)[3].

Відповідно до ст. 4 Господарського процесуального кодексу України господарський суд не може відмовити в розгляді справи з мотивів неясності, суперечності чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини. Причому у випадку застосування судом аналогії закону або аналогії права важливого значення набуває застосування судом правових принципів регулювання договорів. Правило про застосування господарськими судами аналогії закону та аналогії права з незрозумілих причин було виключено з тексту ст. 4 ГПК у 1997 р., разом з тим норма ст. 11 Цивільного процесуального кодексу України передбачає застосування загальних начал і змісту законодавства України в разі відсутності закону, що регулює спірні відносини. Таким чином, при розгляді господарського спору, що виник з договірних/переддоговірних відносин, суд має застосувати принципи договірного права, якщо законодавче регулювання таких відносин суперечливе, якщо закон "мовчить", якщо сторони змоделювали свої відносини на власний розсуд, не порушивши при цьому нормативні заборони або позитивні зобов'язання. Зазначена проблема вибору правової норми загострюється, коли Кодекси регулюють договірні відносини по-різному або взагалі їх не регулюють (наприклад, у випадку укладення непойменованого договору). Таким чином, застосування принципів права має значення не тільки для інтерпретації норм закону, але в значно більшому ступені – для згладжування "правових пустот"[4].

Деталізований в ст. 627 ЦК принцип свободи договору включає в себе можливості:

– укладення договору на вільний розсуд сторін;

– вільного вибору контрагента;

– вільного визначення сторонами умов договору з урахуванням вимог цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

У літературі як складові принципу свободи договору виділяють також свободу вибору сторонами форми договору, право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, законом не передбачені, але такі, що йому не суперечать, право сторін за своєю угодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору, визначати способи забезпечення договірних зобов'язань, право встановлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань[5]. Утім, зазначені можливості, по суті, є деталізацією свободи сторін визначати зміст договору. Щодо вільного обрання сторонами форми договору, то це твердження не узгоджується з правилом частини 3 ст. 203 ЦК, відповідно до якої правочин має вчинятися у формі, установленій законом, отже, вибір сторонами форми договору повністю зумовлений наявними нормативними приписами як Цивільного кодексу (зокрема ст. 205–210), так і інших актів законодавства. Відповідно до ч. 1 ст. 206 ЦК в усній формі можуть вчинятися правочини, які повністю виконуються сторонами в момент їх вчинення, за винятком правочинів, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, а також правочинів, для яких недодержання письмової форми має наслідком їх недійсність.

У більш широкому контексті ЦК, насамперед, ст. 6 "Акти цивільного законодавства і договір", договірна свобода учасників цивільного обороту може розумітися і як надана сторонам можливість відступити в договорі від положень актів цивільного законодавства і врегулювати відносини на власний розсуд. Редакція ч. 3 зазначеної статті дала привід для різних інтерпретацій меж розсуду сторін щодо необхідності застосування положень чинного законодавства при визначенні умов договору.

На думку З.В.Ромовської, новий ЦК відсуває закон на друге місце, віддаючи перевагу договору, а положення актів цивільного законодавства трактуються як диспозитивні, крім випадків, коли обов'язковість для сторін цих актів випливає з їхнього змісту або суті відносин між сторонами. Через це у сфері договірних відносин закон перестає вважатися істиною в останній інстанції, сторони мають право відступити від його положень, коригуючи його відповідно до своїх інтересів[6]. М.Сибільов зазначає, що, виходячи з ідеї про об'єктивний характер поділу права на приватне і публічне, визнання особливої ролі методу в регулюванні суспільних відносин, наявність у приватному і публічному праві власних правових принципів, "правове (виділено О.Б.) регулювання не може й надалі бути виключно державним (зовнішнім)", через що в новому ЦК регуляторами суспільних відносин визначено не тільки норми права (акти цивільного законодавства), але й договори, у тому числі міжнародні, а також звичаї, у тому числі звичаї ділового обороту[7].

Слід зауважити, що відповідно до ст. 4 ЦК УРСР 1963 р. виникнення цивільних прав та обов'язків пов'язувалося не тільки з підставами, передбаченими законодавством, але й діями громадян і організацій, які хоч і не передбачені законом, але в силу загальних начал і змісту цивільного законодавства породжують цивільні права і обов'язки. Відповідно до цього цивільні права і обов'язки виникали не тільки з угод (договорів), передбачених законом, а також з угод, хоч і не передбачених законом, але таких, які йому не суперечать. Таким чином, закон не сприймав принцип numerus clausus і не зобов'язував сторони дотримуватися лише названих у законі договірних конструкцій, отже, можливість моделювання договірних відносин на власний розсуд сторін і радянським цивільним законодавством не заперечувалася. І тому серед правових регуляторів, визначених ЦК, лише звичай, у тому числі звичай ділового обороту, з позиції законодавчого визнання, є новим засобом нормування договірних відносин, який не був названий як такий в ЦК УРСР. Хоч і тут доречно зробити важливу ремарку щодо можливості в окремих випадках застосування звичаю ділового обороту як джерела права: відповідно до ст. 4 Господарського процесуального кодексу України (у редакції Закону від 13.05.97) у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участі іноземного суб'єкта підприємницької діяльності, господарський суд може застосовувати міжнародні торгові звичаї. Зміст деяких норм ЦК УРСР, зокрема ст. 161 про належне виконання зобов'язання відповідно до вимог, що звичайно ставляться, у разі відсутності вказівки закону, акта планування або договору, свідчать про те, що і радянським законодавцем, хоч і обережно і тільки в окремих випадках, визнавалася регуляторна сила звичаю.

Теза про верховенство договору як регулятора цивільних відносин набула екстремістського забарвлення в інтерпретації П.Гуйвана, який стверджує, що новий ЦК надає сторонам можливість відступити від будь-яких імперативних правил, закріплених в актах цивільного законодавства, до яких відноситься і сам Цивільний

кодекс, отже, сам кодекс приватного права встановлює презумпцію пріоритету умов правочину, визначених сторонами, над імперативно визначеними умовами. Щоправда, як всупереч самому собі зазначає автор, за винятками випадків, коли умови правочину не узгоджуються із законодавством[8].

З такою позицією погодитися важко, оскільки принципи правового регулювання договорів, що закладені в цивілістичну нормативно-правову матерію, діють не самі по собі, а через відповідну юридичну норму та/або через акт правозастосування. Системне ж тлумачення окремих положень ЦК (зокрема ст. 6) у контексті всього Кодексу дає підстави стверджувати, що проголошена в новому Цивільному кодексі свобода договору значною мірою є даниною цивілістичній традиції, започаткованій західноєвропейським законодавцем на початку XIX ст., оскільки в тексті ЦК міститься ціла низка імперативних обмежень цієї свободи (ст. 203, 215, 628, 633, 634 тощо). З огляду на це, принцип свободи договору, встановлений ЦК, не може бути абсолютизований. До речі, досвід Заходу свідчить про те, що ліберальне законодавство про договори наразі поступається місцем суворо структурованому, орієнтованому на соціальну державу договірному праву, і в реальності свобода договору стає скоріш винятком, а його змістовна "визначеність" – правилом[9]. За правилами 2 абз. ч. 3 ст. 6 ЦК сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо сказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їхнього змісту або із суті відносин між сторонами. Більше того, однією із загальних вимог, додержання яких є необхідним для чинності правочину, є правило ч. 1 ст. 203 ЦК про те, що зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Тобто в ідеальній ситуації сторони при укладанні договору створюють "право для себе" в припустимих законодавством межах і на визначених в ньому принципах.

Якщо договір як вольовий акт спрямований на досягнення певного правового результату (відповідно господарський договір – певного результату у сфері господарювання), то цей результат має відповідати не тільки власним інтересам контрагентів, але й публічним інтересам (принаймні, не суперечити їм), причому незалежно від того, усвідомлюють самі суб'єкти необхідність цього чи ні, більше того, від них такого усвідомлення закон і не вимагає. Скоріше навпаки, завдяки загальнодозвільному типу правового регулювання закон окреслює тільки сферу забороненого, про що власне і мають бути обізнані суб'єкти господарських відносин. Далеко не кожний, діючи відповідно до вимог законодавства та виконуючи імперативні приписи закону або додержуючись законодавчих заборон, відчуває будь-які значимі суперечності між необхідністю відповідної поведінки та особистісними, внутрішніми бажаннями.

Як зазначалося, обмеження окремих складових принципу договірної свободи закладено в нормах ст. 633, 634 ЦК, що регламентують публічні договори та договори приєднання. Суттєвими обмежувачами договірної свободи слід також вважати: 1) за змістом ст. 627 ЦК – вимоги розумності та справедливості, яких мають дотримуватися учасники договірних правовідносин; 2) за змістом ч. 1 ст. 203 ЦК – моральні засади суспільства. Крім того, в окремих актах чинного законодавства такими обмежувачами називаються "суспільний порядок", "публічний порядок", "публічні інтереси", "принципи гуманності та моралі". Використання законодавцем таких загальнообов'язкових регуляторів впливу на суб'єкта адекватно чи ні, але відтворюють уяву законодавця про те, яким має бути правовий режим у відповідній сфері суспільних відносин. Застосування в судовій практиці саме таких обмежувачів свободи є найбільш складним через абстрактність формулювання та оціночний характер.

У найширшому сенсі справедливість, розумність та добросовісність можуть бути визначені як соціальні регулятори суспільних відносин, що справляють безпосередній або опосередкований вплив на учасників цивільного обороту. З погляду соціології суспільна мораль, добра совість, розумність, звичаї ділового обороту є соціальними фактами, тобто способами мислення, діяльності та відчуттів, що знаходяться поза індивідом та наділені примусовою силою щодо нього. Специфіка такого соціального примусу полягає в тому, що він зумовлюється престижем, яким наділені способи мислення, діяльності та відчуттів, що знаходяться поза індивідом та мають примусову силу, унаслідок якої вони йому нав'язані (публічний порядок, суспільна мораль, гуманність, добра совість, розумність, справедливість, чесна поведінка, звичаї ділового обороту тощо). Іншими словами, до соціальних фактів, тобто колективних способів дій або мислення, що існують реально поза індивідами, індивіди мають постійно пристосовуватися. Таким чином, суб'єкт певних суспільних відносин перебуває під примусом не тільки певних соціальних інститутів (держави, церкви), але й певних усталених соціальних фактів[10].

У сучасних юридичних дослідженнях значна увага приділяється змісту оціночних понять "добросовісності", "розумності", "справедливості". При цьому думки щодо широкого запровадження в цивільне законодавство оціночних понять коливаються між однозначним схваленням та несприйняттям з огляду на передчасність запровадження в законодавство цих категорій в умовах політичної та економічної нестабільності в пострадянських країнах[11].

Оціночні поняття, зокрема добросовісності ("good faith"), досить широко використовуються в міжнародних актах та в законодавстві інших країн. Так, ст. 26 "Pacta sunt servanda" Віденської конвенції про право міжнародних договорів визначає, що кожний чинний договір є обов'язковим для його учасників і має ними добросовісно виконуватися. Таким чином, добросовісність, яка спеціально названа в преамбулі до Конвенції, є ключовим елементом в понятті принципу pacta sunt servanda. Як визначав проф. І.С.Перетерський, добросовісність має розумітися в загальнолюдському сенсі як чесність, відсутність протиріччя між тим, що людина думає і що говорить, прагнення виконати кожну справу найкращим чином[12]. Вимога добросовісності, за визначенням коментаторів Конвенції, найчіткіше відображає імперативний характер принципу pacta sunt servanda: держави не можуть ігнорувати добросовісність у своїх взаєминах, не підриваючи при цьому основи міжнародного правопорядку, навіть діючи узгоджено, вони не мають права відступати від добросовісності виконання зобов'язань, свобода договірного нормотворення на локальній основі не припускається. Добросовісність стосовно міжнародного договору означає не тільки точне виконання учасниками зобов'язань, що випливають з нього, але й утримання від дій, які позбавили б договір його об'єкта і цілі та незловживання своїми правами[13]. Про необхідність дотримання добросовісності в міжнародній торгівлі говорить ст. 7 Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів[14]. Стаття 1-203 UCC говорить про те, що будь-який договір або зобов'язання в рамках цього Кодексу покладає обов'язок добросовісності при їх виконанні[15]. За змістом ст. 1-201,

2-103 UCC добросовісність стосовно комерсанта означає фактичну чесність у поведінці або угоді, про які йдеться, та дотримання розумних комерційних критеріїв чесного ведення торгових справ. До речі, в UCC проблема співвідношення Кодексу та договору як джерел регулювання відносин між сторонами визначена досить чітко: наслідки, що випливають з положень Кодексу, можуть змінюватися угодою, якщо інше не передбачено самим Кодексом з тим, щоб визначені в Кодексі обов'язки добросовісності, турботливості, розумності та старанності не відмінялися угодою (ст. 1-102). За законодавством США, якщо предмет договору суперечить нормам федерального законодавства або добрим звичаям суспільства, він визнається недійсним в усіх штатах. Поняття "добрі звичаї" в законодавчих актах штатів не визначається і має бути визначено і витлумачено судом. Загальним для правової практики майже всіх штатів є визнання недійсними договорів, які суперечать публічному порядку[16].

З позиції складності визначення такої категорії, як публічний порядок, спроба сформулювати ознаки правопорядку у сфері економіки (суспільного господарського порядку), втілена в ст. 5 ГК, може виявитися корисною. Відповідно до зазначеної статті правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність та визначення України як суверенної й незалежної, демократичної, соціальної, правової держави.

Оскільки принципи справедливості, розумності та добросовісності заслуговують на спеціальне дослідження, для цілей цієї статті обмежимося констатацією того, що за певних умов вони можуть конкурувати з принципом свободи договору.

Слід визнати, що в рафінованому вигляді принцип свободи договору може застосовуватися лише до приватноправових (у розумінні ЦК) договірних відносин. Те, що обтяжені публічно-правовим компонентом договори не включені до Цивільного кодексу за наявності відповідних законодавчих актів (державні контракти на поставку продукції для державних потреб, концесійні договори, договори купівлі-продажу об'єктів приватизації, оренди цілісного майнового комплексу державного підприємства), не є випадковим. Публічна, соціальна спрямованість таких договорів та участь у таких договорах держави не дозволяє застосувати до них в чистому вигляді норми – принципи, визначені ЦК.

Як зазначалося вище, в ГК формулювання принципу свободи договору не перейшло у формулювання однієї конкретної норми: як такий він безпосередньо в кодексі не названий, а зміст його розчиняється в окремих нормах. Дійти такого висновку дає можливість системне тлумачення змісту окремих положень ГК, зокрема ст. 44 ГК про самостійне формування підприємцем програми діяльності, вибору постачальників і споживачів продукції, що виробляється, залучення матеріально-технічних, фінансових та інших видів ресурсів, використання яких не обмежено законом, та ст. 67 ГК щодо можливості підприємств вільно обирати предмет договору, визначати зобов'язання, інші умови господарських взаємовідносин, що не суперечать законодавству України.

Таким чином, на відміну від ЦК, в якому принцип свободи договору сформульований як норма – принцип, в ГК принцип свободи договору може бути визначений як принцип, що виводиться з норм.

Принципи регулювання господарських договірних відносин спеціально в ГК не визначені, і тому вони можуть виводитися або із загальних принципів регулювання господарської діяльності (у першу чергу державного регулювання економічних процесів у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції в підприємництві безпеки суспільства і держави), або зі змісту окремих статей ГК. Якщо проаналізувати зміст гл. 20 ГК, то можна констатувати певні обмеження принципу договірної свободи (у цивілістичному його розумінні, зафіксованому в ст. 627 ЦК) у сфері господарювання. Такі обмеження виявляються у відсутності для певних категорій суб'єктів господарювання можливості укладати договори на власний розсуд, можливості обирати контрагента та можливості самостійно визначати умови договору у встановлених законодавством випадках. Зовнішній вияв такі обмеження знаходять в імперативних правилах, які досить легко виявляються в нормативних джерелах завдяки особливостям структури відповідних норм.

Обмежувачі договірної свободи знаходяться в різних площинах, і їх можна поділити на два види:

- об'єктивні або зовнішні, тобто імперативні приписи, що містяться в актах законодавства і мають вигляд заборон або позитивних зобов'язань. Правомірність їх можна поставити під сумнів у встановленому законодавством процесуальному порядку, зокрема, шляхом звернення до господарського суду із позовом про визнання недійсним акта державного органу або шляхом звернення до Конституційного Суду України з приводу конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим;
- суб'єктивні, тобто зафіксовані в законодавстві як певні загальні ідеї, принципи, яких мають дотримуватися всі учасники відповідних правовідносин. Такими ідеями є "суспільний порядок", "державні інтереси", "публічні інтереси", "добрі звичаї", "принципи гуманності та моралі" тощо. Ці обмежувачі або безпосередньо існують у свідомості учасника договірних відносин, або інтерпретуються судом при здійсненні правосуддя, наповнюючись конкретним змістом з урахуванням обставин конкретного спору.

Звичайно, будь-який закон, визначаючи можливість суб'єкта діяти на власний розсуд, є свого роду "обмежувачем" його поведінки, межа якого проходить по лінії "імператив" – "диспозитив". Причому не можна стверджувати, що імперативи знаходяться "на варті" лише інтересів держави або інтересів суспільства. Вони мають за мету також захист приватного інтересу окремої особи (юридичної або фізичної). Як зазначав Д.А.Керимов, піддаючи критиці формулу "дозволено все, що не заборонено", далеко не все дозволено за межами забороненого законом, а дозволено те, що відповідає загальнолюдським цінностям, моралі, справедливості, свободі особистості та суспільства[17].

Таким чином, виявляється необхідною певна формалізація (на максимально можливому абстрактному рівні) умов застосування санкцій за недодержання таких суб'єктивних обмежень договірної свободи – у певній сфері діяльності суб'єкта та з урахуванням його статусу (монопольного становища, наявності ринкової влади, наявності владних повноважень відносно інших суб'єктів).

Інший аспект співвідношення принципу свободи за ЦК та ГК полягає в тому, що договірні відносини за участю держави, обтяжені публічно-правовим компонентом, фактично залишилися поза рамками цих кодексів через різні причини: або через те, що до відносин, за-

снованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій цивільне законодавство не застосовується (ч. 2 ст. 1 ЦК), або через відсильні норми до інших законів (зокрема, ч. 3 ст. 712 ЦК, ч. 2 ст. 264 ЦК, ч. 5 ст. 146 ГК, ч. 4 ст. 408 ГК). І якщо така ситуація може бути пояснена приватноправовим характером ЦК, то відсутність в ГК цілісного правового регулювання публічних господарських договорів (законодавець обмежився особливостями укладення договорів, заснованих на державному замовленні) навряд чи може бути виправданою.

Разом з тим, як свідчить аналіз чинного законодавства, у договірних відносинах за участю держави (насамперед купівлі-продажу об'єктів приватизації, оренди державного майна, концесійних договорів, договорів поставки продукції для державних потреб) принцип свободи договору діє нерівномірно, а саме:

- він виключається для державних органів, що виконують відповідні функції в договірних відносинах (продавця державного майна, орендодавця, концесієдавця, державного замовника) у межах своєї компетенції, визначеної законодавчо;
- він виключається для суб'єктів господарювання, які зобов'язані в силу закону укладати відповідні договори з урахуванням застережень, встановлених законом (зокрема, укладання державного контракту є обов'язковим для визначених Законом "Про поставки продукції для державних потреб" виконавців державного замовлення за умови, що виконання державного замовлення не спричиняє їм збитків);
- для суб'єктів господарювання, що не зобов'язані укладати договори певного виду, але добровільно вступають у такі договірні відносини, свобода договору в основному починається і закінчується на стадії укладення договору з огляду на спеціальний правовий режим таких договорів. У цьому випадку впливати на зміст такого договору, зміну його умов або розірвання суб'єкт господарювання може в обмежених випадках.

Таким чином, у господарських договорах, обтяжених публічним компонентом, принцип свободи договору діє у звуженому вигляді, і межі його дії визначаються публічною, соціальною спрямованістю таких договорів, їх юридичною метою та об'єктом.

Не обтяжені публічним компонентом договірні відносини формально рівних суб'єктів господарювання, які встановлюються на їхній власний розсуд, теоретично ґрунтуються на принципах, визначених ЦК. Але, враховуючи сучасні економічні реалії, можна стверджувати, що в абсолютному вигляді принцип свободи договору діє тільки тоді, коли сторони договору є рівними не тільки з формально-правового погляду, але й економічно. Наявність ринкової влади у однієї із сторін a priori зумовлює вірогідність зловживання нею (нав'язування умов договору, невигідних контрагенту, часткової або повної відмови від придбання або реалізації товару за відсутності альтернативних джерел реалізації чи придбання тощо).

З урахуванням викладеного зазначимо: принципи договірних відносин, у тому числі принцип свободи договору, сформульований в ЦК, "працює" і у сфері господарських договірних відносин у тих випадках, коли для окремих видів договорів законодавцем не встановлений спеціальний правовий режим. Через це у сфері господарювання можемо виділити два правових режими: загальний (переважно з приватноправовим регулюванням), і спеціальний (з домінуванням публічно-правового компонента), що надасть можливість визначати основні підходи до практики застосування принципу свободи договору до відносин у сфері господарювання.

[1] *Сырых В.М.* Логические основания общей теории права: В 2 т. Т.1. Элементный состав. – М., 2000. – С.63. [2] *Лейст О.Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. – М., 2002. – С.38. [3] *Зеккер Франц Юрген.* Общие основы частного права // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии. – М., 2001. – С.16, 17. [4] *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права / Под. ред. В.И.Даниленко. – М., 2000. – С.180-181. [5] *Луць А.В.* Свобода договору у цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2001. – С.5-6. [6] *Ромовська З.* Проблеми загальної теорії права у проекті ЦК України. Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. А.Довгерта. – К., 2000. – С.42. [7] *Сібільов М.* Базові моделі регулювання договірних відносин за новим Цивільним кодексом України // Укр. комерційне право. – 2003. – № 4. – С.18. [8] *Гуйван П.* Стандартный договор и его место в регулировании договорных отношений // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 9. – С.11. [9] *Зеккер Франц Юрген.* Зазнач. соч. – С.3. [10] *Дюркгейм Э.* Социология. Ее предмет, метод, предназначение. – М., 1995. – (История социологии в памятниках). – С.19, 20, 31. [11] *Забоев К.И.* Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. – СПб., 2003. – С.153. [12] *Перетерский И.С.* Толкование международных договоров. – М., 1959. – С.152-155. [13] Венская конвенция о праве международных договоров: Комментарий. – М., 1997. – С.67. [14] Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий: – М., 1994. [15] Единообразный торговый кодекс США. Сер. Современное зарубежное и междунар. частное право. – М., 1996. [16] Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. – М., 1999. – С.318-319. [17] *Керимов Д.А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – М., 2000. – С.496.

Надійшла до редколегії 07.09.03

Т.Г.Ковальчук, канд. юрид. наук

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ЮРИДИЧНИХ ЗАСОБІВ ОХОРОНИ ЗЕМЕЛЬ

Досліджуються правові аспекти юридичних засобів охорони земель сільськогосподарського призначення

Legal aspects of juristic means of land of agricultural setting directed preservation are investigated.

З юридичного погляду охорону земель сільськогосподарського призначення доцільно розглядати з декількох позицій: 1) як складову інституту особливої частини земельного права та земельного законодавства; 2) як систему обов'язків учасників земельних правовідносин; 3) як елемент правового режиму земель сільськогосподарського призначення; 4) як сукупність юридичних процедур з відповідними стадіями й етапами.

Розглядаючи охорону земель сільськогосподарського призначення як елемент правового режиму даної категорії земель, у спеціальній юридичній літературі[1] виділяють наступні юридичні засоби такої охорони: 1) наявність нормативно-правових норм регулюючого характеру; 2) проведення агрохімічної паспортизації земель; 3) здіснення контролю за дотриманням чинного земельного законодавства в цій сфері; 4) застосування юридичної відповідальності за порушення вимог охорони земель сільськогосподарського призначення.

Оскільки в юридичній літературі розглядаються лише окремі юридичні засоби охорони земель сільськогосподарського призначення[2], виникає потреба в комплексному дослідженні правового регулювання елементів юридичних засобів охорони земель сільськогосподарського призначення, спрямованих на ефективне використання їх.

Розглядаючи такий юридичний засіб охорони земель сільськогосподарського призначення, як наявність нормативно-правових норм регулюючого характеру,

© Т.Г.Ковальчук, 2004

Київ. Національний університет ім. Шевченка

доцільно зазначити, що такі норми містяться в чинному земельному, екологічному та аграрному законодавстві, при цьому враховуються такі ознаки землі, як складова навколишнього природного середовища, природний ресурс, основний засіб виробництва в сільському господарстві: у Земельному кодексі України від 25 жовтня 2001 р.[3] (далі – ЗК України), законах України "Про охорону землі" від 19 червня 2003 р.[4], "Про охорону навколишнього природного середовища" від 25 червня 1991 р.[5] (зі змінами та доповненнями), "Про пестициди і агрохімікати" від 2 березня 1995 р.[6] (зі змінами та доповненнями), "Про відходи" від 5 березня 1998 р.[7], "Про колективне сільськогосподарське підприємство" від 14 лютого 1992 р.[7], "Про фермерське господарство" від 19 червня 2003 р.[9], "Про особисте селянське господарство" від 15 травня 2003 р.[10] тощо та в цілій системі підзаконних актів.

Відповідно до чинного законодавства система заходів щодо охорони земель (у тому числі земель сільськогосподарського призначення) включає: 1) державну комплексну систему спостережень; 2) розробку загальнодержавних і регіональних (республіканських) програм використання та охорони земель, документації із землеустрою в галузі охорони земель; 3) створення екологічної мережі; 4) здійснення природно-сільськогосподарського, еколого-економічного, протиерозійного та інших видів районування (зонування) земель; 5) економічне стимулювання впровадження заходів щодо охорони та використання земель і підвищення родючості ґрунтів; 6) стандартизацію і нормування. Так, зокрема, даючи перелік нормативів у галузі охорони земель та відтворення родючості ґрунтів, законодавець визначає їх види, мету встановлення та значення їх у цій сфері. Згідно зі ст. 165 ЗК України, ст. 30 Закону України "Про охорону земель" у галузі охорони земель та відтворення родючості ґрунтів встановлюються такі нормативи: 1) оптимального співвідношення земельних угідь; 2) якісного стану ґрунтів; 3) гранично допустимого забруднення ґрунтів; 4) показників деградації земель та угідь. Так, зокрема, відповідно до ст. 33 Закону "Про охорону земель" нормативи оптимального співвідношення земельних угідь встановлюються для запобігання надмірному антропогенному впливу на них, у тому числі надмірної розораності сільськогосподарських угідь. До таких нормативів належать: 1) оптимальне співвідношення земель сільськогосподарського, природно-заповідного та іншого природоохоронного, оздоровчого, історико-культурного, рекреаційного призначення, а також земель лісового та водного фондів; 2) оптимальне співвідношення ріллі та багаторічних насаджень, сіножатей, пасовищ, а також земель під полезахисними лісосмугами в агроландшафтах.

Згідно зі ст. 34 Закону "Про охорону земель" нормативи показників деградації земель сільськогосподарського призначення та ґрунтів установлюються з метою запобігання погіршення їхнього стану і використовуються для здійснення контролю за використанням і охороною земель. До нормативів показників деградації земель належать:1) показники гранично допустимого погіршення стану і властивостей земельних ресурсів внаслідок антропогенного впливу та негативних природних явищ; 2) нормативи інтенсивності використання земель сільськогосподарського призначення. У свою чергу, показники інтенсивності використання земель сільськогосподарського призначення встановлюються з урахуванням даних агрохімічної паспортизації земель та використовуються в процесі складання проектно-технологічної документації на вирощування сільськогосподарських культур. При встановленні показників інтенсивності використання земель сільськогосподарського призначення визначаються сільськогосподарські культури, вирощування яких обмежується або забороняється, а також технології та окремі агротехнічні операції щодо їх вирощування.

Чинне земельне законодавство встановлює спеціальні обов'язки для власників та користувачів земельних ділянок сільськогосподарського призначення щодо їхньої охорони, у тому числі й при здійсненні ними господарської діяльності. Так згідно зі ст. 91, 96 ЗК України, ст. 35 Закону України "Про охорону земель" землевласники та землекористувачі зобов'язані: 1) дотримуватися вимог земельного та природоохоронного законодавства України; 2) проводити на земельних ділянках господарську діяльність способами, які не завдають шкідливого впливу на стан земель; 3) підвищувати родючість ґрунтів та зберігати інші корисні властивості землі на основі застосування екологонебезпечних технологій обробітку і техніки, здійснення інших заходів, що зменшують негативний вплив на ґрунти, запобігають безповоротній втраті гумусу, поживних елементів тощо;

4) дотримуватися стандартів, нормативів при здійсненні протиерозійних, агротехнічних, агрохімічних, меліоративних та інших заходів, пов'язаних з охороною земель; 5) надавати відповідним органам виконавчої влади та органам місцевого самоврядування відомості про застосування пестицидів та агрохімікатів; 6) сприяти систематичному проведенню вишукувальних, обстежувальних, розвідувальних робіт за станом земель, динамікою родючості ґрунтів; 7) своєчасно інформувати відповідні органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування щодо стану, деградації та забруднення земельних ділянок; 8) забезпечувати захист земель сільськогосподарського призначення від ерозії, виснаження, забруднення, засмічення, засолення, осолонцювання, підкислення, перезволоження, підтоплення тощо. Аналогічні обов'язки передбачено в спеціальних законах як для сільськогосподарських товаровиробників, що здійснюють товарне виробництво сільськогосподарської продукції та для яких землі сільськогосподарського призначення виступають основним засобом виробництва: ст. 12 Закону України "Про колективне сільськогосподарське підприємство", ч. 1 ст. 15 Закону України "Про фермерське господарство", так і для осіб, що ведуть особисте селянське господарство: ст. 7 Закону України "Про особисте селянське господарство" тощо.

Чинним законодавством України врегульовано питання охорони земель сільськогосподарського призначення при здійсненні господарської діяльності (ст. 51, 52 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", розд. 6 ЗК України, розд. 6 Закону України "Про охорону земель" тощо). Відповідно до ст. 36 Закону України "Про охорону земель" охорона земель сільськогосподарського призначення при здійсненні господарської діяльності на цих землях з урахуванням принципу планомірного обмеження впливу господарської діяльності на земельні ресурси (ст. 1 цього Закону) забезпечується на основі реалізації комплексу заходів щодо: 1) збереження продуктивності сільськогосподарських угідь; 2) підвищення екологічної стійкості їх та родючості ґрунтів; 3) обмеження їх вилучення (викупу) для несільськогосподарських потреб.

Відповідно до ст. 38 Закону України "Про охорону земель", Закону України "Про меліорацію земель" від 14 січня 2000 р.[11] підприємства, установи та організації при проведенні меліорації земель сільськогосподарського призначення зобов'язані здійснювати заходи, спрямовані на запобігання підтопленню, заболоченню,

засоленню, забрудненню ґрунтів, вітровій та водній ерозії меліорованих земель, їх деградації.

Новелами законодавчого регулювання відносин у сфері охорони земель сільськогосподарського призначення стали норми ст. 39 Закону України "Про охорону земель", що визначають наступні вимоги щодо забезпечення охорони родючості ґрунтів при використанні осадів стічних вод: 1) обов'язковість одержання дозволу на використання з метою удобрення ґрунтів осадів стічних вод, що накопичуються на водоочисних спорудах, від органу виконавчої влади з питань охорони навколишнього природного середовища за погодженням з органами виконавчої влади з питань аграрної політики та охорони здоров'я; 2) заборону щодо застосування осадів стічних вод на земельних ділянках, які використовуються для випасання худоби, вирощування овочів та фруктів, а також на земельних ділянках, де вміст будь-якої з токсичних речовин перевищує гранично допустиму концентрацію.

Використання земель сільськогосподарського призначення як основного засобу виробництва об'єктивно зумовлює застосування пестицидів та агрохімікатів у процесі вирощування продукції рослинництва. Регулювання відноси щодо охорони сільськогосподарських угідь при застосуванні пестицидів і агрохімікатів здійснюється відповідно до Закону України "Про пестициди і агрохімікати".

Відповідно до ст. 4, 7 цього Закону умовами застосування пестицидів і агрохімікатів вітчизняного, а також іноземного виробництва, що завозяться для використання на територію України, є державна реєстрація їх, а також відповідність наступним вимогам: 1) висока біологічна ефективність щодо цільового призначення; 2) безпечність для здоров'я людини та навколишнього природного середовища за умови дотримання регламентів їх застосування; 3) відповідність державним стандартам, санітарним нормам та іншим нормативним документам.

Згідно зі ст. 12 Закону "Про пестициди та агрохімікати" при застосуванні пестицидів і агрохімікатів здійснюється комплекс заходів відповідно до регламентів, установлених для певної грунтово-кліматичної зони з урахуванням попереднього агрохімічного обстеження ґрунтів, даних агрохімічного паспорта земельної ділянки (поля) і стану посівів, діагностики мінерального живлення рослин, прогнозу розвитку шкідників і хвороб. Переліки пестицидів і агрохімікатів, дозволених для продажу населенню та для застосування авіаційним методом, затверджуються Укрдержхімкомісією за погодженням з Міністерством охорони здоров'я України та Міністерством охорони навколишнього природного середовища. Відповідно до ст. 13 цього Закону пестициди і агрохімікати, які становлять підвищену небезпеку, застосовуються лише за спеціальним дозволом Міністерства охорони здоров'я України і Міністерства охорони навколишнього природного середовища. На території, що зазнала радіоактивного забруднення, а також у зонах надзвичайних екологічних ситуацій застосування пестицидів і агрохімікатів обмежується і проводиться в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України. У спеціальних сировинних зонах, де виробляється сільськогосподарська сировина для виготовлення продуктів дитячого і дієтичного харчування, забороняється застосування пестицидів.

Позитивними моментами в регулюванні відносин щодо охорони земель сільськогосподарського призначення є закріплення на законодавчому рівні поняття рекультивації порушених земель, умов та порядку її проведення (ст. 166 ЗК України, ст. 52 Закону України "Про охорону земель"), загальних засад охорони земель сільськогосподарського призначення від забруднення небезпечними речовинами (ст. 167 ЗК України, ст. 45 Закону України "Про охорону земель") та від забруднення відходами виробництва (ст. 46 Закону України "Про охорону земель", Закон України "Про відходи"), загальних засад охорони ґрунтів (ст. 168 ЗК України, ст. 37 Закону України "Про охорону земель"). При цьому доцільно зазначити, що, наприклад, відносини щодо рекультивації сільськогосподарських угідь врегульовані не тільки нормативно-правовими актами, а й нормативно-технічними документами СРСР, що діють в Україні: ГОСТ 17.5.3.04-83 "Охорона природи. Землі. Загальні вимоги до рекультивації земель" [12] тощо.

Відповідно до ст. 168 ЗК України законодавець визначив ґрунти земельних ділянок об'єктом особливої охорони, заборонив власникам земельних ділянок та землекористувачам знімати та переносити ґрунтовий покрив земельних ділянок без спеціального дозволу органів, що здійснюють державний контроль за використанням та охороною земель, встановив обов'язкове проведення рекультивації ґрунтів землевласниками та землекористувачами при здійсненні діяльності, пов'язаної з порушенням поверхневого шару ґрунту, а згідно зі ст. 52 Закону України "Про охорону земель" заборонив вивезення ґрунтової маси за межі території України, крім зразків для проведення наукових досліджень.

У рамках закріплення вимог до охорони родючості ґрунтів ст. 37 Закону "Про охорону земель" передбачено: 1) установлення обов'язку власників землі та землекористувачів здійснювати заходи щодо охорони родючості ґрунтів; 2) установлення заборони використання земельних ділянок сільськогосподарського призначення способами, що призводять до погіршення їхньої якості; 3) проведення агрохімічної паспортизації ґрунтів; 4) обмеження діяльності щодо: а) вирощування певних сільськогосподарських культур, застосування окремих технологій їх вирощування або проведення окремих агротехнічних операцій; б) розорювання сіножатей, пасовищ; в) використання деградованих, малопродуктивних, а також техногенно забруднених земельних ділянок; г) необґрунтовано інтенсивного використання земель.

ЗК України врегульовано загальні засади використання техногенно забруднених земель (гл. 27 ЗК України) та загальні засади консервації земель (гл. 28 ЗК України). Так, зокрема, відповідно до ст. 170 ЗК України техногенно забруднені землі сільськогосподарського призначення, на яких не забезпечується одержання продукції, що відповідає встановленим вимогам (нормам, правилам, нормативам), підлягають вилученню із сільськогосподарського обігу та консервації. Згідно зі ст. 172 ЗК України консервації підлягають як деградовані й малопродуктивні землі сільськогосподарського призначення, господарське використання яких є екологічно небезпечним та економічно неефективним, так і техногенно забруднені земельні ділянки, на яких неможливо одержати екологічно чисту продукцію, а перебування людей на цих земельних ділянках є небезпечним для їхнього здоров'я.

Наступним юридичним засобом охорони земель сільськогосподарського призначення є проведення агрохімічної паспортизації даної категорії земель. Правову основу даного засобу становлять ст.37, 54 Закону України "Про охорону земель", ст. 1, 8, 9 Закону України "Про державний контроль за використанням та охороною земель" від 19 червня 2003 р.[13] (далі – Закон "Про державний контроль"), Указ Президента України "Про суцільну агрохімічну паспортизацію земель сільськогосподарського призначення" від 2 грудня 1995 р.[14].

Відповідно до ст. 1 Закону "Про державний контроль" агрохімічна паспортизація земель сільськогосподарського призначення розглядається як обов'язкове агрохімічне обстеження ґрунтів з видачею агрохімічного паспорта поля, земельної ділянки, в якому фіксуються початкові та поточні рівні забезпечення поживними речовинами ґрунтів, рівні їх забруднення токсичними речовинами та радіонуклідами. Метою останньої є здійснення контролю за динамікою родючості ґрунтів шляхом систематичного проведення їх агрохімічного обстеження.

Згідно зі ст. 8, 9 зазначеного Закону проведення агрохімічної паспортизації земель сільськогосподарського призначення здійснюється Державною службою охорони родючості ґрунтів Міністерства аграрної політики та її територіальними органами і є складовою такої функції, як проведення моніторингу родючості ґрунтів. Основним завданням Державної служби охорони родючості ґрунтів є визначення показників якісного стану ґрунту, зміни їх внаслідок господарської діяльності, видача агрохімічного паспорта поля. Відповідно до Указу Президента України обстеження зазначених земель для поновлення показників в агрохімічному паспорті поля проводиться на осушених та зрошуваних землях кожні три роки, а на богарних землях – кожні п'ять років, а згідно зі ст. 54 Закону України "Про охорону земель" агрохімічна паспортизація орних земель здійснюється через кожні п'ять років, сіножатей, пасовищ і багаторічних насаджень – через кожні 5–10 років. Згідно з Наказом Міністерства сільського господарства і продовольства "Про затвердження агрохімічного паспорта поля земельної ділянки" від 30 листопада 1993 р. № 329[15] основними показниками стану ґрунту, які фіксуються в агрохімічному паспорті поля в процесі обстеження, є:

- агрофізичні показники: а) глибина гумусного горизонту, см; б) гранулометричний склад ґрунту (фізична глина, %; фізичний пісок, %; мул, %); в) щільність ґрунту, г/см куб; продуктивна волога 0–100 см, мм;
- агрохімічні показники: а) кислотність, мг-екв/10 г; б) показники pH: сольовий, водний; в) тип засолення; г) ступінь засолення тощо;
- забруднення: а) вміст рухомих форм, мг/кг (кадмію, свинцю, ртуті); б) залишки пестицидів, мг/кг; в) щільність забруднення, Кі/км кв. (цезієм-137, стронцієм-90); г) еколого-агрохімічна оцінка, у балах.

Відповідно до ст. 37 Закону України "Про охорону земель" дані агрохімічної паспортизації земель використовуються в процесі регулювання земельних відносин при:

1) передачі у власність або надання в користування, у тому числі в оренду, земельної ділянки; 2) зміни власника земельної ділянки або землекористувача; 3) проведенні грошової оцінки земель; 4) визначенні розмірів плати за землю; здійсненні контролю за станом родючості ґрунтів.

Наступним юридичним засобом охорони земель сільськогосподарського призначення є здійснення контролю за дотриманням чинного земельного законодавства у сфері охорони земель сільськогосподарського призначення.

З теоретичної точки зору здійснення контролю за дотриманням земельного законодавства у сфері охорони земель сільськогосподарського призначення є складовою такої функції управління в галузі використання, відтворення та охорони земель, як контроль за використанням та охороною земель.

Відповідно до ЗК України контроль за охороною земель (у тому числі й земель сільськогосподарського призначення) здійснюється органами загальної та спеціальної компетенції, а формами контролю за використанням та охороною земель є державний, самоврядний та громадський контроль. Так, зокрема, органами загальної компетенції, до повноважень яких відноситься організація державного контролю за охороною земель сільськогосподарського призначення, є Кабінет Міністрів України (ст. 13 ЗК України), координацію проведення контролю здійснює Рада міністрів Автономної Республіки Крим (ст. 16 ЗК України), місцеві державні адміністрації (ст. 17 ЗК України), контроль за охороною земель – обласні, районні, Київська та Севастопольська міські ради (ст. 9 ЗК України), сільські, селищні, міські ради (ст. 12 ЗК України). Органами спеціальної компетенції у сфері здійснення контролю за охороною земель сільськогосподарського призначення є Державний комітет України по земельних ресурсах, Міністерство охорони навколишнього природного середовища України[16] та їхні органи на місцях. Відповідно, за формами контролю державний контроль за охороною земель сільськогосподарського призначення здійснюється Державним комітетом по земельних ресурсах (далі – Держкомзем) та Міністерством охорони навколишнього природного середовища України (ст. 188 ЗК України, ст. 19 Закону України "Про охорону земель), самоврядний контроль – сільськими, селищними, міськими, районними та обласними радами(ст. 189 ЗК України, ст. 20 Закону України "Про охорону земель"), а громадський контроль – громадськими інспекторами, які призначаються відповідними органами місцевого самоврядування (ст. 190 ЗК України, ст. 21 Закону України "Про охорону земель").

Розглянемо детальніше повноваження Держкомзему та Міністерства охорони навколишнього природного середовища України (далі – Мінприроди) в частині здійснення державного контролю за охороною земель сільськогосподарського призначення.

Згідно зі ст. 6 Закону "Про державний контроль" Держкомзем здійснює державний контроль за охороною земель сільськогосподарського призначення в частині: 1) розміщення, проектування, будівництва та введення в дію об'єктів, що негативно впливають або можуть вплинути на стан земель; 2) виконання комплексу необхідних заходів щодо захисту земель від ерозії, селів, підтоплення, заболочування, вторинного засолення, переосушення, ущільнення, псування, забруднення, засмічення відходами, заростання бур'янами, чагарниками та дрібноліссям; 3) дотримання строків своєчасного повернення тимчасово зайнятих земельних ділянок та обов'язкового виконання заходів щодо приведення їх у стан, придатний для використання за призначенням; 4) виконання умов зняття, збереження і використання родючого шару ґрунту під час проведення гірничодобувних, геологорозвідувальних, будівельних та інших робіт, пов'язаних з порушенням ґрунтового покриву, своєчасного проведення рекультивації порушених земель в обсягах, передбачених проектом рекультивації земель сільськогосподарського призначення; 5) дотримання правил, установленого режиму експлуатації протиерозійних, гідротехнічних споруд, збереження захисних насаджень і межових знаків. Відповідно до ст. 9 цього Закону державний контроль за використанням та охороною земель у системі Держкомзему здійснює Державна інспекція з контролю за використанням і охороною земель та її територіальні органи. Остання діє відповідно до Положення про Державну інспекцію з контролю за використанням і охороною земель, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 25 грудня 2002 р. № 1958[17].

Згідно зі ст. 7 Закону "Про державний контроль" Мінприроди здійснює державний контроль за додержанням вимог законодавства України про охорону земель, і, зокрема, охорону земель сільськогосподарського призна-

чення у частині: 1) додержання органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, фізичними та юридичними особами вимог законодавства України про охорону земель; 2) консервації деградованих і малопродуктивних земель; 3) здійснення заходів щодо запобігання забрудненню земель хімічними і радіоактивними речовинами, відходами, стічними водами; 4) додержання вимог екологічної безпеки під час транспортування, зберігання, використання, знешкодження та захоронення хімічних засобів захисту рослин, мінеральних добрив, токсичних, радіоактивних речовин та відходів; 5) додержання екологічних нормативів з питань охорони земель; 6) додержання вимог екологічної безпеки при розробленні нової техніки і технологій для обробки ґрунтів; 7) проведення лабораторного аналізу стану забруднення земель, у тому числі радіоактивного, у зонах безпосереднього впливу викидів і скидів підприємствами забруднюючих речовин, а також у разі виникнення аварій та надзвичайних ситуацій тощо.

Відповідно до ч. 2 ст. 9 Закону " Про державний контроль" державний контроль за додержанням вимог законодавства про охорону земель у системі Мінприроди здійснює Державна екологічна інспекція та її територіальні органи. Повноваження останньої визначаються Положенням про Державну екологічну інспекцію, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 17 листопада 2001 р. № 1520[18].

Наступним юридичним засобом охорони земель сільськогосподарського призначення є застосування юридичної відповідальності за порушення вимог охорони даної категорії земель, яку доцільно розглядати як складову юридичної відповідальності за порушення вимог використання і охорони земель сільськогосподарського призначення.

Розглядаючи загальнотеоретичні підходи поняття юридичної відповідальності за правопорушення[19], юридичну відповідальність за порушення вимог охорони земель сільськогосподарського призначення доцільно розглядати як специфічну форму суспільних відносин, в яких за допомогою правових норм та інших юридичних засобів забезпечується добровільне або примусове виконання винними особами вимог охорони земель сільськогосподарського призначення, або покладається виконання інших обов'язків за допущене земельне правопорушення.

За порушення вимог охорони земель сільськогосподарського призначення в процесі здійснення господарської та іншої діяльності залежно від ступеня суспільної небезпеки та вживання заходів державного примусу можуть бути застосовані такі види відповідальності, як дисциплінарна, цивільна, адміністративна та кримінальна. Розглянемо деякі з них. Так, наприклад, дисциплінарна відповідальність може бути застосована до винної особи за протиправні дії, що порушують вимоги в процесі невиконання функціональних обов'язків та інших вимог дисципліни праці, пов'язаних з охороною земель. Так, наприклад, робітник підприємства при безпосередньому здійсненні робіт з нанесення знятої ґрунтової маси на порушені земельні ділянки сільськогосподарського призначення не виконав вимог робочого проекту з рекультивації земель у частині послідовності нанесення ґрунтової маси, за що був притягнутий до дисциплінарної відповідальності.

Адміністративна відповідальність за порушення вимог охорони земель сільськогосподарського призначення передбачена ст. 52, 53 та 54 Кодексу України про адміністративні правопорушення[20] (далі – КУпроАП).

Громадяни та посадові особи несуть адміністративну відповідальність за:

1) забруднення сільськогосподарських земель хімічними і радіоактивними речовинами, нафтою та нафтопродуктами, неочищеними стічними водами, виробничими та іншими відходами (ст. 52 КУпроАП); 2) розміщення, будівництво та введення в дію об'єктів, які негативно впливають на стан земель сільськогосподарського призначення (ст. 53 КУпроАП); 3) невиконання обов'язків з приведення тимчасово займаних земельних ділянок у стан, придатний для використання за призначенням, або невиконання умов знімання, зберігання і нанесення родючого шару ґрунту (ст. 54 КУпроАП) у вигляді накладення штрафу: на громадян залежно від виду правопорушення від трьох до двадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і на посадових осіб – від восьми до двадцяти п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Кримінальна відповідальність за порушення вимог охорони земель сільськогосподарського призначення передбачена ст. 239 Кримінального кодексу України[21]. Відповідно до цієї статті винні особи притягаються до відповідальності за забруднення або псування земель речовинами, відходами чи іншими матеріалами, шкідливими для життя, здоров'я людей або довкілля, внаслідок порушення спеціальних правил, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля.

Проведене комплексне дослідження правового регулювання юридичних засобів охорони земель сільськогосподарського призначення свідчить про те, що чинним законодавством України належним чином врегульовано питання здійснення юридичних засобів охорони земель сільськогосподарського призначення.

[1] *Андрейцев В.І.* Правовий режим використання, відтворення та охорони земель // Екологічне право: Особлива частина. – К., 2001. – С.278. [2] *Андрейцев В.И.* Регулирование высокоэффективного использования земель предприятиями и объединениями АПК // Правовое обеспечение рационального природопользования предприятий и объединений АПК. – К., 1989. С.34-54; *Мунтян В.Л.* Правові проблеми раціонального природокористування: Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 1975; *Носик В.В.* Правовое регулирование рационального использования земель сельскохозяйственных предприятий агропромышленного комплекса (На материалах Украинской ССР): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1986; Правовое обеспечение рационального использования земли в СССР / Отв. ред. Н.И.Краснов. – М., 1969; *Конишева О.В.* Правове забезпечення запобігання деградації земель сільськогосподарського призначення: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2002. [3] Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3-4. – Ст.27. [4] Урядовий кур'єр. – 2003. – 6 серп. [5] Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст.546. [6] Там само. – 1995. – № 14. – Ст.91. [7] Там само. – 1998. – № 36. – Ст.242. [8] Там само. – 1992. – № 20. – Ст.272. [9] Урядовий кур'єр. – 2003. – 28 серп. [10] Урядовий кур'єр. – 2003. – 11 черв. [11] Там само. – 2000. – 16 січ. [12] Государственные стандарты Союза ССР. Охрана природы. Земли. – М., 1993. – с.59-68. [13] Урядовий кур'єр. – 2003. – 23 лип. [14] Архів Державного комітету України по земельних ресурсах. [15] Архів Міністерства аграрної політики України. [16] Відповідно до Указу Президента України "Про заходи щодо підвищення ефективності державного управління у сфері охорони навколишнього природного середовища та використання природних ресурсів" від 15 вересня 2003 р. (Урядовий кур'єр. – 2003. – 24 верес.) Міністерство екології та природних ресурсів України реорганізовано в Міністерство охорони навколишнього природного середовища України та Державний комітет природних ресурсів України. [17] Офіційний вісник України. – 2002. – № 52. – С.100. [18] Там само. – 2001. – № 47. – С.78. [19] *Андрейцев В.І.* Юридична відповідальність в галузі екології // Екологічне право. – К.,1996. – С.191-194. [20] Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1984, додаток до № 51. – Ст.1122. [21] Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25, 26. – Ст.131.

Надійшла до редколегії 10.09.03

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Т.В.Боднар, канд. юрид. наук

ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЯК КАТЕГОРІЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Розглядаються поняття та особливості договірного зобов'язання як категорії цивільного права, розкривається поняття виконання зобов'язання як правового інституту, як процесу і як підстави припинення зобов'язання. Показано особливості господарсько-договірних зобов'язань як різновиду цивільних договірних зобов'язань.

The article deals with the concept and specific features of a contractual obligation as a category of Civil Law. The concept of the fulfillment of an obligation as a legal institute, as a process as well as a ground of termination of economic and contractual obligations as a type of civil contractual obligations are shown.

Зобов'язання (obligatio) з часів римських юристів і до наших днів завдяки своєму значенню в регулюванні цивільних майнових відносин завжди було предметом пильної уваги не лише законодавця, але й представників науки цивільного права. Здійснено чимало наукових досліджень, присвячених окремим аспектам зобов'язального права[1], видано фундаментальні праці[2], проте низка питань сучасного зобов'язального права, що постали у зв'язку з набранням чинності новим Цивільним кодексом України (зазначимо, що Книга п'ята "Зобов'язальне право" нового ЦК налічує 707 статей, тобто більше половини від усіх статей кодексу) не отримали глибокого теоретичного вивчення й аналізу, що ставить відповідні завдання перед наукою цивільного права.

Системно-структурна побудова норм зобов'язального права, як інституту цивільного права, дає підстави поділяти його на три частини: загальні положення про зобов'язання, загальні положення про договір та окремі види зобов'язань, що, у свою чергу, охоплюють низку тісно пов'язаних між собою субінститутів, виділення яких сьогодні має відповідати структурі й змісту Цивільного кодексу України.

Як зазначає Н.С.Кузнєцова, зобов'язальне право і за своїм значенням у системі цивільно-правових норм, і за обсягом правового матеріалу виходить далеко за межі звичних уявлень про правовий інститут і фактично являє собою структуровану підсистему, підгалузь цивільного права[3]. За твердженням М.М.Сибільова, зобов'язальне право – одна з найважливіших підгалузей цивільного права, норми якої регулюють широке коло відносин, головне місце серед яких належить відносинам майнового обороту[4].

З урахуванням системи зобов'язань, закріпленої в Цивільному кодексі, мають здійснюватися і наукові дослідження. Тому при дослідженні, наприклад, проблем виконання договірних зобов'язань необхідно виходити із загальних положень ЦК щодо поняття зобов'язання, його змісту (власне проблема змісту, головним чином, пов'язана з належним виконанням зобов'язання і його забезпеченням), про сторін зобов'язання, про припинення зобов'язання, із загальних положень про договір тощо, а також звертатися до окремих видів зобов'язань, в яких знайшли конкретне втілення загальні положення ЦК про виконання зобов'язання. Саме тому для розуміння принципів та змісту елементів виконання договірних зобов'язань першочергове значення має розуміння поняття та елементів змісту власне зобов'язання з тим, щоб, ідучи від загального до особливого, дослідити специфіку виконання окремих видів зобов'язань.

Цивільний кодекс України вперше визначив зобов'язання як правовідносини, в яких одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку (ч. 1 ст. 509). До цього зобов'язання характеризувалося як правовідносини лише в науковій та навчальній літературі[5].

До головних особливостей зобов'язання як правовідносини, що дозволяють відрізнити його від інших цивільних правовідносин, загалом належать:

- майновий характер правовідносин на відміну від немайнових цивільних правовідносин;
- протиставлення управненій особі (кредитору) конкретної зобов'язаної особи (осіб), що обумовлює відносний характер зобов'язальних правовідносин на відміну від речових прав, передусім права власності, в якому управненій особі протистоїть невизначене коло зобов'язаних осіб (абсолютний характер правовідносин)[6]. Як зазначає М.М.Сибільов, з огляду на те, що зобов'язання – це відносні, а не абсолютні правовідносини, склад його учасників, предмет і зміст характеризуються визначеністю[7].
- зобов'язання закріплює (опосередковує) переміщення матеріальних благ (майна, майнових благ), тоді як речові правовідносини закріплюють присвоєння матеріальних благ. Якщо виходити з того, що нормами зобов'язального права оформлюється економічний обіг майна і майнових благ, що мають характер товару (товарообмін), тобто оформлюється динаміка цивільних відносин, то в найконцентрованішому вигляді тим рушійним важелем, що приводить у дію цивільні правовідносини, є виконання зобов'язань;
- для зобов'язання притаманний активний характер поведінки зобов'язаних осіб (обов'язок боржника вчинити певні дії на користь кредитора), тоді як для речових правовідносин характерною є пасивна поведінка (обов'язок утриматися від порушення речових прав)[8];
- зміст і характер суб'єктивних прав у зобов'язанні обумовлений підставами його виникнення, видом зобов'язання, тоді як у речових правовідносинах суб'єктивні права спираються лише на норми законодавства, якими прямо передбачено види і зміст цих прав[9].

З легального визначення поняття "зобов'язання" напрошується висновок, що зобов'язання – це правовідносини, які перебувають у статиці, суб'єкти яких мають певні потенції: боржник – у вигляді обов'язку вчинити певну дію *(facere)* або утриматися від певної дії *(non facere, pati)*, а кредитор – у вигляді права вимагати від боржника виконання його обов'язку. Як зазначав Г.Ф.Шершеневич, об'єктом зобов'язальних правовідносин є дія, яка водночас становить і зміст зобов'язання[10].

Виконання зобов'язання може розглядатися в трьох аспектах: як правовий інститут, як процес і як підстава припинення зобов'язання[11].

1) Як правовий інститут виконання зобов'язання – це сукупність цивільно-правових норм, що регулюють суспільні відносини, які виникають у зв'язку з виконанням зобов'язань (як договірних, так і позадоговірних).

Особливістю інституту виконання договірних зобов'язань у праві України є розпорошеність його норм: по-перше, основоположні норми щодо виконання зобов'язання вміщені в Цивільному кодексі, що дає підстави вважати виконання зобов'язання інститутом зобов'язального права як найбільшої підгалузі цивільного права; по-друге, норми щодо виконання майново-господарських (цивільно-правових за своєю природою) зобов'я-

© Т.В.Боднар, 2004

Kyiv National Taras Shevchenko University

зань вміщені, зокрема в гл. 22 Господарського кодексу (ст. 193-198), в інших нормативно-правових актах, а також в міжнародних договорах (конвенціях), учасницею яких є Україна; по-третє, цивільні відносини (у тому числі зобов'язальні відносини) відповідно до ч. 1 ст. 7 ЦК можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту.

2) Виконання зобов'язання – це процес. Якщо зобов'язання – це правовідносини у статиці, то його виконання – це динамічний стан зобов'язання, завдяки якому реалізуються (здійснюються) права і обов'язки сторін зобов'язання (у § 241 ЦК Німеччини вжито термін *Leistung* – власне виконання як дія (бездіяльність), тобто здійснення, реалізація обов'язку)[12].

Саме при виконанні зобов'язання найповніше розкривається його зміст, оцінюється сукупність дій (бездіяльність) боржника щодо виконання покладених на нього обов'язків з погляду відповідності їх вимогам закону, умовам договору, звичаям тощо, а отже, з погляду визнання виконання належним.

Виконання зобов'язання може бути *активним*, якщо боржник виконує певні, передбачені зобов'язанням дії (передає майно, виконує роботу, надає послугу, сплачує гроші тощо), або *пасивним,* якщо боржник утримується від певної дії. Термін "пасивне виконання", на наш погляд, є більш вдалим для позначення утримання від певної дії, ніж вживаний О.С.Іоффе термін "негативна поведінка". Разом з тим, варто погодитися з О.С.Іоффе в тому, що утримання від певних дій неодмінно супроводжує активну діяльність боржника, а не замінює її[13]. Інакше кажучи, "чисто негативна поведінка (утримання від вчинення будь-яких дій) може бути лише доповненням або наслідком виконуваної боржником активної функції"[14]. У випадку негативного зобов'язання (термін, вжитий К.П.Побєдоносцевим – Т.Б.) особа зобов'язується не робити чого-небудь такого, що вправі була б робити, якби не була зв'язана договором[15].

Вживаючи терміни "активне і пасивне" *виконання зобов'язання* (виділено нами – Т.Б.), ми відрізняємо їх від активної й пасивної сторони зобов'язання, про які писав ще М.М.Агарков, маючи на увазі під активною стороною зобов'язання право вимоги кредитора, а під пасивною – відповідний обов'язок боржника[16].

3) Виконання зобов'язання є однією з підстав його припинення. Як зазначено в ч. 1 ст. 598 ЦК, зобов'язання припиняється частково або в повному обсязі на підставах, установлених договором або законом. Зокрема, зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належним чином (ст. 599 ЦК).

У зв'язку з набранням чинності Господарським кодексом України, що поряд з Цивільним кодексом також вживає термін "зобов'язання", щоправда, іменуючи його господарським зобов'язанням, останнє потребує аналізу з позиції його порівняння і зіставлення з договірним цивільним зобов'язанням. Таке порівняння необхідне, зокрема, для з'ясування меж застосування положень ЦК до господарських зобов'язань.

Категорія господарського зобов'язання своєму виникненню має завдячувати науці господарського права, яка розглядає господарські зобов'язання як одну з фундаментальних господарсько-правових категорій, що відображає зміст особливої правової форми господарських відносин. Сформульоване спочатку доктринально в юридичній літературі[17], а тепер закріплене (з деякими модифікаціями, викликаними змінами в економічній системі України) у ст. 173 ГК, визначення поняття господарського зобов'язання дозволяє з'ясувати його основні ознаки, за якими воно відрізняється від зобов'язання цивільно-правового.

Згідно з ч. 1 ст. 173 ГК *господарське зобов'язання* – це зобов'язання, що виникає між суб'єктом господарювання та іншим учасником (учасниками) відносин у сфері господарювання з підстав, передбачених Кодексом, у силу якого один суб'єкт (зобов'язана сторона, у тому числі боржник) зобов'язаний вчинити певну дію господарського чи управлінсько-господарського характеру на користь іншого суб'єкта (виконати роботу, передати майно, сплатити гроші, надати інформацію тощо), або утриматися від певних дій, а інший суб'єкт (управнена сторона, у тому числі кредитор) має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку.

З цього визначення випливають наступні ознаки господарського зобов'язання:

- *особливий суб'єктний склад* учасників господарського зобов'язання. Господарське зобов'язання виникає між суб'єктом господарювання та іншим учасником (учасниками) відносин у сфері господарювання. Суб'єкти господарського зобов'язання – *зобов'язана сторона* і *управнена сторона* – це не лише боржник і кредитор, які традиційно характерні для цивільно-правових (майново-господарських – за ГК) зобов'язань, але й суб'єкти організаційно-господарських повноважень;
- *особлива сфера суспільних відносин*, в якій виникають господарські зобов'язання – сфера господарювання;
- *особливі підстави* виникнення господарських зобов'язань. Господарське зобов'язання виникає з підстав, передбачених ст. 174 ГК, які відрізняються від підстав виникнення цивільних зобов'язань, установлених ст. 11 ЦК;
- *особливий характер дій*, що їх зобов'язаний вчинити (або утриматися від певних дій) один суб'єкт на користь іншого. Це дії господарського чи управлінсько-господарського характеру.

Господарські зобов'язання поділяються на два види:

- майново-господарські зобов'язання;
- організаційно-господарські зобов'язання.

Згідно з ч. 1 ст. 175 ГК майново-господарськими визнаються цивільно-правові зобов'язання, що виникають між учасниками господарських відносин *при здійсненні господарської діяльності* (виділено нами – Т.Б.), у силу яких зобов'язана сторона повинна вчинити певну господарську дію на користь другої сторони або утриматися від певної дії, а управнена сторона має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку.

Майново-господарські зобов'язання, які виникають між суб'єктами господарювання і негосподарюючими суб'єктами – юридичними особами на підставі господарських договорів, називаються в Господарському кодексі господарсько-договірними зобов'язаннями (ч. 1 ст. 179 ГК).

Майнові зобов'язання, які виникають між учасниками господарських відносин, регулюються Цивільним кодексом України з урахуванням особливостей, передбачених Господарським кодексом (абз. 2 ч. 1 ст. 175 ГК).

Як встановлено ч. 2 ст. 175 ГК, суб'єктами майново-господарських зобов'язань можуть бути:

а) суб'єкти господарювання, зазначені в ст. 55 ГК;

б) негосподарюючі суб'єкти – юридичні особи;

в) органи державної влади й органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією.

Якщо майново-господарське зобов'язання виникає між суб'єктами господарювання або між суб'єктами господарювання і негосподарюючими суб'єктами – юридичними особами, зобов'язаною та управненою сторонами зобов'язання є відповідно боржник і кредитор.

Частина 3 ст. 175 ГК містить застереження, згідно з яким зобов'язання майнового характеру, що виникають між суб'єктами господарювання та негосподарюючими суб'єктами-громадянами, *не є господарськими* (виділе-

но нами – Т.Б.) і регулюються іншими актами законодавства (ЦК тощо).

Зазначимо, що, відносячи в ч. 2 ст. 55 ГК до суб'єктів майново-господарських відносин філії, представництва, інші відокремлені підрозділи господарських організацій (структурні одиниці), і називаючи відносини, що складаються між структурними підрозділами суб'єкта господарювання, та відносини суб'єкта господарювання з його структурними підрозділами внутрішньогосподарськими відносинами (ч. 7 ст. 3 ГК), ГК навіть не називає обґрунтований в радянській правовій літературі[18] такий вид господарських зобов'язань, як внутрішньогосподарські зобов'язання. І якщо в першому варіанті проекту Господарського (Комерційного) кодексу містилася ст. 221, присвячена укладенню внутрішньогосподарських договорів[19], то в прийнятому ГК навіть ця стаття відсутня.

У ст. 132 ГК, що встановлює особливості статусу відокремлених підрозділів (структурних одиниць) господарських організацій, зазначено, що ці суб'єкти господарювання здійснюють свою діяльність від імені господарських організацій без статусу юридичної особи.

Враховуючи викладене та виходячи зі змісту ст. 2 ЦК, згідно з якою учасниками цивільних відносин є фізичні особи та юридичні особи, доходимо висновку, що філії, представництва та інші відокремлені підрозділи господарських організацій не можуть бути суб'єктами майново-господарських (цивільно-правових за своєю природою) зобов'язань, а тому ч. 2 ст. 175 ГК потребує відповідного коригування: після слів "цього Кодексу" її слід було б доповнити словами "крім філій, представництв, інших відокремлених підрозділів господарських організацій (структурних одиниць)".

Другим основним видом господарських зобов'язань ч. 2 ст. 173 ГК називає організаційно-господарські зобов'язання, якими визнаються господарські зобов'язання, що виникають у процесі управління господарською діяльністю між суб'єктом господарювання та суб'єктом організаційно-господарських повноважень, у силу яких зобов'язана сторона повинна здійснити на користь другої сторони певну управлінсько-господарську (організаційну) дію або утриматися від певної дії, а управнена сторона має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку (ч. 1 ст. 176 ГК). Зазначені зобов'язання не є цивільно-правовими, вони не регулюються нормами цивільного законодавства, а тому в цій роботі не розглядаються.

Отже, *договірні зобов'язання* в цивільному праві – це зобов'язання, що виникають на підставі договору (у деяких випадках – судового рішення) і опосередковують як майнові цивільні відносини (договірні цивільно-правові зобов'язання), так і господарсько-виробничі майнові відносини (господарсько-договірні зобов'язання).

Договірні зобов'язання в цивільному праві регулюються, головним чином, нормами ЦК та інших актів цивільного законодавства. Окремі особливості щодо підстав виникнення, змісту, виконання, припинення, розірвання, недійсності господарсько-договірних зобов'язань, як різновиду цивільних договірних зобов'язань, врегульовані також нормами ГК.

[1] Див.: *Гриджук Д.М., Олійник В.О.* Застава як спосіб забезпечення виконання зобов'язань. – К., 2002; *Загорулько А.И.* Обязательства по возмещению вреда, причиненного субъектами гражданского права. – Х., 1996; *Кот О.О.* Перехід прав кредиторів: Історія. Теорія. Законодавство. – К., 2002; *Лавров Д.Г.* Денежные обязательства в российском гражданском праве. – СПб., 2001. [2] Див.: *Новицкий И.Б., Лунц Л.А.* Общее учение об обязательстве. – М., 1950; *Иоффе О.С.* Обязательственное право. – М., 1975. – С.8; Зобов'язальне право: теорія і практика / О.В.Дзера, Н.С.Кузнєцова, В.В.Луць та ін.; За ред. О.В.Дзери. – К., 1998. [3] Див.: *Кузнєцова Н.* Принципи сучасного зобов'язального права України // Укр. комерційне право. – 2003. – № 4. – С.9; Див.: Гражданское право / Отв. ред. М.К.Сулейменов, Ю.Г.Басин. – Алматы, 2000. – Т. I. – С.559. [4] Див.: Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. А.Довгерта. – К., 2000. – С.218. [5] Див.: *Синайский В.И.* Русское гражданское право. – М., 2002. – С.293-294; *Новицкий И.Б., Лунц Л.А.* Зазнач. праця. – С.35; Зобов'язальне право: теорія і практика. – С.7-8. [6] Цю ознаку Г.Ф.Шершеневич називав визначеністю осіб зобов'язального правовідношення. Див.: *Шершеневич Г.Ф.* Курс гражданского права. – Тула, 2001. – С.346; С.К.Май виділяв зобов'язання з позитивним змістом (їхнім змістом є дії в прямому розумінні) і зобов'язання з негативним змістом, які полягають в обов'язку боржника утриматися від вчинення тієї або іншої дії. *Май С.К.* Очерк общей части буржуазного обязательственного права. – М., 1953. – С.21-22. [7] Див.: Кодифікація приватного (цивільного) права України. – С.218. [8] Див.: *Иоффе О.С.* Зазнач. праця. – С.5-6; Зобов'язальне право: теорія і практика. – С.8-9; Гражданское право. – Т. I. / Отв. ред. М.К.Сулейменов, Ю.Г.Басин. – С.561-562. [9] Див.: Цивільне право України: У 2 т. / За ред. Я.М.Шевченко. – Т. 1. Загальна частина. – К., 2003. – С.458. [10] Див.: *Шершеневич Г.Ф.* Курс гражданского права. – С.346. [11] Див.: *Сейтмустафа А.* Понятие исполнения обязательства // Актуальные проблемы частного права: Материалы междунар. науч.-практ. конф. (в рамках ежегодных цивилистических чтений). – Алматы, 23-24 мая 2002 г. / Отв. ред. М.К.Сулейменов. – Алматы, 2003. – С.285-288. [12] Див.: *Жалинский А., Рерихт А.* Введение в немецкое право. – М., 2001. – С.334-335. [13] Див.: *Иоффе О.С.* Зазнач. праця. – С.8. [14] Там само. – С.13-14. [15] Див.: *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права: В 3 т. / Под ред. В.А.Томсинова. – М., 2003. – Т. 3. – С.16. [16] Див.: *Агарков М.М.* Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. – М., 2002. – Т. I. – С.177. [17] Див.: *Танчук И.А., Ефимочкин В.П., Абова Т.Е.* Хозяйственные обязательства. – М., 1970; Хозяйственное право. Общие положения / Под ред. В.В.Лаптева. – М., 1983. – С.175-215. [18] Див.: Хозяйственное право. Общие положения. – С.204-208; Хозяйственное право / Под ред. В.В.Лаптева. – М., 1983. – С.168-171. [19] Див.: Господарський (Комерційний) кодекс України. Проект. – К., 1995.

Надійшла до редколегії 12.10.03

Г.І.Балюк, д-р юрид. наук, проф., О.В.Єлісєєва, асп.

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ВИРІШЕННЯ СУДАМИ СПОРІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ЗВЕРНЕННЯМ СТЯГНЕННЯ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ (ЯК ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ) НА ВИМОГУ КРЕДИТОРА

Розглядаються особливості вирішення судами спорів, які раніше не були відомі українському судочинству: спорів, які пов'язані із зверненням стягнення на земельну ділянку (як предмет іпотеки) на вимогу кредитора.

The article deals with peculiarities of adjudication by the courts of disputes that were previously unknown in Ukrainian judicial proceedings and which are related to taking recourse, on creditor's demand, upon land parcels that were used as a mortgage.

Пункт 1 ст.158 ЗК України містить вичерпний перелік органів, компетентних розглядати земельні спори[1]. Це – суди, органи місцевого самоврядування, органи виконавчої влади з питань земельних ресурсів.

Згідно зі ст. 125 Конституції України система судів загальної юрисдикції в Україні побудована за принципом територіальності та спеціалізації. Статтею 20 Закону України "Про судоустрій" закріплена наступна система судів загальної юрисдикції: місцеві суди, апеляційні суди, вищі спеціалізовані суди, Верховний Суд України. Згідно з п. 2 ст. 124 Конституції України юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. З метою захисту права власності на землю та забезпечення стабільності адміністративно-територіального устрою в п. 2 ст. 158 ЗК України визначено спори, які мають розглядатися виключно судом. Судом, зокрема, розглядаються:

© Г.І.Балюк, О.В.Єлісєєва, 2004

- виключно йому підвідомчі спори (перша група – земельні спори з приводу володіння, користування і розпорядження земельними ділянками, що перебувають у власності громадян і юридичних осіб, друга група – спори щодо розмежування територій сіл, селищ, районів та областей);
- скарги на рішення, прийняті в позасудовому порядку;
- земельні спори, підвідомчі органам місцевого самоврядування, але сторони безпосередньо звернулися до суду. Це – земельні спори в межах населених пунктів щодо меж земельних ділянок, що перебувають у власності чи користуванні громадян, та додержання громадянами правил добросусідства, а також спори щодо розмежування меж районів у містах;
- земельні спори, підвідомчі органам виконавчої влади з питань земельних ресурсів, але сторони також звернулися безпосередньо до суду. Це – земельні спори щодо меж земельних ділянок за межами населених пунктів, обмежень у використанні земель та земельних сервітутів;
- майнові спори, пов'язані із земельними відносинами. Це зокрема спори, які містять вимоги про відшкодування збитків, заподіяних вилученням чи викупом земельної ділянки з мотивів суспільної необхідності та для суспільних потреб, вимоги щодо відшкодування збитків, заподіяних неправомірним зайняттям земельної ділянки, її забрудненням, псуванням чи вчиненням інших порушень прав власників земельних ділянок чи землекористувачів тощо.

Спори, зазначені в п. 1, 3-5 розглядаються судом в позовному провадженні відповідно до вимог Цивільного процесуального кодексу України (гл. 15–28). А спори, зазначені в п. 2, розглядаються судом у провадженні у справах, що виникають з адміністративно-правових відносин (гл. 29, 31-А зазначеного Кодексу в редакції Закону України "Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України" від 5 червня 2003 р. № 917-IV).

Автори даної статті вважають за необхідне звернути особливу увагу на розгляд судами спорів, які раніше не були відомі українському судочинству.

Йдеться, зокрема, про вирішення судами спорів, пов'язаних зі зверненням стягнення на земельну ділянку на вимогу кредитора. Аналіз чинного законодавства дозволяє виокремити наступні випадки звернення стягнення на земельну ділянку:

- звернення стягнення на земельну ділянку як предмет іпотеки;
- звернення стягнення на земельну ділянку в разі відсутності у боржника достатніх грошових коштів для задоволення вимог кредиторів:

а) не пов'язане з припиненням юридичної особи або банкрутством громадянина-підприємця;

б) при припиненні юридичної особи або банкрутстві громадянина підприємця.

У даній ситуації розглянемо детальніше особливості вирішення судами спорів, пов'язаних із зверненням стягнення на земельну ділянку як предмет іпотеки.

Іпотека – це особливий вид застави, предмет якого – нерухоме майно, що є способом забезпечення належним чином виконання боржником кредитного зобов'язання. Її зміст полягає в тому, що в разі, якщо боржник не виконує перед кредитором належним чином своїх обов'язків, які випливають з угоди, кредитор має право на задоволення своїх майнових інтересів за рахунок предмета іпотеки – земельної ділянки або грошових сум, що було отримано внаслідок її продажу для задоволення його вимог.

Чинним законодавством України до 01.01.04 було передбачено обов'язковий продаж предмета застави в разі невиконання боржником зобов'язання, забезпеченого заставою. Таке становище не дозволяло сторонам закладних правовідносин домовитися про перехід права власності на земельну ділянку прямо до іпотекодержателя (такий спосіб припинення права власності на земельну ділянку дозволяється, зокрема, законодавством Франції та Німеччини). Така ситуація, на нашу думку, була невиправданою і врахована законодавцем в Законі України "Про іпотеку" від 5 червня 2003 р.[2]. Після вступу цього Закону в силу з 1 січня 2004 р. в разі звернення стягнення на земельну ділянку на вимогу кредитора право власності на неї може переходити безпосередньо до іпотекодержателя.

Особливістю правовідносин з припинення права приватної власності у випадку звернення стягнення на земельну ділянку як предмет застави сьогодні є те, що суб'єктом, який уповноважений вимагати такого припинення, можуть бути виключно банки, які відповідають вимогам, установленим законами України. Це обумовлено тим, що за Земельним Кодексом України виключно вони можуть бути заставодержателями земельних ділянок (ч. 4 ст. 133).

В юридичній літературі висловлювалося різне ставлення до такої позиції законодавця з цього питання. "Крапка" в цій дискусії остаточно поставлена із вступом в дію Закону України "Про іпотеку" і внесенням змін до ч. 4 ст. 133 Земельного кодексу України. Відповідно до нової редакції зазначеної статті ЗК заставодержателем земельної ділянки сільськогосподарського призначення можуть бути лише банки. Отже, законом не визначено коло суб'єктів – іпотекодержателів земель несільськогосподарського призначення. Таким чином, приходимо до висновку, що ними можуть бути всі учасники цивільного обігу.

Особливістю нового законодавства України про іпотеку є те, що в разі передачі земельної ділянки в декілька іпотек ініціювати звернення стягнення на неї може будь-який іпотекодавець, при цьому попередня іпотека має вищий пріоритет над наступними іпотеками, що визначається залежно від дати реєстрації іпотек. За новим законодавством про іпотеку іпотекодавцем може бути як особа, яка передає в іпотеку земельну ділянку для забезпечення виконання власного зобов'язання, так і особа, яка передає в іпотеку земельну ділянку для забезпечення виконання зобов'язання іншої особи-боржника (майновий поручитель).

За рахунок предмета іпотеки іпотекодержатель має право задовольнити свою вимогу за основним зобов'язанням у повному обсязі або в частині, установленій іпотечним договором, що визначена на час виконання цієї вимоги, включаючи сплату відсотків, неустойки, основної суми боргу та будь-якого збільшення цієї суми, яке було прямо передбачено умовами договору, що обумовлює основне зобов'язання.

Аналізуючи Закон України "Про іпотеку", можна виокремити юридичні склади, що можуть бути підставами для припинення права приватної власності на земельну ділянку у випадку звернення на неї стягнення як на предмет іпотеки. Ними в кожному окремому випадку можуть бути:

- Договір іпотеки земельної ділянки або заставна (якщо вона випускається) + невиконання основного зобов'язання, забезпеченого іпотекою або інші, передбачені законом обставини + *рішення суду про звернення стягнення на земельну ділянку* + договір купівлі-продажу земельної ділянки або видача свідоцтва про придбання земельної ділянки на прилюдних торгах (залежно від способу реалізації земельної ділянки, що визначається рішенням суду) + позбавлення власника земельної ділянки правовстановлюючих документів на

земельну ділянку + реєстрація припинення права приватної власності на земельну ділянку.

- Договір іпотеки земельної ділянки або заставна (якщо вона випускається) + невиконання основного зобов'язання, забезпеченого іпотекою або інші, передбачені законом обставини + договір про задоволення вимог іпотекодержателя, яким також вважається відповідне застереження в іпотечному договорі + договір купівлі-продажу земельної ділянки + позбавлення власника земельної ділянки правовстановлюючих документів на земельну ділянку + реєстрація припинення права приватної власності на земельну ділянку.
- Договір іпотеки земельної ділянки + невиконання основного зобов'язання, забезпеченого іпотекою, або інші, передбачені законом обставини + виконавчий напис нотаріуса + видача свідоцтва про придбання земельної ділянки на прилюдних торгах + позбавлення власника земельної ділянки правовстановлюючих документів на земельну ділянку + реєстрація припинення права приватної власності на земельну ділянку.

Розглянемо кожен із вищезазначених складів детально.

А. Зазначений юридичний склад має місце у випадку звернення стягнення на земельну ділянку як предмет *іпотеки за рішенням суду*. Наявність факту укладання договору іпотеки земельної ділянки є першим юридичним фактом юридичного складу, що припиняє право приватної власності на земельну ділянку в цьому випадку. Іпотечний договір укладається між одним або декількома іпотекодавцями та іпотекодержателем у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню. Іпотечний договір має містити істотні умови, передбачені ч. 2 ст. 12 ЗУ "Про іпотеку", недотримання яких тягне за собою недійсність договору іпотеки.

Якщо відповідно до іпотечного договору передбачено та фактично проведено випуск заставної, то першим юридичним фактом юридичного складу, що припиняє право приватної власності іпотекодавця на земельну ділянку *у випадку звернення на неї стягнення за рішенням суду, буде саме заставна*. Слід зазначити, що заставна є новим явищем у сучасному українському законодавстві, яке до прийняття Закону України "Про іпотеку" закріплювало тільки одну з моделей іпотечного кредитування, яка отримала назву депозитної й передбачала обмежене коло учасників та інструментів іпотечного ринку і лише первинне надання й обслуговування іпотечних позик кредитними установами. Інші принципи та механізм покладено в основу нової інвестиційної моделі, яка знайшла своє відображення в Законі України "Про іпотеку" від 5 червня 2003 р. для якої характерні емісія іпотечних цінних паперів (заставні) як способу рефінансування та існування вторинного іпотечного ринку.

Заставна складається в письмовій формі та підлягає державній реєстрації. У заставній обов'язково мають міститися реквізити, передбачені Законом України "Про іпотеку". Якщо зміст заставної не відповідає положенням іпотечного договору чи договору, який обумовлює основне зобов'язання, положення заставної мають перевагу.

Вважаємо, що істотною особливістю заставної порівняно з іпотечним договором є те, що вона має безспірний характер. Так, якщо після закінчення строку виконання основного зобов'язання за іпотечним договором, невиконання особою умов іпотечного договору або договору про основне зобов'язання (у випадку, коли такі договори укладаються окремо) ще потребує доказування в суді, то сама тільки наявність заставної у будь-якої особи, відмінної від боржника, після спливу строку виконання основного зобов'язання вже безспірно свідчить про факт невиконання основного зобов'язання, який не потребує доказування в суді.

Наступним юридичним фактом юридичного складу, що припиняє право приватної власності особи на земельну ділянку у випадку звернення на неї стягнення як на предмет іпотеки за рішенням суду, є, власне, судове рішення. При цьому з позовом до суду про звернення стягнення на земельну ділянку вправі звернутися тільки іпотекодержатель або власник заставної.

У разі задоволення судом позову про звернення стягнення на земельну ділянку судом приймається відповідне рішення суду.

Наступним юридичним фактом юридичного складу, на підставі якого припиняється право приватної власності особи на земельну ділянку у випадку звернення на неї стягнення як на предмет іпотеки за рішенням суду, може бути або договір купівлі-продажу земельної ділянки, або видача свідоцтва про придбання земельної ділянки на прилюдних торгах (залежно від способу реалізації земельної ділянки, що визначається рішенням суду).

Якщо рішення суду передбачає продаж іпотекодержателем цієї земельної ділянки, то наступним юридичним фактом юридичного складу, що припиняє право власності на земельну ділянку, є договір купівлі-продажу земельної ділянки, який іпотекодержатель вправі укласти з будь-якою особою-покупцем. При цьому іпотекодержатель зобов'язаний за 30 днів до укладення договору купівлі-продажу письмово повідомити іпотекодавця та всіх осіб, які мають зареєстровані у встановленому законом порядку права чи вимоги на предмет іпотеки, про свій намір укласти цей договір. Протягом 30 днів з дня отримання такого повідомлення особа, яка має зареєстровані права чи вимоги на земельну ділянку, що є предметом іпотеки, вправі письмово повідомити іпотекодержателя про свій намір купити предмет іпотеки; з дня отримання іпотекодержателем цього повідомлення вказана особа набуває переважне право на придбання предмета іпотеки у іпотекодержателя. Якщо особи, які мають зареєстровані права чи вимоги на предмет іпотеки, не висловили наміру його придбати, іпотекодержатель вправі продати земельну ділянку будь-якій іншій особі на власний розсуд.

Законом не встановлено вимог щодо форми та істотних умов такого договору. Вважаємо, що цей договір має відповідати звичайним вимогам, передбаченим чинним законодавством України щодо договорів купівлі-продажу земельних ділянок.

Якщо рішенням суду способом реалізації земельної ділянки як предмета іпотеки визнано проведення прилюдних торгів, то останнім юридичним фактом цього юридичного складу буде видача свідоцтва про придбання земельної ділянки на прилюдних торгах, яким, відповідно до закону, оформлюються результати прилюдних торгів. Реалізація земельної ділянки шляхом продажу на прилюдних торгах відбувається в межах процедури виконавчого провадження з дотриманням вимог Закону України "Про виконавче провадження", Земельного Кодексу України, Закону України "Про іпотеку" та інших нормативних актів. Організація продажу предмета іпотеки покладається на спеціалізовані організації, що створені і діють відповідно до закону.

Боржник (або майновий поручитель, чи наступний іпотекодержатель) вправі до дня продажу земельної ділянки на прилюдних торгах виконати вимогу за основним зобов'язанням чи ту її частину, виконання якої прострочено, разом з відшкодуванням будь-яких витрат та збитків, завданих іпотекодержателю. Таке виконання є підставою для припинення реалізації земельної діля-

Kyiv National Taras Shevchenko University

нки на прилюдних торгах. Умови договорів, що обмежують це право боржника, є недійсними.

Будь-який учасник прилюдних торгів може бути покупцем земельної ділянки, якщо він запропонує найвищу ціну. Якщо покупцем є іпотекодержатель, він зобов'язаний сплатити лише різницю між запропонованою ним ціною і розміром невиконаного основного зобов'язання. *Проведення прилюдних торгів оформлюється свідоцтвом про придбання майна на прилюдних торгах, видача якого є юридичним фактом юридичного складу, що припиняє право приватної власності на земельну ділянку у випадку звернення на неї стягнення як на предмет іпотеки за рішенням суду шляхом проведення прилюдних торгів.*

Істотним є те, що відповідно до законодавства іпотекодержатель, іпотекодавець, боржник та будь-який учасник прилюдних торгів вправі протягом трьох місяців з дня проведення торгів оскаржити результати їх у суді за місцезнаходженням нерухомого майна. Законом не встановлено правових наслідків задоволення судом такого позову. З нашого погляду, у цьому випадку свідоцтво про придбання земельної ділянки з прилюдних торгів має визнаватися недійсним, а власник земельної ділянки поновлюватися у своїх правах до реалізації земельної ділянки на законних підставах. У разі, якщо позов було подано до видачі свідоцтва, оформлення свідоцтва має припинятися з дня прийняття позову судом, а право власності на земельну ділянку у іпотекодавця зберігатися протягом судового розгляду справи, і якщо позов задоволено судом, – право власності зберігається за власником до наступної реалізації земельної ділянки на законних підставах; якщо ж позов не задоволено – відновлюється оформлення свідоцтва. Законом також не визначено процедури реалізації земельної ділянки в разі задоволення судом такого позову. Вважаємо, що земельна ділянка в цьому випадку має реалізовуватися за спрощеною процедурою, яка має місце, коли прилюдні торги визнаються такими, що не відбулися. Також, з нашого погляду, ст. 138 Земельного Кодексу України, яка визначає випадки визнання земельних торгів такими, що не відбулися, треба доповнити випадком задоволення судом позову про оскарження результатів прилюдних торгів.

Б. Другий юридичний склад є підставою для припинення права приватної власності на земельну ділянку в іпотекодавця у випадку звернення на неї стягнення шляхом укладання та виконання договору про задоволення вимог іпокодержателя між іпотекодавцем та іпотекодержателем. Припинення права приватної власності на земельну ділянку в цьому випадку відбувається в процесі позасудового врегулювання звернення стягнення на земельну ділянку.

Першим юридичним фактом юридичного складу, що припиняє право приватної власності на земельну ділянку у іпотекодавця в цьому випадку є іпотечний договір або заставна. Особливістю іпотечного договору (заставної) як юридичного факту в цьому випадку є те, що він може містити застереження про задоволення вимог іпотекодержателя, яке за законом прирівнюється до "окремого" договору про задоволення вимог іпотекодержателя, що є другим юридичним фактом цього юридичного складу. Отже, при припиненні права приватної власності на земельну ділянку у іпотекодавця у випадку звернення на неї стягнення шляхом укладання договору про задоволення вимог іпотекодержателя між іпотекодавцем та іпотекодержателем іпотечний договір може заміняти два обов'язкових юридичних факти відповідного юридичного складу: власне іпотечний договір та договір про задоволення вимог іпотекодержателя.

Якщо іпотечний договір (заставна) не містять застереження про задоволення вимог іпотекодержателя між іпотекодавцем та іпотекодержателем для звернення стягнення на земельну ділянку може укладатися окремий договір про задоволення вимог іпотекодержателя, який є окремим юридичним фактом юридичного складу, що припиняє право приватної власності на земельну ділянку в цьому випадку.

Якщо договором про задоволення вимог іпотекодержателя передбачена передача іпотекодержателю права приватної власності на земельну ділянку в рахунок виконання основного зобов'язання, то для припинення права приватної власності на земельну ділянку необхідні ще тільки два обов'язкових юридичних факти: позбавлення власника земельної ділянки правовстановлюючих документів на земельну ділянку та реєстрація припинення права приватної власності на земельну ділянку.

Якщо умовами (змістом) договору про задоволення вимог іпотекодержателя передбачено право іпотекодержателя від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій іншій особі шляхом укладення договору купівлі-продажу земельної ділянки, то для припинення права власності на земельну ділянку необхідним є також факт укладання договору купівлі-продажу земельної ділянки. Договір купівлі-продажу земельної ділянки в цьому разі укладається з дотриманням тих самих вимог, як і у випадку звернення стягнення на земельну ділянку за рішенням суду, коли судовим рішенням передбачено продаж земельної ділянки іпотекодержателем.

В. Останній юридичний склад, на підставі якого припиняється право приватної власності іпотекодавця, має місце у випадку звернення стягнення на земельну ділянку за виконавчим написом нотаріуса.

Варто зауважити, що відповідно до Роз'яснення Арбітражного Суду України "Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням Закону України "Про заставу" від 24.12.99, у випадках, коли договір застави підлягає нотаріальному посвідченню, господарським судам слід відмовляти в прийнятті позовних заяв про звернення стягнення на заставлене майно на підставі п. 1 ст. 62 Господарського процесуального кодексу України за винятком випадків визнання договору застави дійсним на підставі ч. 2 ст. 47 Цивільного кодексу УРСР (1963). Переважна більшість випадків звернення стягнення на земельну ділянку як предмет іпотеки повинна мати місце саме за виконавчим написом нотаріуса.

Аналіз чинного законодавства України, дозволяє зробити висновок про те, що звернути стягнення на земельну ділянку за виконавчим написом нотаріуса кредитор може виключно тільки в разі, якщо його право розпочати звернення на земельну ділянку як предмет іпотеки підтверджується іпотечним договором. Тобто згідно з чинним законодавством України заставна не є документом, на якому нотаріус вправі вчиняти виконавчий напис. З нашого погляду, такий підхід є невиправданим. Адже заставна має безспірний характер. Це означає, що сама тільки її наявність безспірно підтверджує невиконання боржником основного зобов'язання і обґрунтованість звернення стягнення. З огляду на те, що у випадку звернення стягнення на земельну ділянку за виконавчим написом нотаріуса в момент вчинення виконавчого напису іпотекодавець не має можливості висунути свої заперечення щодо припинення його права власності на земельну ділянку, то саме безспірність характеру закладної найкращим чином здатна була б гарантувати законність звернення такого стягнення. Враховуючи зазначене, вважаємо, що необхідно внести доповнення до чинного зако-

Вісник Київського Національного Університету

нодавства України, за якими виконавчий напис нотаріуса при зверненні стягнення на предмет іпотеки може бути вчинено також і на заставній[3].

Отже, сьогодні виключно *іпотечний договір може мати значення першого юридичного факту юридичного складу, на підставі якого припиняється право приватної власності іпотекодавця у випадку звернення стягнення на земельну ділянку за виконавчим написом нотаріуса.*

Юридичним фактом юридичного складу, на підставі якого припиняється право приватної власності у випадку звернення стягнення на земельну ділянку як предмет застави за виконавчим написом нотаріуса, є також вчинення нотаріусом виконавчого напису. Законодавством України встановлено вимоги щодо вчинення виконавчих написів, що також є і умовами припинення права приватної власності на земельну ділянку у випадку звернення на неї стягнення як на предмет застави.

Недотримання зазначених вимог при вчиненні нотаріусом виконавчого напису є підставою для оскарження такої нотаріальної дії. Оскарження нотаріальних дій або відмови в їх вчиненні відбувається в судовому порядку (ст. 50 ЗУ "Про нотаріат")[4].

З аналізу законодавства України про іпотеку можна зробити висновок, що у випадку звернення на земельну ділянку як предмет іпотеки за виконавчим написом нотаріуса задоволення вимог іпотекодержателя може відбуватися виключно за рахунок коштів, отриманих від реалізації земельної ділянки на прилюдних торгах. Отже, юридичним фактом юридичного складу, що припиняє право приватної власності іпотекодавця на земельну ділянку у випадку звернення на неї стягнення за виконавчим написом нотаріуса, є також видача свідоцтва про придбання земельної ділянки на прилюдних торгах. Проведення прилюдних торгів та оформлення свідоцтва про придбання земельної ділянки на прилюдних торгах у цьому випадку провадиться з дотриманнях тих самих вимог та на тих самих умовах, як і у випадку звернення стягнення на земельну ділянку як предмет іпотеки за рішенням суду.

[1] Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3-4. – Ст.27. [2] Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 38. – Ст. 313. [3] Мається на увазі Постанова Кабінету Міністрів України "Про затвердження Переліку документів, за якими стягнення заборгованості проводиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів" від 29 червня 1999 р. № 1172 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 26. – Ст. 69. [4] Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.

Надійшла до редколегії 06.10.03

В.М.Тернавська, асп.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ІСТОРІЇ СТАНОВЛЕННЯ І РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ СУДУ ПРИСЯЖНИХ В УКРАЇНІ

Розглядаються особливості історії становлення і розвитку законодавчої моделі суду присяжних України в контексті судової реформи і контрреформи другої половини XIX – початку XX ст.

Peculiarities of history of formation and development of legislative model of a jury in context of judicial reform and counter-reform in the second half of the XIX and the first half of the XX centuries are dealt with.

Одним з елементів судової реформи є суд присяжних. Незважаючи на те, що введення цього інституту передбачено чинним законодавством, і сьогодні триває процес розробки всіх елементів його функціонування, доцільність введення цього інституту в національній правовій системі залишається питанням дискусійним як у колах науковців, так і практиків.

Радянська юридична наука свого часу відмовилася від необхідності залучення громадян до участі в здійсненні правосуддя у формі суду присяжних, використовуючи лише форму присяжних засідателів. Сучасна тенденція законодавця щодо повернення до життя інституту суду присяжних, обґрунтована вимогами Конституції України, запозичивши риси даного інституту в законодавств різних країн, створила тим самим своєрідний конгломерат. Чи буде новий суд власне судом присяжних, чи це буде суд шефенів, це питання ще остаточно не врегульовано на законодавчому рівні.

Серед сучасних досліджень даного інституту питання історії суду присяжних в Україні не розглядалося, а лише приверталась увага до історії французького та англійського судочинства, де одним з головних моментів є здійснення правосуддя за допомогою суду присяжних. Одним з допоміжних інструментаріїв для формування засад даного інституту в Україні може стати використання історичного досвіду та наукових праць видатних вчених юридичної науки XIX ст.

Історія інституту суду присяжних досить тісно пов'язана із судовою реформою 60-х рр., яка здійснювалася протягом тривалого часу. Характеристика подій, пов'язаних з проведенням судової реформи, і особливо перипетії суду присяжних, знайшли своє відображення в працях окремих науковців і юристів практиків, серед яких можна виділити роботи Гр.Джаншиєва, А.Ф.Коні, О.М.Бобрищева-Пушкіна. У цих роботах міститься аналіз перших кроків, спрямованих на реформування суспільних відносин, і реакції царського уряду на запровадження демократичних інститутів. Також послідовно розкриваються недоліки судової реформи 1864 р., наступ реакційних сил, спрямованих проти неї, особливості контрреформ і розвиток російського законодавства на початку XX ст. Звертаючись до радянської історіографії, хотілося б відмітити роботи М.Г.Коротких, С.М.Казанцева, П.Ф.Щербини, в яких висвітлено соціально-економічні й політичні особливості розвитку суспільного життя Російської імперії другої половини XIX–початку XX ст., показано всі складнощі, які виникали у зв'язку з проведенням реформ 60-х рр. XIX ст., особливості проведення реформ і контрреформ у південно-західному регіоні (в Україні). Цими авторами дається характеристика не тільки вищезгаданих подій, але й тим політичним діячам, які брали активну участь як у проведенні реформ (С.Зарудний, Д.Блудов, Д.Ровінський), так і контрреформ (М.Муравйов, М.Манасеїн). Урахування всіх зауважень і пропозицій, викладених у роботах зазначених авторів, є необхідним для полегшення проведення сучасної судової реформи.

Перші спроби реформувати феодально-кріпосні відносини в суспільстві, зробив М.М.Сперанський ще в 20-30-х рр. XIX ст. Цей політичний діяч намагався провести реформу процесуального і матеріального законодавства: були підготовлені Цивільне уложення, Статут цивільного судочинства, Уложення кримінальне, в яких вводилися такі нові для Росії принципи та інститути, як рівність сторін, гласність, усність тощо. На заваді новітніх реформ стали слов'янофіли на чолі з М.М.Карамзіним, з гаслом таких основних начал теорії самобутньої російської державності, як самодержавство, православ'я і народність[1].

© В.М.Тернавська, 2004

Kyiv National Taras Shevchenko University

Унаслідок таких подій прогресивні ідеї М.М.Сперанського зазнали поразки, натомість було реалізовано положення М.М.Карамзіна про Звід законів, в основі якого були лише збір і систематизація існуючого законодавства, в якому знайшли своє відображення феодально-кріпосні устої суспільства

Вирішальним чинником для здійснення радикальних змін у системі чинного законодавства стала поразка Російської імперії в Кримській війні 1853–1856 рр. Лише військова поразка викрила всю економічну, політичну і військову неспроможність царизму, тим самим підірвавши самовпевненість правлячої еліти. Головним чинником такої кризи всезагально було визнано бюрократію. Саме кризовий стан державного механізму Росії став поштовхом для проведення радикальних змін. Але найбільше спонукало до проведення реформ кризове фінансове становище країни[2]. Для розв'язання цієї гострої проблеми необхідно було вирішити таких два не менш актуальних питання, як селянська та судова реформи. На заваді проведення прогресивних реформ стало кріпосне право. Розв'язанням даної проблеми була селянська реформа від 19 лютого 1861 р.

Селянська реформа була недосконалою, оскільки саме звільнення селян від рабства не вирішувало всіх питань, а навпаки, загострило соціальні відносини: наявність станових судів та застарілої процедури судочинства були перешкодою при утвердженні селян як повноцінних членів суспільства. Тому подальше реформування тогочасних суспільних відносин потребувало першочергового проведення судової реформи.

Офіційно процес розробки судової реформи очолив глава II відділення в.й.і.в. канцелярії граф Д.М.Блудов, але фактичним керівником судової реформи став С.І.Зарудний. Д.М.Блудов стояв на позиції поступового проведення реформ з дотриманням власне руських правових традицій, обґрунтовуючи це неготовністю суспільства до радикальних змін. На його думку, введення суду присяжних на той час для Росії було передчасним, оскільки у народу відсутня здатність до тонкого аналізу і логічних висновків[3]. Така позиція Д.М.Блудова позначилася на судовій реформі, хід якої затягнувся на довгі роки.

23 жовтня 1861 р. Олександр II затвердив доповідь про судову реформу, підготовлену Д.М.Блудовим, який відмовився від керівництва даною роботою, визнавши свою неспроможність, і передав всі справи в Державну канцелярію. Для здійснення програми судової реформи була створена комісія, склад якої сформував з числа однодумців С.І.Зарудний. Кожний з членів комісії розробляв окремі інститути, що мали дискусійний характер[4]. На думку юристів комісії, реформа судочинства не могла відбутися без введення суду присяжних. Слід зазначити, що члени комісії ретельно вивчили не тільки англійське і французьке законодавство, але й уважно розглянули процесуальні кодекси Женеви та Сардинського королівства[5]. С.І.Зарудний обґрунтував суд присяжних з теоретичних позицій, привівши поряд з традиційними положеннями буржуазної теорії судоустрою аргументи, що відповідали особливостям російської дійсності. Розробники цього інституту підкреслювали його відмінність від інших європейських моделей, що полягало не тільки в процедурних питаннях, але і в його аполітичності. Так, з кола справ, що підлягали підсудності суду присяжних, були виключені справи про державні злочини, більшість посадових та інших злочинів[6]. Таким чином, російський суд присяжних став новим кроком у розвитку європейської правової культури.

Відповідно до положень Судових Статутів загальна кількість присяжних засідателів становила 12 осіб. Присяжні мали вирішувати такі питання: 1) про дійсність подій, що стали приводом для обвинувачення; 2) про винність чи невинуватість підсудного. Констатація події злочину і здійснення його особою не були основою обвинувального вироку. Такий погляд був нетиповим для західноєвропейського законодавства. Тут проявила себе слов'янофільська концепція про "правду внутрішню", тобто здоровий глузд, мораль, якими слід керуватися в судовій практиці, протиставляючи їх "правді зовнішній", тобто закону[7]. Коронний суд призначав покарання тільки при позитивній відповіді присяжних на поставленні їм питання. Вирок, винесений за участю присяжних, оскарженню не підлягав. Відміна могла бути лише в касаційному порядку. Стосовно державних злочинів суд присяжних замінювався судом станових представників. На відміну від англійської моделі суду присяжних, за якої рішення має прийматись одностайно, руське законодавство, хоч і відзначало бажаність такої одностайності, фактично передбачало, що при розділі голосів справа могла вирішуватися більшістю на користь підсудного. У тих випадках, коли суд вважав, що вироком присяжних засуджено невинну особу, справа передавалася на розгляд нового складу присяжних. Для присяжних засідателів існував певний майновий ценз і ценз осілості. Поряд з цим вводився службовий ценз, який надавав право бути присяжним без урахування майнового стану. За неявку присяжного до суду без поважних причин на нього накладався штраф, а за злісне ухилення від свого громадянського обов'язку особа позбавлялася права обирати і бути обраною на виборні посади[8].

Таким чином, теоретичні положення Д.О.Ровінського і С.І.Зарудного стали концептуальною основою суду присяжних в Росії. Вони були включені до "Міркувань державної канцелярії про судочинство цивільне, кримінальне і судоустрій", в яких стверджувалося, що, замінивши формальну теорію доказів інквізиційного судочинства оцінкою за внутрішнім переконанням, необхідно ввести суд присяжних. Визнавши суд присяжних найкращим методом для розгляду справ за внутрішнім переконанням, реформатори прийшли до висновку про необхідність відповідних змін споріднених інститутів, оскільки без цього суд присяжних буде нежиттєздатним[9].

Запровадження цього інституту потребувало його всебічної аргументації, оскільки не лише реакціонери, але й представники ліберальних кіл виступали проти нього. Авторитети кримінально-процесуальної теорії не знаходили умов для існування суду присяжних в країні. Сумнівалися також і в урядових колах[10]. Але незважаючи на всі сумніви і недовіру, долю суду присяжних було вирішено на його користь: 29 вересня 1862 р. "Основні положення зміни судової частини в Росії" були затверджені монархом з наказом опублікувати їх у засобах масової інформації.

1 січня 1864 р. видано Положення про губернські та уїзні земські установи, а 25 травня того ж року оприлюднено Правила про порядок приведення в дію цього положення. Ці правила стосувалися лише 33 губерній, у числі яких західні губернії не були названі[11]. Проведення судової реформи в південно-західному регіоні затримувалося внаслідок польської смути в Подільській губернії в 1862 р[12].

Перший суд присяжних було засновано в Санкт-Петербурзі 17 квітня 1866 р. і поступово суди такого роду утворювалися і в інших містах великої за обсягом країни. На шляху нового інституту виникло багато різних перешкод, у тому числі й матеріального характеру, які уповільнювали цей рух. Крім того, деякі суди переходили з-під відома однієї палати до другої, інші закривалися зовсім[13]. У 1867 р. на основі Судових Статутів від 20 листопада 1864 р. був відкритий округ Харківсь-

кої судової палати, до складу якого ввійшли губернії: Харківська, Орловська, Воронезька. У квітні 1868 р. Міністерство юстиції внесло до Державної ради проект про подальше введення в дію Судових Статутів в інших губерніях Російської імперії. Проект було затверджено Височайшим іменним указом від 30 червня 1868 р., в якому зазначалося, що судові установи в округах Санкт-Петербурзькому, Московському і Харківському виправдали сподівання імператора, оскільки дали народу суд швидкий, правильний і такий, що користується загальною довірою[14].

Що стосується проведення судової реформи в Україні, то, на думку П.Ф.Щербини, ситуація була неоднозначною. Якщо на Лівобережній Україні, у Харківській губернії, на основі судових статутів від 20 листопада 1864 р. реформа проводилася в той самий час, що і в центральній частині Росії, де уряд спочатку провів судову реформу, а потім здійснив контрреформу, то на Правобережжі проведення судової реформи і контрреформи характеризувалося одночасністю їх проведення[15].

Проведення судової реформи в іншій частині південно-західного регіону ускладнювалося тим, що в першій половині XIX ст. на Україні зберігали свою силу надто застарілі законодавчі акти у вигляді Литовського статуту, сеймових конституцій, Магдебурзького права. Зміни відбулися лише внаслідок заяви генерал-губернатора Д.Г.Бібікова, в якій зазначалося, що дворянство південно-західних губерній на чолі зі своїми провідниками просили дарувати західним губерніям закони Російської імперії. В оприлюдненому 19 жовтня 1865 р. Положенні про введення судової реформи йшлося саме про прискорення проведення вказаних реформ у західних губерніях, особливо в Києві. Статути наказано було вводити в дію по всій імперії в зазначеному порядку лише з тими змінами, що необхідні для їх застосування з огляду на особливості деяких місцевостей. Такі особливості змін мали узгоджуватися головними начальниками губерній з Міністерством юстиції. Відповідними указами були створені округи судових палат: у 1867 р. – Сумський, у 1869 р. – Полтавський, Херсонський, Одеський, Сімферопольський.

У 1872 р. Київський генерал-губернатор М.М.Колмаков подав імператору доповідну про процес проведення судової реформи в західному регіоні. Доповідна містила прохання продовжити дію закону від 10 грудня 1865 р., пропонувалося провести судову реформу в тих краях, де зазначені зміни ще не відбулися, закріпити виборність присяжних засідателів, крім того, указувалося на відсутність підстав для вирішення кримінальних справ без участі присяжних засідателів[16]. Наслідком розгляду цієї доповідної було утворення наступних округів судових палат: у 1873 р. Єлизаветградського, Єкатеринославського, Чернігівського, Стародубського, Ніжинського; у 1876 р. Лубенського; у 1880 р. Київського, Кам'янець-Подільського, Уманського, Житомирського, Луцького.

З часом всезагальне захоплення судом присяжних поступово спало. Сприяли такому процесу завзяті противники суду присяжних, використовуючи свій доступ до засобів масової інформації. Дехто вважав за необхідне усунути присяжних від розгляду справ, що мали політичне забарвлення, не анулюючи цього інституту в цілому. Інші прагнули повної ліквідації суду присяжних. Але насправді загрозливе становище для суду присяжних створив розгляд справи В.Засулич. Саме цей процес показав незалежність руського суду присяжних від тиску владних структур[17].

Указом від 9 травня 1878 р. з підсудності присяжних були вилучені справи про тероризм, злочини проти посадових осіб і всі посадові злочини. Про недоліки слідства та обвинувачення не йшлося, уся увага була сконцентрована на вердиктах присяжних. Присяжних засідателів обвинувачували в неповазі до закону, недоречній вразливості, вирішенні однотипних справ по-різному.

У 1885 р. глава консерваторів К.П.Побєдоносцев передав царю записку "Про необхідність судових реформ", де пропонував скасувати суд присяжних, щоб відновити значення суду в Росії[18].

Останній проект реформи пропонував злиття присяжних і суддів в одну колегію. З одного боку, це могло сприйматися як позитивний момент, оскільки юристи могли б допомагати присяжним своїми знаннями права і суддівським досвідом, а присяжні привносили б елемент безпосередності й знання умов побуту. Однак при глибшому аналізі цього положення можна зробити висновок про те, що ці зміни підірвали б такий важливий принцип цього інституту, як незалежність присяжних засідателів при вирішенні питання про винуватість. На думку М.П.Чубинського, у результаті таких змін мав би утворитися суд шефенів або особливе присутствіє суду з тим, щоб забезпечити вплив коронних суддів на присяжних[19]. Такими були спроби реформи, що мали на меті послабити суд присяжних і головним чином перешкодити випадкам відступу суду від букви закону і формального підходу до вирішення питання про винуватість. Треба сказати, що всі спроби зменшити обсяг прав присяжних були невдалими, оскільки законодавцем не було проведено обмежувальної щодо суду присяжних реформи.

На початку 1895 р. при Міністерстві юстиції було проведено нараду вищих представників судових округів – старших головуючих і прокурорів судових палат, з найважливіших питань судоустрою і судочинства, у тому числі з питань діяльності суду присяжних. У результаті розгляду статистичних даних судової діяльності було зроблено висновок про те, що недоліки діяльності суду присяжних пов'язані, перш за все, з необлаштованістю слідчої частини, вадами застарілого кримінального Уложення, тоді як сам суд присяжних було визнано найкращою формою суду, що користується повагою представників усіх верств населення, крім налаштованих радикально негативно[20].

У першій половині 1903 р. Сенатом було дано роз'яснення, в якому вказувалося, що присяжні не мають права виправдовувати тих осіб, які визнали себе винними у скоєнні злочину, оскільки в такому випадку не оспорюється факт вчинення злочину саме цією особою. Відповідно до положень роз'яснення голови суду зобов'язанні були кожного разу нагадувати присяжним, що, зробивши висновки про винуватість підсудного, вони не мають права відповідати на питання негативно; а захисник, який стверджує, що при вказаних умовах присяжні мають право виправдати підсудного, буде підданий дисциплінарній відповідальності, оскільки дії його будуть визнані шкідливими для правосуддя як такі, що висловлюють неповагу до закону і як явне порушення ст. 745 Уставу кримінального судочинства[21].. Відразу за сенатським роз'ясненням було видано циркуляр, в якому зазначалося, що, незважаючи на заборону присяжним виправдовувати обвинуваченого, який зізнався, присяжні мають право направляти на ім'я монарха через коронний суд клопотання про помилування чи пом'якшення покарання. З огляду на те, що даний циркуляр не був законодавчо підтверджений, його положення не мали імперативного характеру, і це не спричинило негативних змін для інституту суду присяжних[22].

Таким чином, усі спроби ліквідувати суд присяжних протягом усього періоду реакції не увінчалися успіхом. Суд присяжних був скасований тільки разом з іншими

судовими органами Декретом про суд № 1, прийнятим Раднаркомом від 22 листопада 1917 р.[23].

Короткий виклад історії становлення і розвитку інституту суду присяжних дає можливість порівняти механізм функціонування даного інституту тогочасного суспільства із сучасними тенденціями українського законодавства. Характерно, що Україна, відмовившись від класичної моделі даного інституту, яка була запроваджена нашими попередниками в XIX ст., пішла власним шляхом. Чи є раціональним такий крок і чи виправдає він сподівання щодо поліпшення здійснення судочинства, ми зможемо сказати лише тоді, коли даний інститут буде реально діяти. Це, у свою чергу, потребує глибокого наукового обґрунтування впровадження цього інституту в українському суспільстві. Дана робота є спробою дослідити всі pro і contra інституту суду присяжний.

[1] *Коротких М.Г.* Самодержавие и судебная реформа 1864 года в России. – Воронеж, 1989. – С.19. [2] Там само. – С. 33. [3] *Джаншиев Гр.* Суд над судом присяжных. – М, 1896. – С.33. [4] *Коротких М.Г.* Зазнач. праця. – С.101. [5] *Казанцев С.М.* Суд присяжних в России. Громкие уголовные процессы 1864–1917 гг. – Л., 1991. – С.7. [6] Там само. – С.7. [7] Коротких М.Г. Зазнач праця. – С.112. [8] *Блонський Я.* Короткий виклад из уставу 20 ноября 1864 года об уголовнім судді для Южно-руських крестьян. – Катеринослав, 1866. – С.30, 36. [9] *Коротких М.Г.* Зазнач. праця. – С.103. [10] Там само. – С.104. [11] *Калмаков Н.М.* Записка о судебной реформе в западном крае вообще и в частности в Киевской губернии. – К., 1872. – С.11. [12] Там само. – С.21 [13] *Бобрищев-Пушкин А.М.* Эмпирические законы деятельности русского суда присяжных (с атласом). – М., 1896. – С.47. [14] *Калмаков Н.М.* Зазнач. праця. – С.12. [15] *Щербина П.Ф.* Судебная реформа 1864 года на Правобережной Украине. – Львов, 1974. – С.4. [16] *Калмаков Н.М.* Зазнач. праця. – С.29. [17] *Казанцев С.М.* Зазнач. праця. – С.14. [18] Там само. – С.17. [19] *Чубинский М.П.* Суд присяжных и новая практика Сената. – СПб., 1904. – С.7-8. [20] *Джаншиев Гр.* Зазнач. праця. – С.3-5. [21] *Чубинский М.П.* Суд присяжных и новая практика Сената. – СПб., 1904. – С.10. [22] Там само. – С.21. [23] *Казанцев С.М.* Зазнач. праця. – С.17.

Надійшла до редколегії 14.06.03

О.В.Совгиря, асп.

СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ПАРЛАМЕНТСЬКОЇ ОПОЗИЦІЇ В УКРАЇНІ

Присвячено актуальним проблемам правового регулювання статусу парламентської опозиції в Україні. Міститься системний аналіз чинного законодавства України на предмет закріплення даного питання, а також розглянуто можливі перспективи такого закріплення.

This article is devoted to actual problems of legal regulation of parliament opposition status in Ukraine. It also contains system analysis of active Ukrainian legislation, which regulate this question, and possible perspectives of its development.

Сучасний розвиток політичних процесів в Україні характеризується активним набуттям рис демократизму та спрямованістю до побудови правової держави. Важливою ознакою такої держави є наявність політичної опозиції, законодавчо забезпеченої реальним механізмом для здійснення своєї діяльності. Невід'ємним і основним елементом політичної опозиції є опозиція парламентська. Саме вона, як правило, характеризується найбільшою активністю і можливістю участі в політичному житті держави.

Простеживши розвиток подій на політичній арені України, можна говорити про наявність сил, політична позиція яких публічно протистоїть офіційному політичному курсу. Саме такі політичні сили прийнято відносити до політичної опозиції. Найпомітніше діяльність опозиційних сил в Україні відбувається на рівні парламентської опозиції (далі – ПО), представленої чотирма фракціями партій (блоків партій): "Наша Україна", Соціалістична партія України, Комуністична партія України, "Блок Ю.Тимошенко".

Проаналізувавши останні дослідження та публікації українських та зарубіжних вчених на предмет висвітлення в них правових засад діяльності ПО, можна зробити висновок про те, що на сьогодні таке висвітлення є досить поверховим, оскільки має місце лише в тій частині, в якій воно пов'язано з предметом дослідження певного автора. Тобто окремі наукові роботи, присвячені даному питанню, та публікації за їхніми матеріалами відсутні.

Для забезпечення ефективності опозиційної діяльності обов'язковою є наявність комплексу нормативно-правових актів, що її регулюють. Проаналізуємо детально питання щодо сучасного стану нормативно-правового регулювання статусу ПО в Україні та його перспектив.

Спочатку, виходячи з принципу примату міжнародного права, розглянемо основоположні міжнародно-правові акти, що закріплюють засади регулювання фундаментальних демократичних інститутів суспільства, одним з яких і виступає політична опозиція.

Так, ст. 19 Загальної декларації прав людини[1] встановлює, що кожна людина має право на свободу переконань і на вільне їх виявлення; це право включає свободу безперешкодно дотримуватися своїх переконань та свободу шукати, одержувати і поширювати інформацію та ідеї будь-якими засобами і незалежно від державних кордонів. Частина 2 ст. 10 Європейської конвенції про захист прав та основних свобод людини[2] доповнює зміст цитованої вище свободи, встановлюючи, що здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язано з обов'язками і відповідальністю, може бути предметом таких формальностей, умов, обмежень або покарання, які встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадянського порядку з метою запобігання заворушенням або злочинам, для захисту здоров'я і моралі, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя. Норма, аналогічна наведеним вище, міститься і в ст. 19 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права[3].

Відповідно до наведених положень міжнародно-правових актів має здійснюватися регулювання правового статусу ПО за українським законодавством.

Основні засади створення та функціонування ПО мають бути закріплені в Конституції України[4]. Проаналізуємо її на предмет наявності вказаних правових норм.

Стаття 1 Конституції України проголошує, що Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава. Закріплення таких рис української держави як демократичність і правовий характер створює підґрунтя для функціонування і законодавчого закріплення правового статусу ПО. Ознакою демократичної й правової держави, якою прагне стати Україна, є побудова суспільного життя на засадах політичної багатоманітності. Саме таку ознаку суспільного життя закріплено в ч. 1 ст. 15 Конституції, а розвинуто положення про політичну багатоманітність суспільного життя в ч. 4 цієї ж статті, згідно з якою гарантом свободи політичної діяльності, не забороненої Конституцією і законами України, виступає держава.

© О.В.Совгиря, 2004

Можливість конкретного громадянина брати участь у діяльності ПО забезпечується закріпленням за ним Конституцією наступних прав: на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань (ст. 34); на збирання, зберігання, використання і поширення інформації усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір (ст. 34); на свободу об'єднання в політичні партії та громадські організації (ст. 36); на участь в управлінні державними справами, вільний вибір і право бути обраними до органів державної влади (ст. 38); збиратися мирно, без зброї й проводити збори, мітинги, походи і демонстрації (ст. 39).

У разі обрання громадянина народним депутатом України опосередковано його право на непідтримання офіційного політичного курсу встановлено в ч. 2 ст. 80 Конституції України, яка передбачає, що народні депутати України не несуть відповідальності за результати голосування або висловлювання в парламенті та його органах, за винятком відповідальності за образу чи наклеп. Зазначене право в теорії конституційного права охоплюється одним з розумінь поняття "індемнітет"[5].

Таким чином, проаналізувавши Конституцію України на предмет закріплення правових основ діяльності ПО, можемо констатувати те, що чинний Основний Закон встановлює лише їх загальні передумови, яких недостатньо для створення основ правового регулювання статусу вказаного суб'єкта.

Але таким станом закріплення правового статусу ПО на рівні Основного Закону характеризується не лише Україна, а й країни з розвинутими демократичними традиціями. Наприклад, як зазначає Кречмер Геральд у своїй роботі, присвяченій правовому статусу парламентських фракцій[6], Основний Закон ФРН так само не регулює правового становища опозиції. Він також не містить особливих прав опозиції, що належать тільки їй, а не також іншій меншості, яка могла б утворитися з членів урядових фракцій. Виняток становить конституція Вільного та Ганзейського міста Гамбург. Через зміну в Конституції від 18 лютого 1971 р. в гамбурзьку конституцію було введено статтю 23 а. У неї говориться: "1. Опозиція є важливою складовою частиною парламентської демократії. 2. Її постійним завданням є публічна критика урядової програми в принципі та в деталях. Вона є політичною альтернативою урядовій більшості". Також як виняток у вказаній роботі наведено положення з нової конституції землі Шлезвіг-Гольштейн від 13 червня 1990 р., відповідно до ст. 12 якої: "1. Парламентська опозиція є важливою складовою частиною парламентської демократії. Завданням опозиції є контроль і критика програм і рішень уряду. Вона протистоїть як альтернатива депутатам і фракціям, на котрих спирається уряд. Тож вона має право на політичну рівність шансів. 2. Голова найчисленнішої неурядової фракції є лідером опозиції".

Відповідно до п. 11 ч. 1 ст. 92 Конституції України Законом України "Про політичні партії в Україні"[7] було визначено засади утворення і діяльності політичних партій в Україні. Частина 2 ст. 12 даного Закону встановлює, що політичним партіям гарантується свобода опозиційної діяльності, у тому числі: можливість викладати публічно й обстоювати свою позицію з питань державного і суспільного життя; брати участь в обговоренні та оприлюднювати і обґрунтовувати критичну оцінку дій і рішень органів влади, використовуючи для цього державні й недержавні засоби масової інформації в порядку, встановленому законом; вносити до органів державної влади України та органів місцевого самоврядування пропозиції, обов'язкові для розгляду відповідними органами в установленому порядку. Таким чином, уже саме формулювання даної норми (через вживання словосполучення "у тому числі") дає підстави зробити висновок про те, що регулювання свободи опозиційної діяльності політичних партій в Законі має поверховий характер, очевидно, у розрахунку на те, що детальніше це питання має бути врегульовано в окремому нормативно-правовому акті.

Продовжуючи аналіз чинного законодавства України на предмет регулювання ним правового статусу ПО, логічно було б припустити, що порядок її діяльності у Верховній Раді України (далі – ВРУ) має бути закріплено в Регламенті ВРУ[8]. Але, на жаль, таке припущення не відповідає дійсності, оскільки прямого регулювання порядку діяльності ПО чинний Регламент не містить. Натомість завуальовано ми можемо простежити елементи такого регулювання в наступних нормах Регламенту. Відповідно до ч. 1 ст. 2.2.8 Президія сесії, тимчасова Лічильна комісія створюється Верховною Радою з числа народних депутатів України на підставі пропорційного представництва від різних партій та безпартійних, а також з урахуванням їхньої домовленості про в і д с т у п (розрядка О.С.) від такого представництва. У другому реченні ч. 1 ст. 3.3.7 зазначено, що головуючий на засіданні надає слово депутатам... із забезпеченням чергування виступів на підтримку і не на підтримку обговорюваної пропозиції. У п. 1 ч. 3 ст. 3.4.2 встановлено, що рішення щодо поправок (крім тих, що стосуються Конституції) з процедурних питань та інших, прямо зазначених в Регламенті питань, приймаються Верховною Радою після скороченого обговорення, яке включає виступи двох депутатів на підтримку кожної пропозиції й представників двох депутатських фракцій (груп) не на її підтримку. В останньому реченні ч. 3 ст. 4.3.5 зазначено, що головуючий на засіданні з урахуванням черговості депутатів на виступ надає рівні можливості для виступаючих за і проти особи, яка є Головою Верховної Ради. Також фактично до норм, які врегульовують, хоча знов-таки непрямо, діяльність ПО у парламенті можна віднести ті, які визначають, що для ініціювання розгляду певного питання потрібна меншість голосів депутатів (наприклад, відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 4.4.6 пропозиції про відкликання голови постійної комісії Верховної Ради вносяться не менше 1/3 депутатів від їх фактичної кількості). Крім того, можливість ПО брати активну участь у законодавчому процесі забезпечується встановленим у розд. 6.5 порядком подання та розгляду суб'єктами законодавчої ініціативи (одним з яких, відповідно до ч. 1 ст. 93 Конституції України є народні депутати України) альтернативних законопроектів.

Слід зазначити, що українське законодавство стосовно даного питання не є унікальним. Як зазначає Кречмер Геральд у згаданій вище роботі[9], "також Регламент німецького Бундестагу у своєму тексті формально не відділяє урядову фракцію від опозиційної. Фактично, це розділення враховується, коли, наприклад, у § 28 Регламенту Бундестагу визначається, що Президент при визначенні порядку промовців повинен серед іншого таким чином дбати про належне виконання і доцільне формування обговорення, щоб "ураховувалися різні партійні напрями, промова і контрпромова і чисельність фракцій". І далі, що перший промовець у своєму виступі щодо подання членів Бундестагу не повинен належати до фракції подавача".

Отже, аналіз чинного законодавства України на предмет закріплення в ньому правового статусу ПО дає можливість зробити висновок про те, що таке закріплення фактично відсутнє, а має місце встановлення лише загальних засад на рівні міжнародно-правових актів, Конституції, Регламенту ВРУ та Закону України "Про

політичні партії в Україні". Звичайно, для забезпечення нормального функціонування ПО цього недостатньо.

Необхідність прийняття закону, що регулюватиме правовий статус ПО, є очевидною і закріплена, зокрема, на рівні наступних актів: Угода про утворення та основні засади діяльності постійно діючої парламентської більшості у Верховній Раді України четвертого скликання[10], Послання Президента України "Україна: поступ у XXI століття. Стратегія економічної та соціальної політики на 2000–2004 рр."[11] та ін.

На виконання програмних положень, закріплених у наведених вище актах, було розроблено цілу низку проектів законів. Законопроекти пропонують різні варіанти поєднання закріплення правового статусу парламентської більшості, парламентської опозиції та політичної опозиції. Серед них, зокрема, наступні: про парламентську більшість та парламентську опозицію у Верховній Раді України; про парламентську більшість та парламентську опозицію; про політичну опозицію; про політичну опозицію у Верховній Раді України; про парламентську опозицію.

На думку автора, найдоцільнішим є прийняття закону про парламентську більшість та політичну опозицію, який визначатиме їхній правовий статус. З одного боку, якщо поглянути на цю проблему суто теоретично, то можна не погодитися з тим, що в одному законі регулюється статус двох різнопорядкових явищ – парламентської більшості й політичної опозиції. Ця різнопорядковість виявляється в тому, що поняття політичної опозиції є ширшим, ніж поняття парламентської більшості. Але, з іншого боку, практичного, тут немає ніякої суперечності, оскільки, як слушно зазначають російські вчені М.В.Баглай і В.О.Туманов[12], розмежування політичної опозиції на види (парламентську та позапарламентську) є умовним, бо в реальному політичному житті в парламенті й поза ним ця діяльність здійснюється тими самими політичними силами. Тому регулювання правового статусу парламентської більшості й політичної опозиції в одному нормативно-правовому акті є цілком логічним та обґрунтованим.

Усі існуючі проекти законів, що врегульовують статус ПО, можна поділити на 2 групи: 1) ті, які містять визначення поняття "ПО"; 2) ті, в яких таке визначення відсутнє. На думку автора, у жодному з існуючих проектів законів не наведено вдале і точне визначення поняття "ПО". Тому можна запропонувати наступне власне визначення цього поняття. Парламентська опозиція – гарантоване Конституцією України добровільне об'єднання народних депутатів України – членів депутатських груп (фракцій), позафракційних народних депутатів України, які не підтримують офіційний політичний курс Президента України та (або) Кабінету Міністрів України і не є членами політичної партії (блоку), які висунули кандидатуру діючого Президента України на виборах Президента України, не представлені у складі Кабінету Міністрів України і здійснюють діяльність, спрямовану на зміну офіційного політичного курсу та (або) легальне усунення з посади Президента України та (або) окремих членів Кабінету Міністрів України або його відставку в цілому.

У зв'язку з даним визначенням необхідно зробити застереження стосовно того, що в ньому йдеться про можливість участі в парламентській опозиційній діяльності депутатських груп, які традиційно (хоч це не відображено в чинному Регламенті) утворюються на позапартійній основі, а також позафракційних народних депутатів. Депутатські групи та позафракційні народні депутати зможуть брати участь у діяльності ПО лише в тому випадку, якщо залишиться незмінною існуюча виборча система України (мажоритарно-пропорційна). Якщо ж відбудеться перехід до пропорційної виборчої системи, зрозуміло, що всі депутати входитимуть до складу фракцій партій, за списками яких їх було обрано, а, отже, лише фракції будуть тими суб'єктами, які зможуть утворити ПО.

Схема побудови законопроектів, присвячених врегулюванню статусу ПО, практично аналогічна: подається поняття і загальні засади діяльності ПО, визначаються її суб'єкти, порядок утворення, права, гарантії діяльності, засади фінансового, матеріально-технічного та організаційного забезпечення, підстави та порядок припинення діяльності. На жаль, усі десять існуючих законопроектів, що врегульовують правовий статус ПО, залишають поза своєю увагою питання стосовно її обов'язків, чим створюють підстави для висновку про те, що врегулювання в них статусу ПО є неповним. На думку автора, до обов'язків ПО можна віднести наступні: 1) додержуватися вимог Конституції України, Закону України, що визначає статус ПО, закону про Регламент ВРУ, інших законів; 2) не закликати до вчинення, не вчиняти або будь-яким чином не сприяти вчиненню дій, спрямованих на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення. Суб'єкти парламентської опозиційної діяльності не можуть створювати, матеріально утримувати або брати участь в утриманні воєнізованих формувань; 3) ПО зобов'язана не використовувати для залучення нових членів матеріальні, фінансові та інші способи, що передбачають отримання вигоди тими, кому пропонується входження до складу ПО, або іншими, пов'язаними з ними суб'єктами; 4) належність народних депутатів України, фракцій (груп) до ПО не є підставою для звільнення від виконання ними обов'язків, передбачених Конституцією та законами України; 5) суб'єкти ПО не можуть висувати і підтримувати вимоги і пропозиції щодо питань, які не були узгоджені Координаційною радою ПО, а також зобов'язані утримуватися від дій, які можуть зашкодити реалізації спільно виробленої Програми діяльності ПО або завдати шкоди її суб'єктам.

Отже, для забезпечення функціонування ПО в Україні вкрай необхідним є прийняття закону, що регулюватиме її правовий статус. Найдоцільнішим та найефективнішим з огляду на наведені вище мотиви буде прийняття закону, що визначатиме одночасно правовий статус парламентської більшості й політичної опозиції (у тому числі парламентської як її складової).

[1] Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2003, 00, 3. [2] Європейська конвенція про захист прав та основних свобод людини від 04.11. 1950 р., ратифікована Україною із застереженнями 17.07.1997 р. // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13 (16.04.98). [3] Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 19.12.1966 р., набув чинності для України 23.03.1976 р. // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2002, 00, 1. [4] Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30 (23.07.96). – Ст. 141. [5] Див.: Конституционное (государственное) право зарубежных стран: В 4 т. Частина загальна / Відп. ред. Б.О.Страшун. – М., 2000. – Т. 1-2. – С.512-515. [5] Див.: Там само. [6] *Кречмер Геральд.* Фракції. Партії в парламенті. – К., 1999. – С.114-115. [7] Про політичні партії в Україні: Закон України від 05.04.01 № 2365-III. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 23 (08.06.2001). – Ст. 118. [8] Регламент Верховної Ради України, затверджений постановою Верховної Ради України від 27.07.1994 № 129/94-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 35 (30.08.94). – Ст. 338. [9] *Кречмер Геральд.* Зазнач. праця. – С.100. [10] Угода про утворення та основні засади діяльності постійно діючої парламентської більшості у Верховній Раді України четвертого скликання від 27.09. 2002 р. // Голос України. – 2002. – 10 жовт. [11] Україна: поступ у XXI століття. Стратегія економічної та соціальної політики на 2000 – 2004 рр.: Послання Президента України від 23.02.2000 р. № 276а/2000 // Урядовий кур'єр. – 2000. – 28. січ. [12] *Баглай М.В., Туманов В.О.* Малая энциклопедия конституционного права. – М., 1998. – С.289-290.

Надійшла до редколегії 16.06.03

М.І.Смирнов, асист.

ДІЮЧА СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦЗВ'ЯЗКУ ПРИ ОДЕРЖАНІ ДОКАЗІВ З КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ

Розглядаються процесуальні питання застосування нових інформаційних технологій у сфері кримінального судочинства. Практика розслідування і розгляду кримінальних справ має прийняти таку нову концепцію, як "дистанційне правосуддя", що передбачає можливість проведення не тільки окремих процесуальних дій, але й у цілому розгляду кримінальних справ на відстані за допомогою відеозв'язку. Використання відеозв'язку значно прискорює процес одержання доказів, виконання міжнародних доручень, дозволяє заощадити величезні кошти, затрачувані для міжнародних відряджень що, безумовно, є важливим аргументом для мінімізації негативних наслідків тривалого виробництва з кримінальної справи. Крім того, застосування відеозв'язку дозволяє реалізувати право конфронтації при допиті свідка, що знаходиться за межами території держави.

The article considers legal procedure issues of implementing new information technologies in criminal process. The concept of "distance trial" – which provides for a possibility to apply video communication not only to particular actions but to entire criminal processes – should be adopted in both investigations and procedure. Application of video communication shortens the period of time needed for getting evidence or carrying out missions to be fulfilled abroad, cuts down international travel expenses, thus, minimizing the expected negative outcomes of a long criminal case process. Besides, video communication facilitates exercising the right to confrontation in interrogating a witness who is outside the country.

Проблемам розвитку справедливих систем кримінального судочинства, організації діяльності кримінальної юстиції, а також підвищення ефективності міжнародного співробітництва в боротьбі зі злочинністю світовим співтовариством приділяється досить серйозна увага; зокрема, починаються спроби визначити стандарти використання відеоконференцзв'язку в кримінальному судочинстві.

Перехід до практики проведення процесуальних дій, судових засідань у режимі відеоконференцзв'язку означає не стільки технічне переозброєння, скільки створення відповідної правової бази, що регламентує процесуальні особливості й процедурні питання, сферу застосування відеозв'язку та її закріплення в національному кримінально-процесуальному законодавстві. Саме на законодавчому рівні необхідно вирішити питання: 1) застосування відеоконференцзв'язку в національному кримінальному судочинстві при проведенні процесуальних дій (допит, очна ставка, упізнання, огляд і ін.) і не тільки як заходи із забезпечення безпеки осіб, що беруть участь у кримінальному процесі; 2) віддаленої присутності учасників кримінального процесу при проведенні процесуальних дій, досудового розслідування, судового розгляду, а також у стадіях перегляду судових рішень; 3) використання відеоконференцзв'язку як нової форми (виду) взаємної правової допомоги з кримінальних справ.

Упровадження в практику розслідування і розгляду кримінальних справ інституту відеоконференцзв'язку припускає переосмислення багатьох понять кримінально-процесуального і доказового права, таких як процесуальна форма, безпосередність, правовий статус і допустимість доказів, отриманих розглянутим способом, процесуальне положення нових суб'єктів кримінального процесу, а також зміна тактики проведення багатьох слідчих дій.

Ми солідарні з висловленою в юридичній літературі думкою, що необхідні якісно нові рішення питань організаційної структури судів, кадрового забезпечення нових для судів технологічних процесів, нових проектів судів[1]. Надзвичайно важливою залишається проблема забезпечення ефективного кримінального судочинства в умовах використання високих технологій. Введення відеоконференцзв'язку в кримінальне судочинство знаходить свою підтримку в юридичній літературі. Роботи О.Г.Волеводза, Ф.Вяткина, С.Зільбермана, Л.Алексєєвої, А.Сизоненко, М.Я.Сегая, В.В.Мілінчук, М.І.Пашковського, П.Д.Біленчука, Л.В.Брусніцина, О.Г.Халіуліна зробили вагомий внесок у досліджувану проблему. Разом з тим, окремі нечисленні публікації викладено лише в плані постановки тих або інших проблем, що вимагають подальшого детального дослідження.

Відеоконференцзв'язок застосовується як процесуальний захід забезпечення безпеки осіб, що беруть участь у кримінальному судочинстві. Про перспективність розвитку цієї сфери говорить достатній обсяг міжнародно-правового регулювання. У сукупності міжнародно-правових документів містяться рекомендації й обов'язкові для виконання норми, які становлять міжнародно-правову основу застосування відеоконференцзв'язку з метою забезпечення безпеки, що сприяють кримінальному судочинству.

Відеоконференцзв'язок як заходи безпеки може бути використана винятково як у рамках національної території, так і в порядку надання взаємної правової допомоги. Головне, що і в першому, і в другому випадках необхідність одержання важливих для справи доказів сполучена із забезпеченням безпеки особи, що бере участь у процесуальній дії. Відеоконференцзв'язок як процесуальні заходи безпеки ефективно можуть застосовуватися при проведенні допиту, очної ставки, пред'явленні для впізнання.

Порівняльно-правовий аналіз законодавства багатьох держав свідчить, що в ньому містяться норми, які регламентують процесуальний порядок проведення низки слідчих дій (допит, очна ставка, упізнання) у режимі відеоконференцзв'язку для забезпечення безпеки свідків, потерпілих та інших учасників. Так, наприклад, законодавство Бельгії, Франції, Великобританії, Італії, Нідерландів, Шотландії тощо передбачає застосування відеозв'язку з вищепозначеною метою[2], у тому числі й відносно підсудних, що захищаються[3]. Введення цих процесуальних заходів захисту в кримінальне судочинство знаходить свою підтримку в юридичній літературі[4].

Вивчення проблеми показує, що як у законодавстві цих країн, так і в процесуальній теорії не завжди однозначно вирішується питання про межі забезпечення конфіденційності про особистість учасника процесуальної дії, іншими словами, про допустимість проведення слідчої дії (допит, очна ставка, пред'явлення для впізнання) у режимі відеоконференцзв'язку зі створенням акустичних і візуальних перешкод, що виключають ідентифікацію його учасника. У цьому зв'язку ще раз вважаємо за необхідне звернути увагу на обставини, суть яких зводиться до наступного: 1) розглянуті процесуальні заходи забезпечення безпеки є визначеним об'єктивним обмеженням принципу безпосередності дослідження доказів, що припускає необхідність одержання їх від першоджерела, особистого дослідження й обґрунтування висновків у справі. Іноді таке розглядають як захід, несумісний з правом обвинувачуваного на захист[5]. Незалежно від цього ми вважаємо, що використання цього

© М.І.Смирнов, 2004

заходу в кримінальному судочинстві не завжди сумісне з принципом безпосередності дослідження доказів і правом обвинувачуваного на захист. Використання в кримінальному процесі цього заходу визнано допустимим у документах міжнародного співтовариства і в рішеннях Європейського суду з прав людини (далі ЄСПЛ); 2) проведення процесуальної дії з використанням технології відеоконференцзв'язку в умовах, що виключають ідентифікацію свідка, потерпілого та інших учасників процесу, допускається, якщо зі справжніми даними особи, що захищається, у стадії досудового розслідування і судового розгляду можуть ознайомитися відповідно прокурор, що здійснює нагляд за дотриманням законності й суд. Відповідно суду і прокуророві особистість такого свідка має бути відома; обвинувачуваному або захисникові вона може не називатися; 3) показання анонімних свідків мають бути отримані незалежним і неупередженим судом з дотриманням змагальності. Обвинувачуваний при цьому повинен мати можливість бути присутнім при допиті й спостерігати за поведінкою свідка. Використання неоспорених показань як основи для осуду особи є порушенням права конфронтації, яке міститься в підпункті "d" п. 3 ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини й основних свобод. Надання обвинувачуваному можливості ставити запитання анонімним свідкам у письмовій формі через суддю є недостатнім заходом для забезпечення права обвинувачуваного на допит; 4) прийняття доказів, отриманих з використанням розглянутого заходу за основу, тобто обґрунтування обвинувачення винятково на показаннях анонімних свідків, коли вони (докази) не підтверджуються ніякими іншими додатковими доказами і виступають як основний доказ, недопустимо. Таким чином, важливе значення при вирішенні питання про допустимість використання доказів, що виходять від анонімних свідків, має значимість останнього для оцінки й обґрунтування висновків у справі. У тому випадку, якщо такий доказ є основним джерелом інформації для встановлення обставин справи, воно має визнаватися недопустимим. Обвинувальний вирок не повинен ґрунтуватися виняткова на показаннях анонімних свідків. Суду мають бути представлені інші докази, незалежні від показань анонімних свідків, що підтверджують винність обвинувачуваного в скоєнні злочину; 5) показання анонімного свідка підлягають ретельній перевірці; спиратися на них припустимо тільки в тому випадку, коли ці показання підтверджуються іншими доказами. При цьому судова практика не дає однозначної відповіді на питання, чи можуть служити підставою для обґрунтування висновку у справі в цілому повідомлені анонімним свідком відомості, частково підтверджувані іншими доказами. Як уявляється, якщо підтверджується тільки частина показань, повідомлених анонімним свідком, то суддя, що розглядає справу, на підставі частково підтвердженої інформації може обґрунтувати висновок у справі в цілому, але за умови, що ця частина показань надійна і має високу доказову цінність. Принцип вільної оцінки доказів і принцип тлумачення непереборних сумнівів на користь обвинувачуваного має важливе значення для недопущення порушення права обвинувачуваного на захист; 6) проведення процесуальної дії з використанням технології відеозв'язку в умовах, що виключають ідентифікацію свідка, потерпілого, іншого учасника процесу, має диктуватися суворою необхідністю і бути досить обґрунтованим. Якщо менш обмежувальний захід буде достатнім, то саме він має застосовуватися (так званий пріоритет менш обмежувальних заходів).

З урахуванням викладеного вважаємо за необхідне закріпити в кримінально-процесуальному законодавстві України норму, що регламентує процесуальний порядок проведення очної ставки в режимі відеоконференцзв'язку; за наявності перешкоди щодо ідентифікації особи, що захищається, допустити використання акустичних і (або) візуальних перешкод. Застосування цього заходу безпеки буде можливо як на досудових стадіях, так і при розгляді справи в суді. Крім того, у випадках, коли цього вимагають інтереси безпеки осіб, узятих під захист, слід законодавчо передбачити проведення допиту свідка, а також потерпілого в режимі відеозв'язку на досудових стадіях кримінального процесу, а відносно потерпілого – і в судовому засіданні.

Варто також передбачити і проведення пред'явлення для впізнання з використанням технології відеоконференцзв'язку. Воно має проводиться з дотриманням загальних вимог кримінально-процесуального законодавства. У той же час поняті повинні знаходитися не тільки в приміщенні з особою, яка впізнає, але й у місці перебування того, кого впізнають. Вирішення питання про перебування захисника в групі з особою, яка впізнає, має бути віднесено до компетенції слідчого.

Принципова значимість цих положень полягає в наступному: по-перше, у практику розслідування і розгляду кримінальних справ слід ввести такий процесуальний захід безпеки, як проведення очної ставки в режимі відеоконференцзв'язку; по-друге, як захисний захід прямо передбачити в кримінально-процесуальному законодавстві пред'явлення для впізнання з використанням технології відеоконференцзв'язку; по-третє, законодавчо передбачити допит особи, що захищається, у режимі відеозв'язку на досудових стадіях кримінального процесу; по-четверте, при проведенні допиту, очної ставки пред'явлення для впізнання в режимі відеоконференцзв'язку пропонується використовувати не тільки акустичні, але й візуальні перешкоди, що виключають ідентифікацію особи, яка захищається; по-п'яте, названі процесуальні заходи захисту мають поширюватися не тільки на свідка, але також і на потерпілого, а в деяких випадках і на самого обвинувачуваного.

Використання відеоконференцзв'язку як нової форми взаємної правової допомоги з кримінальних справ[6] значно прискорює процес одержання доказів, виконання міжнародних слідчих і судових доручень, дозволяє заощадити величезні кошти, затрачувані для міжнародних відряджень що, безумовно, є важливим аргументом для мінімізації негативних наслідків тривалого провадження з кримінальної справи. Суттєва економія часу, матеріальних ресурсів при розслідуванні й розгляді кримінальних справ, особливо коли учасники процесуальної дії знаходяться в різних державах, є важливим аргументом введення в практику надання взаємної правової допомоги з кримінальних справ інституту відеоконференцзв'язку.

Використання відеоконференцзв'язку при наданні взаємної правової допомоги з кримінальних справ не повинно обмежуватися розслідуванням визначених категорій злочинів і ставитись у залежність від місця перебування допитуваного або іншого учасника процесуальної дії. Її застосування можливо при розслідуванні й розгляді будь-яких кримінальних справ, ускладнених іноземним або міжнародним елементом, але тільки в строго визначених випадках і при наявності процесуальних підстав.

У режимі відеоконференцзв'язку можливим є проведення наступних процесуально-слідчих дій: 1) допит (свідка, потерпілого, обвинувачуваного, експерта); 2) очна ставка; 3) впізнання; 4) обшук; 5) виїмка; 6) огляд; 7) віддалена присутність у судовому засіданні окремих учасників кримінального процесу на весь час розгляду справи; 8) одержання згоди засуджених на передачу з однієї країни в іншу для виконання вироку; 9) перегляд за клопотаннями засуджених судових рішень, що не вступили в законну силу, коли їх участь з якихось причин неможлива або утруднена; 10) коорди-

нація спільної діяльності правоохоронних і судових органів держав, у тому числі шляхом надання запитуючій стороні можливості негайного перегляду доказів, отриманих за запитом про надання правової допомоги.

Застосування відеозв'язку дозволяє реалізувати право конфронтації при допиті свідка, що знаходиться за межами території держави. Відеозв'язок надає обвинувачуваному відповідну і належну можливість допитувати свідків, що показують проти нього, або під час дачі їм своїх показань (наприклад, на очній ставці), або на більш пізньому етапі судового розгляду.

Відеоконференцзв'язок дозволяє представникові запитуючої держави безпосередньо проводити слідчі або судові дії із застосування власного кримінально-процесуального законодавства[7] без порушення при цьому обмежень, що накладаються суверенітетом запитуваної держави, де фактично знаходиться свідок, потерпілий або інша особа, показання якої одержати звичайним способом уявляється складним або неможливим.

Відносини між інститутом відеоконференцзв'язку з переважною більшістю принципів кримінального процесу складаються таким чином, що говорити про будь-яке їх порушення, власне кажучи, не приходиться. Багато принципів узагалі "не відчувають" на собі впливу технології відеоконференцзв'язку і продовжують діяти також, як і при звичайному порядку проведення процесуальних дій. Однак є й принципи судочинства, що стосуються технології відеоконференцзв'язку які мають бути докладно вивчені. До їх числа необхідно віднести принципи змагальності й безпосередності дослідження доказів.

Застосування відеоконференцзв'язку не суперечить принципам безпосередності, усності й змагальності, оскільки свідки і потерпілі доступні як суду, так і стороні захисту й обвинувачення і можуть бути допитані про всі обставини, що мають значення для справи.

Одержання доказів за допомогою відеозв'язку може бути найкращою альтернативою отриманню доказів традиційним способом при виконанні міжнародних слідчих і судових доручень, дозволяючи суду безпосередньо спостерігати за поведінкою допитуваного, його емоціями, жестами, голосом, реакцією на поставлені питання, тобто враховувати всю повноту факторів, що впливають на оцінку індивідуальних показань. Використання відеозв'язку дозволяє суду безпосередньо заслуховувати показання допитуваного, що, безумовно, сприяє більш ретельному і повному встановленню обставин справи.

Принцип змагальності не входить у суперечність з практикою застосування відеозв'язку в кримінальному судочинстві. Це протиріччя мало місце, якби обвинувачуваний взагалі не був присутній при розгляді кримінальної справи, як при заочному розгляді. На відміну від останнього в нашому випадку розгляд і вирішення кримінальних справ відбувається з віддаленою присутністю обвинувачуваного. Крім цього, його віддалена присутність може бути компенсована участю його захисника і законного представника, що в суді будуть відстоювати його права й інтереси.

Підводячи підсумок сказаному, необхідно відзначити, що законодавче регулювання кримінально-процесуальних питань використання відеозв'язку в різних країнах знаходиться в стадії становлення, у зв'язку з чим говорити про поширення такого роду процесуальних дій не можна. Проте з урахуванням перспективності застосування відеозв'язку в кримінальному судочинстві вважаємо за необхідне якнайшвидше введення в кримінально-процесуальне законодавство норм, що визначають специфіку доказів, отриманих з використанням засобів відеозв'язку, і умови проведення відповідних слідчих дій.

[1] *Вяткин Ф., Зильберман С.* Высокие технологии в организации работы судов // Российская юстиция. – 2003. – № 6. – С.64. [2] Использование в Великобритании видеопоказаний потерпевших при расследовании дел о преступлениях против детей // Борьба с преступностью за рубежом. – 1995. – № 12. – С.4-5. [3] Законодательство Италии о борьбе с организованной преступностью // Законность. – 1993. – № 11. – С.34-38. [4] *Брусницын Л.В.* Правовое обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию. – М., 1999. – С.61-62; *Брусницын Л.В.* Меры безопасности для содействующих уголовному правосудию: отечественный, зарубежный и международный опыт // Государство и право. – 1998. – № 9. – С.47-48, 51; *Брусницын Л.* Обеспечение безопасности участников процесса: возможности и перспективы развития УПК // Российская юстиция. – 2003. – № 5. – С. 49-50; *Волеводз А.Г.* Правовое регулирование новых направлений международного сотрудничества в сфере уголовного процесса. – М., 2002. – С.422-423; *Рашков П.* В Молдове свидетели будут защищены // Прокурорская и следственная практика. – 1998. – № 3. – С. 99; *Лобанов С.А.* Проблемы участия России в Римском Статуте международного уголовного суда // Междунар. право. – 2000. – № 3. – С.110-111; *Масягутова Г.Р.* Государственная защита потерпевших: международно-правовые и уголовно-правовые аспекты // Российский юрид. журн. – 2001. – № 1. – С.156; *Милинчук В.В.* Использование видеосвязи при получении доказательств по уголовным делам в рамках международного сотрудничества // Вест. Моск. ун-а. Сер. 11. Право. – 2001. – № 5. – С.91-92; *Милинчук В.В.* Институт взаимной правовой помощи по уголовным делам. Действующая практика и перспективы развития. – М., 2001. – С.133; *Пашковський М.І.* Особливості доказування у кримінальних справах, пов'язаних з наданням міжнародної правової допомоги: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С.13-14; *Смирнов М.* Допустимість використання в кримінальному процесі показань анонімних свідків // Юрид. Україна. – 2003. – № 4. – С.34-37; *Смирнов М.* Применение видеосвязи как мера обеспечения безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию, и возможность реализации в уголовном судопроизводстве права конфронтации // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 5. – С.117-120; *Смірський В.В.* Забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства // Вісн. Запорізького юрид. ін-ту. – 1999. – № 2. – С.154. [5] *Удалова Л.* Деякі проблеми розвитку кримінально-процесуального законодавства // Право України. – 2002. – № 6. – С.99; *Бояров В.І.* Проблемні питання захисту свідків у законодавстві України // Актуальні проблеми політики: Зб. наук. праць / Голов. ред. С.В.Ківалов; відп. за вип. Л.І.Кормич. – Одеса, 2002. – Вип. 13-14. – С.363-363. [6] *Смирнов М.* Применение средств видеосвязи при оказании правовой помощи по уголовным делам в сфере международного сотрудничества // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 6. – С.92-95; *Смирнов М.* Застосування відеозв'язку при одержанні доказів по кримінальних справах у порядку надання взаємної правової допомоги (процесуальні особливості) // Юридична Україна. – 2003. – № 8. – С.23-30; *Смирнов М.* Поняття і сучасний стан інституту взаємної правової допомоги в кримінальних справах // Право України. – 2003. – № 10. – С.40-43; *Смирнов М.* Інститут взаємної правової допомоги: діюча практика та перспективи розвитку // Юридична Україна. – 2003. – № 10. – С.65-69; *Смирнов М.* Применение видеоконференцсвязи при получении доказательств по уголовным делам в порядке оказания взаимной правовой помощи (процессуальные особенности) // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 11. – С.127-131; *Смирнов М.* Відеоконференцзв'язок у кримінальному судочинстві // Юрид. вісник України. – 2003. – № 50 (442). – С.28-32. [7] *Смирнов М.* Норми іноземного права в національному кримінальному процесі // Вісн. прокуратури. – 2003. – № 11. – С.51-56.

Надійшла до редколегії 31.10.03

А.М.Лисенко, канд. юрид. наук, О.С.Мельник, канд. техн. наук

ЗАСТОСУВАННЯ БІОМЕТРИЧНИХ СИСТЕМ ДЛЯ ІДЕНТИФІКАЦІЇ ОСОБИ

Розглядаються питання використання автоматизованих біометричних систем для розпізнавання особи.

The questions of use of the automated biometric systems for the person's recognition are considered.

Потужним поштовхом у розвитку біометрії – розділу біології, змістом якого є планування й обробка результатів багатьох експериментів і спостережень методами математичної статистики[1], стали трагічні події 11 вересня 2001 р. в США. Спостереження і стеження за потенційно небезпечними особами, які прибувають до країни, стало головним завданням силових відомств США, а проекти, зазначені в інвестиційних статтях як довгострокові, перейшли в розряд короткострокових та найактуальніших. На підтвердження цього серед населення США

© А.М.Лисенко, О.С.Мельник, 2004

Kiev National Taras Shevchenko University Library

до 11 вересня 2001 р. тільки 10 % підтримували ідею біометричної паспортизації осіб, після трагічних подій – більше 75 %. Заможному американському суспільству та світові в цілому нагадали про небезпеку тероризму, а тому біометрія отримала непоганий шанс стати наукою, що швидко розвивається.

Скановані та ідентифіковані за декілька секунд відбитки пальців людини колись існували в уяві режисерів науково-фантастичних фільмів, однак сьогодні майже всі військові служби США, включаючи і Пентагон, використовують системи контролю доступу до об'єкта за відбитками пальців, тобто застосовують дактилоскопічні системи. Спеціальні камери в аеропортах, скануючи обличчя пасажирів, зменшують навантаження на персонал служби безпеки, а пристрої, що автоматично зчитують паспортні дані, фактично виключають необхідність у допоміжній контролюючій робочій силі. Ці системи суттєво прискорюють процес перевірки документів пасажирів в аеропортах та полегшують працю обслуговуючому персоналу.

Біометричні системи в наш час являють собою друге покоління систем безпеки, оскільки саме біометрія використовує вимірювання індивідуальних параметрів людини для її ідентифікації. Як відомо, основною ознакою систем безпеки першого покоління є однозначність та постійність у часі й просторі ідентифікаційного параметра, у той час як системи безпеки другого покоління, якими є біометричні параметри особистості, завжди є змінними величинами, що залежать від багатьох факторів та чинників. При цьому завдання достовірної ідентифікації для біометричних параметрів набагато складніша, ніж ідентифікація постійних параметрів для систем першого покоління. З інформаційного погляду саме системи біометричної ідентифікації особи найбільше відповідають вимогам часу, здійснюючи ідентифікацію особистості автоматично і використовуючи при цьому нестійкі величини.

На даний час біометрія як наука ідентифікаційного дослідження особи має декілька практично незалежних наукових напрямів, у кожного з яких є свої технічні доробки. Слід відзначити, що в наукових дослідженнях біометрії активну участь беруть десятки наукових центрів при університетах, деякі наукові організації (www.biometrics.com) та комерційні фірми (*www.biometricsgroup.com*). Уже сформувався специфічний ринок біометричних апаратних пристроїв і програмного забезпечення до них, а також послуг з підтримки, тестування та адаптації біометричних систем при практичному їх використанні. Тому розглянемо детальніше основні здобутки біометрії, які набули практичного застосування, проаналізуємо їхні недоліки, переваги та перспективи розвитку.

Дактилоскопічна біометрична система

Сканування відбитків пальців – це найстаріша методика з усіх існуючих, але в той же час вона вважається однією з найперспективніших. Кожна людина має унікальні, незмінні відбитки пальців, що доведено криміналістичною наукою та підтверджено експертною практикою. Відбиток пальця умовно складається з рельєфних ліній – папілярного візерунка, будова якого зумовлена рядами гребінцевих виступів шкіри, поділених борозенками. Ці лінії утворюють складні шкіряні зображення – дуги, петлі, завитки, яким в цілому притаманні такі властивості, як: індивідуальність, стійкість, відновлюваність[2]. Індивідуальність – це різноманітна сукупність папілярних ліній, що становлять малюнок візерунка за їхньою конфігурацією, місцезнаходженням, взаємним розташуванням та неповторністю в другому візерунку. Відносна стійкість – це незмінність зовнішньої будови папілярного візерунку в людини з початку народження, протягом усього життя та деякий час після смерті. При поверхневому порушенні шкіряного покриву папілярні лінії відновлюються в первісному вигляді[3]. Ці властивості папілярних візерунків дозволяють без сумніву ідентифікувати особу за відбитками пальців рук.

У системі біометричної ідентифікації використовують два основних способи ототожнення особи за відбитками пальців: перший базується на крапках мініатюр; другий – на методі кореляцій[4]. Вони знаходяться в постійному процесі вдосконалення та мають свої переваги й недоліки.

В основу цих методів покладено фізіологічні властивості будови папілярних візерунків та апаратні пристрої з відповідним програмним забезпеченням.

Дактилоскопічна ідентифікація особи, яка хоче отримати доступ до об'єкта, що охороняється, здійснюється за допомогою телевізійної камери, яка сканує папілярний візерунок одного з пальців особи і порівнює його методом кореляції з еталонним зображенням. Обсяг інформації в еталонах може бути значно зменшено, якщо здійснити класифікацію зображень залежно від типу папілярних малюнків та виділити на відбитку характерні мікроособливості, що являють собою початок чи кінцівки папілярних ліній або їх злиття чи розходження. Виділяються три типи папілярних малюнків (дугові, кругові та завитки) і два типи макроособливостей (дельти й центри). За підсумками незалежного тестування первинні похибки для систем цього класу становлять від 10 до 20 %, якщо враховувати несприятливі ділянки сухої шкіри і включати в групу тестування осіб з недостатньо виразними папілярними візерунками (як правило, це жінки й особи азіатського походження)[5]. Виробники цих біометричних систем у рекламі своєї продукції оцінюють похибки першого роду на рівні 2 %, а похибки другого роду – на рівні 0,0001 %. Остання цифра може бути віднесена тільки до випадків фізичного зламу системи. Однак трапляються й інші випадки так званого кваліфікованого зламу дактилоскопічних систем. Так, Давид Уілліс та Майкл Лі[6] описують дві технологічні схеми виготовлення муляжів, які були ефективними для зламу двох із шести перевірених тестами систем. Це свідчить про те, що дані біометричні системи можуть робити помилки, а тому потребують подальшого вдосконалення.

Біометричні системи ідентифікації особи за відбитком пальця в цілому мають дуже низькі коефіцієнти відмови в доступі до об'єкта (КВ – система не буде розпізнавати достовірність відбитків пальців руки зареєстрованого користувача), за деякої можливості помилкового або підробленого доступу до об'єкта (КД – можливість того, що система з похибки "ідентифікує" відбиток пальця користувача, не зареєстрованого в даній системі). Постачальники таких біометричних систем, зазвичай, указують значення КВ близько 0,01 %, КД – 0,001 %, а точка, в якій ці значення стають рівними, є нормою похибки, яка становить ≈ 0,1 %. У даний час активно розроблюються алгоритми, стійкі до "шуму" в зображеннях відбитків пальця, що дозволяє досягти збільшення точності й швидкості розпізнання об'єктів в реальному часі[7].

Даний метод ідентифікації особи набув поширення переважно в криміналістиці та в охоронних системах. У цивільних установах населення насторожено ставиться до нього, вбачаючи в цьому порушення своїх прав і не безпідставно. Однак в США дактилоскопія впроваджується до всього населення і це не викликає особливого невдоволення, характерного для мешканців інших країн.

Біометричні системи розпізнавання обличчя

Усі основні види технологій розпізнавання обличчя розробляються з метою проведення пошуку потрібного суб'єкта в режимі "один до багатьох", тобто ідентифікувати конкретне обличчя серед багатьох тисяч облич, зафіксованих у базі даних[8]. Якісні характеристики таких систем залежать від технологічних можливостей відеокамер, які мають розподільну здатність не менше 320x240 пікселів на дюйм при швидкості відеопотоку не менше 3–5 кадрів на секунду та об'єднаних у мережу з персональними комп'ютерами. Для порівняння – задовільна якість для відеоконференції потребує швидкості відеопотоку більше 15 кадрів на секунду. Вища швидкість відеопотоку при кращій розпізнавальній здатності системи призводить до кращої якості отриманої ідентифікації. Відеокамери з відповідними технічними характеристиками для реалізації цієї програми коштують близько 70 дол. США, демонстраційні версії програмного забезпечення доступні для вільного завантаження в комп'ютер через Інтернет, а тому дана біометрична технологія дозволяє експериментувати та проводити подальші наукові пошуки, маючи обмежені бюджетні можливості.

У діючих біометричних системах сканування обличчя здійснюється близько 20–30 с, у результаті чого формуються декілька його зображень. Якісне зображення обличчя, що підлягає ідентифікації, у цілому потребує близько 150–300 Кб інформації, а шаблони зображень займають приблизно 1300 байт інформації[9]. Процес відеосканування обличчя засновано на створенні "живого" шаблона-оригіналу в реальному часі та порівнянні його з файлом шаблона-зразка. Ступінь достовірності об'єктів зображення, що потребують перевірки, являє собою певний рівень вірогідності, який може бути не однаковим для різних типів задач, або ж бути залежним від персоналу, ПК, часу та інших факторів. При розпізнаванні облич з великої відстані є суттєва залежність між якістю та результатом ідентифікації.

Існують три основні методи розпізнавання обличчя. Вони включають аналіз зображень з метою встановлення відмінних характеристик обличчя: а) аналіз "відмінних рис обличчя" – найрозповсюдженіший та адаптований до змін міміки; б) аналіз на основі "нейронних мереж" – побудований на порівнянні "особливих точок", здатних ідентифікувати обличчя у важких умовах; в) метод "автоматичної обробки зображення обличчя" – визначення відстані та відносин відстані між установленими особливими рисами обличчя людини[10]. Останній метод не такий ефективний як інші, але він може бути використаний для ідентифікації зображення в погано освітлених приміщеннях. Однак слід зазначити, що серед фахівців є непоодинокі відзиви про неефективність роботи зазначених систем і недоцільність використання їх для розпізнавання облич небезпечних злочинців, або стеження за ними. Так експериментальними дослідженнями, проведеними в одному з аеропортів США, де після подій 11 вересня 2001 р. були встановлені біометричні системи ідентифікації обличчя певних осіб, були розпізнані лише 30 співробітників аеропорту з 200 замаскованих перуками, накладними вусами, великими капелюхами, окулярами, гримом та іншими засобами[11]. Це досить низький коефіцієнт достовірності, зумовлений, в першу чергу, застосуванням маскувальних речей, які не дозволяють системі належним чином ідентифікувати особу. Подібні експерименти проводилися і в деяких інших установах, де були отримані аналогічні результати, тому дослідникам є над чим працювати.

Основними проблемними питаннями, які суттєво впливають на ефективність роботи зазначених біометричних систем, є зміна освітлення, різні варіації положення обличчя під час руху, складність виділення інформативно-значимої частини обличчя, у тому числі обличчя-портрета, та несприятливий фон, який ускладнює ідентифікацію обличчя. Частково ці питання вдається вирішити шляхом автоматичного виділення на обличчі особливих точок та вимірювання відстані між ними. Таким чином, на обличчі виділяються контури очей, брів, носа, підборіддя, вух. Відстані між характерними точками цих контурів утворюють своєрідний і компактний еталон конкретної особи, який легко піддається масштабному вимірюванню. Слід застерегти, що однояйцеві близнюки системами цього класу не розпізнаються[12].

Проблеми ідентифікації людини за обличчям значно спрощуються, якщо перевести біометричну систему спостереження в дальній діапазон інфрачервоних променів світла. Цей метод дозволяє виконувати (сканувати) *термографію* ідентифікованого обличчя, виявляючи при цьому особливу мережу розташування кровоносних судин на обличчі, якою постачається в шкіру кров. Проблеми достатнього освітлення для цього класу біометричних пристроїв не існує, оскільки вони сприймають і фіксують тільки температурні зміни обличчя і можуть працювати в повній темноті. При цьому на результати ідентифікації не впливають такі фактори, як перегрів обличчя чи його переохолодження, природне старіння шкіри обличчя особи, пластичні операції тощо, оскільки вони не змінюють внутрішнього розташування кровоносних судин людини. Даному методу термографії обличчя доступне також розпізнавання однояйцевих близнюків, тому що кровоносні судини їхніх облич мають досить суттєві відмінності. Ця біометрична система ефективніша ніж попередня.

Біометричні системи розпізнавання особи за кистю руки

Спосіб ідентифікації особи за геометрією кисті руки за своєю технологічною структурою і рівнем надійності схожий із способом ідентифікації особи за відбитком пальця, але використовується поки що досить рідко. Математична модель ідентифікації особи даним способом потребує надзвичайно малого обсягу інформації – усього 9 байт. Це дозволяє зберігати великий обсяг необхідної інформації стосовно осіб, яких необхідно ідентифікувати та швидко здійснювати пошук. У США системи для зчитування відбитків долонь установлені більш ніж на 8000 об'єктах. Найдосконалішим є пристрій "Handkey", який сканує не тільки внутрішній, але й зовнішній бік долоні, використовуючи для цього вмонтовану відеокамеру. Аналогічні системи, в яких можуть скануватися й інші параметри руки, розробляються в даний час такими компаніями, як BioMet Partners, Palmetrics і BTG.

Складнішими є системи, які додатково вимірюють профіль руки – об'єм пальців, об'єм кисті руки, нерівності долоні, розміщення складок шкіри на суглобах та ін. Дані про тримірну геометрію руки отримують шляхом використання однієї телевізійної камери та інфрачервоного підсвічування руки під різними кутами. Послідовне вмикання декількох світлодіодів для підсвічування дає тіньові варіанти проекцій тримірної геометрії кисті руки, яка несе інформацію про її об'єм та відповідні індивідуальні властивості. Ці пристрої досить громіздкі, оскільки потребують винесення джерел підсвічування на відстань до 10–15 см та відносно дорогі – коштують від 600 до 3000 дол. Ідентифікаційні похибки першого й другого роду для біометричних пристроїв цього класу становлять менше 0,2 %. Для них не обов'язкові умови чистоти, вологості чи стабільної температури рук.

Kyiv National Taras Shevchenko University

Біометричні системи розпізнавання особи за мережею кровоносних судин долоні руки

У даному випадку як біометричний об'єкт використовується термографія кровоносних судин зовнішнього боку долоні руки, які характеризуються неповторністю і сталістю протягом усього життя, що і дозволяє використовувати їх для ідентифікації особи. Формування судинної системи починається ще до народження людини і відрізняється навіть у близнюків. Процес сканування судин зовнішнього боку долоні відбувається в інфрачервоному діапазоні світлових хвиль, що дозволяє отримати досить чітке зображення кровоносних судин. При цьому відносно невеликі порізи чи забруднення на поверхні шкіри не будуть перешкоджати успішній реєстрації, а швидкість обробки отриманих даних, порівняно з іншими біометричними системами, дуже висока.

Користувач, реєструючись у даній біометричній системі, зберігає свою інформацію в самому терміналі чи в корпоративній базі даних, або ж записує її на смарт-карту. У цьому випадку порівнювання проводиться за схемою "один до одного" і займає мінімальний проміжок часу.

Біометричні системи розпізнавання особи за райдужною оболонкою ока

Факт відсутності двох людей з однаковою райдужною оболонкою ока був доведений ще декілька десятиріч тому, однак технічні засоби і програмне забезпечення, спроможне виконувати ідентифікацію об'єктів такого роду, з'явилися тільки наприкінці XX ст. У сканерів райдужної оболонки є значні переваги, які роблять можливим їх використання в багатьох сферах. Так, наприклад, здатність приладів сканувати райдужну оболонку ока на відстані декількох десятків сантиметрів дозволяє використовувати їх у банкоматах. Ця технологія успішно застосовується останнім часом у державних установах США, а також на заводах з високим ступенем секретності.

Унікальність малюнка райдужної оболонки зумовлена генотипом особи, а істотні відмінності райдужної оболонки спостерігаються навіть у близнюків. Лікарі використовують малюнок і колір райдужної оболонки для діагностики захворювань і виявлення генетичної схильності до деяких захворювань. Деякі захворювання спричиняють на райдужній оболонці появу характерних пігментних плям та зміну кольору очей. Для ослаблення впливу стану здоров'я на результати ідентифікації особи в технічних системах використовують тільки чорно-білі зображення високої розподільної здатності. Унікальність малюнка райдужної оболонки ока дозволяє фірмам випускати значну кількість дуже надійних систем для біометричної ідентифікації особи. Цей клас систем сканує зображення ока на відстані 20–30 см від відеокамери, виконує автоматичне виділення зіниці й райдужної оболонки. Згідно з рекламними даними коефіцієнт похибки другого типу для цього методу не перевищує 0,0001 %. Інформації про спроби виготовлення муляжів райдужної оболонки немає. Ціни цих систем змінюються в інтервалі від 500 до 6500 дол. Чекати падіння вартості систем цього класу немає сенсу, оскільки в них використовуються відеокамери високої розподільної здатності. Основні патенти цієї ідентифікаційної системи знаходяться в руках однієї фірми – IriScan.

Однак ця система має і певні недоліки, зумовлені фізіологічними змінами організму людини. З роками в розміщенні плям на райдужній оболонці людини можливі суттєві зміни, наприклад, райдужна оболонка ока дитини з роками може змінюватися настільки, що біометрична система просто не зможе її розпізнати. Крім того, похибка негативної ідентифікації може з'явитися при невеликих травмах ока чи навіть у результаті безсоння або великих навантажень на очі. Зміни такого роду незначні, але система ідентифікації може в таких випадках "забраковувати" райдужну оболонку ока.

Щодо біометричних систем сканування сітчатки ока, то в них ідентифікація відбувається з використанням інфрачервоного світла низької інтенсивності, направленого через зіницю до кровоносних судин на задній стінці ока. У сканерів сітчатки ока зареєстрованих користувачів найнижчий відсоток відмови в доступі до об'єкта і практично не буває похибки доступу. Однак зображення райдужної оболонки має бути чітким. З цієї причини катаракта ока може негативно впливати на якість ідентифікації особи.

Одним з більш ранніх і найнадійніших методів ідентифікації особи є використання малюнка кровоносних судин ока. Судини й артерії, які живлять око кров'ю, добре видно при освітленні зіниці ока зовнішнім джерелом світла. Процедура ідентифікації особи зводиться до того, що людина бачить скрізь спеціальний окуляр віддалену світлову точку. При цьому здійснюється освітлення ока інфрачервоними променями, що виділяють мережу кровоносних судин, які потім порівнюються з еталоном. Однак ця система може давати помилки через відхилення голови особи від установлених меж або неправильного фокусування його погляду на віддалене джерело світла. За даними Сандійської національної лабораторії (США) помилки першого роду для даного метода становлять 0,4 %. Помилки другого роду практично неможливі, оскільки відсутні дані про виготовлення муляжу, здатного обманути такі біометричні прилади. Прилади цього класу найдорожчі – $ 4000 і найменш популярні, тому що користувачі впевнені, що застосування приладів інфрачервоного освітлення зіниці ока шкодить їхньому здоров'ю.

Біометричні системи розпізнавання рукописного підпису

Біометрична ідентифікація рукописного підпису заснована не тільки на формі підпису, але й на динаміці рухів при її виконанні. У таких біометричних системах використовується динамічна послідовність рухів при виконанні особою окремих елементів свого підпису. Ця індивідуальна динаміка процесу письма виявляється як "пам'ять мускула"[13], або динамічний стереотип, який і є предметом біометричної ідентифікації. Центральна нервова система людини в цій системі автоматично управляє відносними імпульсами нервів певної групи м'язів, задіяних у механізмі письма.

Зображення підпису й динамічні параметри, що супроводжують процес виконання підпису, відповідним способом записуються і зберігаються в пам'яті персонального комп'ютера. Таким чином, розпізнавання підпису за допомогою біометричної системи – це вид ідентифікації, який задовольняє юридичні потреби і забезпечує безпеку при роботі з документами[14].

Особистий підпис як об'єкт ідентифікації особи використовується вже декілька століть у криміналістичній практиці, банківській роботі, торгівлі. Цей спосіб ідентифікації особи побудовано на тому, що кожна особа має свій індивідуальний підпис як графічне зображення, що реалізується на папері без активної участі свідомості, тобто як динамічний стереотип письмових рухів. Тому проблему ідентифікації виконавця підпису слід розглядати у двох відносно незалежних напрямах:

- ідентифікація особи тільки за статичним графічним зображенням на відповідному документі (ця задача добре розроблена);
- ідентифікація особи в момент реалізації підпису за динамікою рухів, параметри яких вносяться в комп'ютер[15].

Маючи суттєві відмінності ідентифікаційного процесу, ці дві задачі можуть вирішуватися паралельно й незалежно. У першому випадку йдеться про порівняння зображень підписів, виконаних раніше в невідомих умовах, у в другому – про інформаційні параметри коливання ручки при виконанні особою власного підпису в тримірному просторі і в реальному часі. Якщо користуватися декартовою системою координат (X, Y, Z), то дані про динаміку виконання підпису будуть у вигляді двох функцій – часу коливання пера в площині графічного планшета X(t), Y(t) і ще однієї функції – варіації натискування пера на графічний планшет Z(t).

Необхідно відмітити, що перша задача дуже складна для рівня розвитку сучасних інформаційних технологій і, як правило, автоматичні біометричні системи не можуть ідентифікувати статичні підписи. Тут ми маємо повну перевагу людини над технікою, що працює набагато гірше за досвідченого експерта. Ці системи тільки дещо полегшують роботу експерта, надаючи йому відповідні числові характеристики близькості фрагментів статичного досліджуваного підпису та зразків, але кінцеве рішення приймає експерт. На даний час відомі технічні рішення першого класу задач за ймовірними характеристиками об'єктів дослідження суттєво гірші, ніж статистика роботи фахівців-експертів. З цієї причини фірми-виробники не дають статистичних даних про похибки першого і другого роду для ідентифікації виконавця підпису лише за статичним його образом, у той час як динамічний процес має суттєві переваги над першим і досить активно використовується в банківській справі.

Біометричні системи розпізнавання голосу

Розпізнавання голосу – біометрична технологія, яка дозволяє ідентифікувати особу за унікальними особливостями його голосу. Основні переваги такої технології – це можливість дистанційної перевірки користувача на право доступу до інформації. Цей метод активно використовується в роботі банків та в інших подібних організаціях. Процес реєстрації починається з вимовляння особою пароля з трьох будь-яких слів, наприклад, "мій голосовий пароль". Таким чином створюються акустичні характеристики голосу користувача, які реєструються в базі даних, а потім при перевірці достатньо вимовити фразу пароля, щоб система ідентифікувала голос користувача з уже записаними параметрами його голосу в базі даних. Процес перевірки не забирає багато часу і відбувається практично зі швидкістю вимовляння пароля. Недоліком є не дуже висока "гнучкість" даної біометричної системи, оскільки навіть невеликий ларингіт чи хрипота настільки спотворюють параметри голосу, що ідентифікаційна система може взагалі "не впізнати" автора.

Біометричні системи розпізнавання психофізіологічного стану людини

Слід зазначити, що цей напрям розвитку біометрії відомий за приладом, який дістав назву "детектор неправди". Робота психофізіологічних детекторів побудована на залежності між кількістю отриманої від особи інформації та часом тестування. Однак зміни навіть декількох біометричних параметрів, зареєстрованих на особливо чутливих приладах протягом тривалого періоду, часто не дають надійних результатів. Але вже знайдено способи зростання обробки отриманої інформації до 1000 позначок на секунду та пониження часу тестування до півгодини. Використання голосових детекторів неправди дозволяє знизити час тестування до декількох хвилин при дискретизації порядку 10 тис. позначок у секунду[16]. Прогрес суттєвий, але масове застосування потребує обмеження часу тестування декількома секундами, що, можливо, буде досягнуто впродовж найближчих років.

Перелічені вище сектори ринку пристроїв статичної біометрії на теперішній час можна вважати в основному сформованими. Однак інтенсивне проведення досліджень з біометрії на сучасному рівні може суттєво розширити можливості використання цих пристроїв. Перспективним напрямом ідентифікації особи є використання індивідуальних особливостей генетичного коду людини[17]. На даний час методи тонкого аналізу генетичного коду використовуються тільки в криміналістиці, оскільки вони порівняно дорогі й поки що не дозволяють отримати результат у реальному часі. Але вартість технологій експрес-аналізу біологічних матеріалів і час його проведення зменшуються досить швидкими темпами. Імовірно, що методи ідентифікації особи за запахом тіла, за слідами поту чи будовою вуха з часом вийдуть із рамок наукових досліджень і стануть комерційними технологіями. Згідно з інформаційними прогнозами International Data Corp. ринок біометричних технологій в США за п'ять років має зрости з 58,4 млн дол. у 2001 р. до 1,8 млрд у 2005 р. На даний час структура цього ринку виглядає наступним чином: ідентифікація голосу – 11 %; розпізнавання обличчя – 15 %; сканування райдужної оболонки ока – 34 %; сканування відбитків пальців – 34 %; геометрична будова руки – 25 %; верифікація підпису – 3 %. Загальний річний темп розвитку біометричних систем становить 40 %. Це досить високий показник навіть для часів економічних піків і особливо перспективно виглядає біометрія на фоні загального спаду у сфері високих технологій. Цілком ймовірно, що через деякий час практично все населення Землі буде забезпечено біометричними посвідченнями особистості, а інформація про кожну особу буде зберігатися в державних базах даних, об'єднаних у глобальну міжнародну ідентифікаційну систему. Крім того, на думку деяких експертів, реальністю може стати не тільки ідентифікація особистості, але й ідентифікація думок і намірів людини як засіб боротьби зі злочинністю. За допомогою автоматичного психофізіологічного тестування особи, що перетинає кордон іншої держави, відповідні служби можуть прогнозувати поведінку та подальші дії людини і таким чином запобігати злочинним діям. Однак хто може гарантувати, що подібні технологічні можливості не будуть застосовані й до законослухняних громадян.

Таким чином, аналіз досягнень у сфері розробки і використання біометричних систем показав, що це один з перспективних напрямів наукового дослідження, результати якого можуть ефективно використовуватися не тільки в охоронних системах або системах стеження, але і в експертних системах, що є нагальною потребою сьогодення для криміналістики.

[1] Советский энциклопедический словарь / Под ред. А.М.Прохорова. – М., 1989. – С.140. [2] *Шепітько В.Ю.* Криміналістика. – К., 2003. – С.97-99. [3] Там само. [4] *Уиллис Давид, Ли Майк.* Шесть биометрических устройств идентификации отпечатков пальцев // Сети и системи связи. – 1998. – № 9 (31). – С.146-155. [5] Там само. [6] Там само. [7] Там само. [8] *Кан Филлипс.* Ваше лицо – гарант безопасности // PCweek Russian Edition. – 1997. – 3 июня. – С.35-38. [9] *Белоцерковский О.М., Глазунов А.С, Щенников В.В.* Компьютерное распознавание человеческих лиц // Зарубежная радиоэлектроника. Успехи современной радиоэлектроники. – 1997. – № 8. – С.3-14. [10] Там само. [11] Там само. [12] Там само. [13] *Plomondon R., Lorette G.* Automatic signature verification and write identification – the state of the art // Pattern Recognition. – 1989. – 22. – №2. – P.107-131. [14] Там само. [15] *Беленков В.Д.* Электронные системы идентификации подписей // Защита информации. Конфидент. – 1997. – № 6. – С.39-42. [16] *Колесников Г.Ф.* Электростимуляция нервно-мышечного аппарата. – К., 1977. [17] *Березовский В.А., Колотилов Н.Н.* Биофизические характеристики тканей человека: Справочник. – К., 1990.

Надійшла до редколегії 26.07.03

А.В.Старушкевич, канд. юрид. наук

КРИМІНАЛІСТИЧНИЙ АНАЛІЗ СЛІДОВОЇ КАРТИНИ СЕКСУАЛЬНИХ ВБИВСТВ

Висвітлюються проблеми криміналістичного аналізу слідової картини сексуальних вбивств, розглядаються: поняття слідової картини злочину та її зміст; складові слідової картини сексуальних убивств та взаємозв'язки між ними; аналізуються типові сліди сексуальних вбивств та особливості отримання криміналістично значимої інформації під час аналізу слідової картини при розслідуванні зазначеної категорії злочинів.

The problems to the criminal intelligence analysis of tracks picture of sex homicide are considered, and also are considered: concepts of a tracks picture of a crime and its contents; constituting a tracks picture of sex homicide and correlation between them; the typical traces of sex homicide and features of intelligence information receiving are parsed at conducting to the analysis of a tracks picture during investigation of the indicated category of crimes.

Слідову картину, що утворилася як наслідок вчинення злочину, утворюють такі складові, як типові ситуації вчинення злочину (час, місце, умови) і типові матеріальні сліди. Умови, час і місце вчинення злочину стають відомими тільки після "прочитання" слідової картини, тобто збирання первинної інформації. Саме сліди несуть інформацію про місце, час та інші обставини події злочину. Тому слідова картина, тобто речові обставини й уявні відображення в пам'яті, є важливим джерелом криміналістично значимої інформації при розслідуванні злочинів.

Отже, слідова картина злочину – це сукупність відомостей про сліди злочину (матеріальні та ідеальні) та обставини злочину (місце, час і умови). Вона складається з двох елементів: сліди злочину (в їхньому слідознавчому розумінні); обставини злочину (місце, час і умови).

Аналіз кримінальних справ про сексуальні вбивства дав змогу виділити п'ять груп *слідів, найхарактерніших для сексуальних убивств.*

Сліди сексуальних убивств (у слідознавчому розумінні) поділяються на:

1. Сліди людини: ідеальні сліди (показання потерпілих (при замахах на сексуальне вбивство), підозрюваного (обвинувачуваного), свідків-очевидців тощо); матеріальні сліди: а) сліди відображення (зовнішності, шкіряного покриву, рук, ніг, нігтів, зубів, звуку голосу, навичок (письма, ходьби, способи дій)); б) сліди речовини – частинки (крові, волосся, нігтів, шкіри, кісток) – виділення (потожирові, слина, запах, сеча, кал, рідина з піхви, виділення з носа, блювальні маси).

2. Знаряддя вчинення вбивства та їхні сліди: предмети побутової, господарсько-виробничої, медичної та іншої діяльності (сокира, кухонний ніж, викрутка, шило тощо); спеціально виготовлені та пристосовані знаряддя (петля-удавка, ніж-фінка, загострена арматура тощо); випадкові предмети (каміння, шматок цементу, дошка, палиця тощо).

3. Предмети, які викрадаються вбивцею: предмети, що викрадаються з корисливих мотивів (золоті сережки, персні, гроші, годинники, сумки з речами тощо); предмети – сексуальні збудники (частини жіночої білизни, хустинки, босоніжки, частини тіла та органи трупів тощо).

4. Засоби сприяння сексуальному вбивству: транспортні засоби (велосипед, мотоцикл, автомобіль тощо); медичні засоби, у тому числі психотропного впливу (медичні шприци та голки, нейролептики, транквілізатори, седативні препарати, антидепресанти тощо); засоби, що сприяють вчиненню сексуальних дій (ємності з вазеліном, кремом, презервативи тощо); засоби, що застосовуються при мордуванні жертв (наручники, паяльні лампи, мотузки для зв'язування жертв, залізні прути для випікання на тілі жертв знаків, балки для підвішування жертв тощо).

5. Інші матеріальні сліди (сліди знарядь злому, рослинного походження, ґрунтового походження, автотранспортних засобів, застосування вогнепальної зброї, холодної зброї, паління, текстильні волокна тощо).

Дослідження місць вчинення сексуальних убивств має важливе значення для встановлення зв'язків місця вчинення злочину з криміналістичним типом сексуального убивці, способом вчинення сексуального вбивства, місцем проживання злочинця та потерпілих, віковими та статевими характеристиками потерпілих, способом вчинення сексуальних дій при сексуальних убивствах, типом зв'язків між жертвою та злочинцем тощо.

Проведені нами дослідження дозволили виділити та згрупувати характерні *місця вчинення сексуальних убивств,* які можуть у подальшому використовуватися при дослідженні окремих видів сексуальних убивств:

1. Місце помешкання злочинця або будівлі, що йому належать: а) будинок, б) господарські приміщення, в) підвальні приміщення, в) гаражі; місця помешкання та інші будівлі жертви.

2. Місця концентрації та місця поблизу закладів з жіночим контингентом: а) підприємства, установи, б) навчальні заклади.

3. Місця концентрації та місця поблизу закладів з дитячим контингентом: а) ясла, садки, б) школи, музичні училища, в) табори відпочинку дітей, г) подвір'я будинків.

4. Місця концентрації молоді: а) сади, парки, альтанки, б) поблизу місць проведення молодіжних заходів (дискотеки тощо), в) місця збирання неформальних об'єднань молоді.

5. Громадські місця: а) вулиці, б) зупинки міського транспорту, в) коридори будинків.

6. Місця концентрації пасажирів: а) вокзали, б) стоянки автомобілів, в) аеропорти, г) ділянки місцевості, які прилягають до автотраси.

7. Специфічні місця: а) туалети, б) ліфти, в) кладовища, г) лісосмуги, д) будівництва, є) ліси, ж) інші віддалені та важкодоступні місця.

Важливе значення має подальше дослідження районів, де знаходяться місця вчинення сексуальних убивств та прихильність до цих місць певних криміналістичних типів сексуальних убивць. Цей взаємозв'язок особливо необхідний при розкритті серійних сексуальних убивств. Так, аналіз кримінальних справ про сексуальні вбивства свідчить, що іноді район вчинення сексуальних убивств обмежений однією вулицею, в іншому випадку злочинець має міцну прив'язаність до одного конкретного місця злочину, і це місце виступає як основний фактор, який визначає поведінку злочинця при вчиненні чергового злочину, іноді сексуальний вбивця вчиняє злочини тільки в одному місці, районі, області, а іноді сексуальні вбивства носять міжобласний або навіть міжреспубліканський характер.

З місцем вчинення злочину пов'язані його погодинні характеристики. *Дані про час* є необхідним елементом слідової картини злочину і в кожному випадку розслідування мають встановлюватися в межах доби або годин, а іноді й хвилин. Із загальних властивостей часу (точніше часових відношень у матеріальних системах) слід відмітити його нерозривний зв'язок з простором, діями і

© А.В.Старушкевич, 2004

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

взаємодією осіб і предметів, а також подовженість, незворотність тощо.

У ході розслідування кримінальних справ про сексуальні вбивства завжди важливо встановити, коли відбулася подія вбивства і погодинні характеристики його розвитку. Це необхідно для встановлення конкретних умов, в яких воно вчинялося, тобто пізнання подій, явищ, етапів, що передували вбивству, відбувалися разом з ним або після нього.

Категорії "час" притаманна властивість незворотності, а оскільки слідова картина злочину розглядається як типізована інформація, у даному випадку про сексуальні вбивства, то в розслідуванні аналогічних злочинів вона має як інформаційне, так і методичне значення, адже вона вказує, з одного боку, на те, які часові характеристики події та її елементи підлягають встановленню, а з іншого – які закономірні відображення властивостей часу за матеріальними змінами можуть бути виявлені при вивченні обстановки вчинення тих або інших злочинних дій.

Аналіз кримінальних справ про сексуальні вбивства свідчить, що ці злочини інколи є розрізненими за тривалістю системами злочинних дій. Так, іноді підготовка до вчинення вбивства триває декілька днів, а то й тижнів, певні типи сексуальних убивць деколи довгий час знаходяться біля жертви, а іноді вчиняють сексуальні дії, убивають і залишають місце вчинення злочину протягом декількох хвилин, труп іноді знаходиться не прихованим довгий час, а потім приховується вбивцею; а при певних сексуальних убивствах приховується відразу після вчинення злочину тощо. При серійних сексуальних убивствах періодичність іноді відсутня, а іноді серія вбивств вчинюється з неймовірною методичністю і регулярністю (у діях злочинця є чіткий ритм та хронологічна послідовність), іноді відзначається раптове припинення нападів і поновлення їх після тривалої перерви (через 2-3 роки і більше), а іноді характерне вчинення вбивств із "затаюванням", вичікуванням зручного моменту (напади з "оглядкою" на реакцію правоохоронних органів; інтенсивність заходів, що проводяться правоохоронними органами в даному населеному пункті у зв'язку із сексуальним убивством тощо).

Так, проведені дослідження показали, що сексуальні вбивці з психічними розладами вчиняють убивства одне за одним протягом короткого проміжку часу (до місяця); для "статевих" психопатів характерні однорідні вбивства з невеликими інтервалами; циклічність, пов'язана із загостренням хвороби, погодою, у маніакально-депресивних осіб буває затишшя від одного року до п'яти ("плато нормальності"); раніше засуджені вчиняють сексуальні вбивства від випадку до випадку; неповнолітні за короткий період часу поряд з убивствами вчиняють інші різнохарактерні злочини; для атипових сексуальних убивць характерна певна періодичність, ніби затаювання (перерва від півроку і більше) тощо. Тому параметри часу мають встановлюватися, аналізуватися і відображатися при описі слідової картини злочинів.

Важливим елементом криміналістичного аналізу конкретного сексуального вбивства є встановлення часу вчинення злочину. Час вчинення злочину встановлюється як при дослідженні слідової картини місця вчинення злочину, так і слідової картини сексуального вбивства.

Аналіз кримінальних справ про сексуальні вбивства свідчить, що час вчинення вбивства встановлюється в більшості випадків з таких інформаційних джерел: з показань календарів, годинників; з наявної поштової кореспонденції в поштовій скриньці та приміщенні, з дати і штемпеля на кореспонденції; зі стану домашніх тварин; стану електроосвітлення, обігрівальних приладів, постелі, зі ступеня псування продуктів тощо; ступеня підсихання і кольору крові, якщо така є; з температури в приміщенні й умов, що порушують динаміку розвитку трупних явищ; з наявності, виду, стану одягу (робочий, вихідний, нічний тощо); з температури трупа і трупних явищ у динаміці не менше двох разів у процесі огляду з фіксацією часу і дослідження в протоколі; зі змісту їжі при розтині трупа; з вилучених проїзних квитків на транспорт, із записок, довідок; при встановленні зв'язків жертви з'ясовується дата і час останніх контактів тощо.

Умови як складова обставина злочину найменш досліджений елемент слідової картини. Зазвичай елементи, які характеризують зовнішнє середовище події та інші супутні йому фактори об'єктивної реальності, систематизують і поділяють на такі групи: речові, просторово-конструктивні, природнокліматичні, фізико-хімічні, часові, виробничо-побутові, поведінково-психологічні. Слід підкреслити, що умови безпосередньо не детермінують дії злочинця, однак сприяють, полегшують, інтенсифікують ці дії.

Доцільно було б дослідити зв'язки природнокліматичних умов з криміналістичним типом сексуального вбивці. Вивчення кримінальних справ показало, що одні типи вбивць вчиняють убивства та сексуальні дії тільки за сприятливих природнокліматичних умов, інші вчиняють напади і за несприятливих умов: сніг, мороз, дощ тощо. Більшість сексуальних убивць вчиняли злочини в періоди власних побутових негараздів, конфліктів у сім'ї, на роботі. Дослідження групи просторово-конструктивних умов сексуальних убивств свідчить, що одні типи сексуальних убивць вибирають усамітнені, безлюдні, слабоосвітлювані місця, які погано проглядаються збоку, однак дозволяють злочинцю скоріше втекти з цього місця; порівняно невеликий простір (площа) місця нападу не сприяє захисним маневреним діям потерпілих. Сприятливі поведінково-психологічні умови допомагають злочинцеві, коли він використовує такий момент у поведінці майбутніх жертв, який застав їх зненацька, тим самим позбавляючи можливості вибрати тактику найбільш ефективного захисту від нападу тощо. Умови як обставина вчинення сексуальних убивств у структурі слідової картини потребують детальнішого дослідження.

Вужчим, ніж поняття "слідова картина злочину" є поняття *"слідова картина місця вчинення злочину"*. Під цим поняттям ми розуміємо сукупність відомостей про сліди злочину в їх широкому розумінні й обставини злочину (місце, час, умови), що обмежені ділянкою місцевості, у межах якої виявлено ці відомості. Якщо злочин вчинено в одному місці, а сукупність відомостей про його сліди та обставини виявлено в іншому, то йдеться і про "слідову картину злочину", і "слідову картину місця вчинення злочину".

Слідова картина місця вчинення злочину – частина матеріального середовища, яка включає, крім ділянки території, сукупність різних предметів, поведінку учасників події, психологічні відносини між ними та ін. Криміналістичні ознаки її можуть мати взаємообумовлені зв'язки з іншими елементами криміналістичної характеристики (наприклад, із часом, способом вчинення). До ознак обстановки відносяться як ознаки, що визначають речове середовище, в якому вчинюється злочин, так і її інші об'єктивні умови. Слідова картина як сукупність матеріальних об'єктів на місці злочину відображає механізм події, яка розслідується, дії злочинця та інших осіб.

Складовими частинами слідової картини місця вчинення злочину є труп (поза трупа, характерні пошкодження, сліди тощо); одяг трупа; знаряддя вбивства; предмети і речі, залишені злочинцем; ділянка місцевос-

ті, на якій виявлено сліди злочину (ложе трупа, сліди, що там виявлені тощо); розташування різних предметів і криміналістичних об'єктів; окремі криміналістичні об'єкти, на яких відобразився комплекс слідів злочину і злочинця; свідки-очевидці тощо.

Поза трупа є характерною для більшості сексуальних убивств, це, як правило, розведені ноги, іноді зігнуті в колінних суглобах. Якщо зґвалтування відбувалося на ліжку, дивані, то труп може лежати поперек їх із спущеними ногами. Іноді жертву прив'язують до дерева або іншої опори, у даному випадку труп буде знаходитися прив'язаним за руки, при цьому руки витягнуті за голову, а тулуб лежить на боці. У деяких випадках злочинець, залишаючи труп, змінює його позу, кладе трупи один на одного, імітуючи вчинення статевого акту, надає трупу інших незвичайних поз, що в більшості носять сексуальне забарвлення.

Слід звернути увагу, що при сексуальних убивствах поза трупа може бути найрізноманітнішою, однак саме стан одягу на трупі може вказувати на сексуальне вбивство або його симуляцію. Стан одягу на трупі поряд з іншими ознаками дозволяє встановити, чи вчинявся статевий акт, чи була спроба до вчинення статевого акту, встановити послідовність нанесення пошкоджень.

В одних випадках при сексуальних убивствах одяг на трупі пошкоджується, в інших залишається непошкодженим, іноді порядок в одязі не порушується. Відсутність пошкоджень на одязі в деяких випадках пояснюється тим, що смертельні пошкодження спричинені: раніше, ніж злочинець намагався вчинити статевий акт; коли жертва була в безпомічному стані; коли статевий акт вчинявся за згодою; коли злочинцю не вдалося вчинити статевий акт.

Вивчення кримінальних справ свідчить, що типовими випадками, які зустрічаються при сексуальних убивствах, є: повне оголення тіла; повне оголення тільки нижньої частини тіла; піднімання верхнього одягу в бік лиця і приспущення трико та трусів; піднімання верхнього одягу в бік лиця і розривання або розрізання трико та трусів з метою оголення або пошуку статевих органів; розривання, розрізання одягу в ділянці грудей.

Убивця іноді залишає труп оголеним, у деяких випадках накриває одягом, деколи одягає одяг на труп, рідше на трупі можна виявити не його одяг.

Дослідження одягу на трупах дозволило виявити ознаки, за якими можна зробити висновок, що одяг на труп вдягнено після вбивства. До таких ознак відносяться: 1) ознаки недавнього вчинення статевого акту, пошкодження статевих органів; 2) ознаки застосування фізичної сили при вчиненні статевого акту; 3) відносний порядок верхнього одягу при збереженому безпорядку нижнього одягу; 4) наявність пошкоджень нижньої білизни, у той час як безпорядку у верхньому одязі не встановлено; 5) одягнуте взуття (чоботи, валянки) при відсутності предметів одягу, які не могли бути зняті через взуття (рейтузи, панчохи); 6) неправильно одягнутий одяг: задом наперед, коміром донизу, іноді навиворіт.

З якою метою злочинець одягає на труп одяг, встановити вдається не завжди, однак у більшості випадків, щоб приховати факт статевого акту, рідше – певний одяг є сексуальним збудником і одягається на труп з метою посилення сексуального збудження.

Так, у підвалі одного з будинків був виявлений труп хлопчика, схований в повітроочисному відсіку. Труп лежав на цементній підлозі наполовину у воді, був одягнутий в жіноче плаття, на ногах панчохи, перев'язані стрічкою з матерії. Статеві органи були до самої основи вирізані. На тілі виявлено численні подряпини, навколо заднього проходу виявлено розриви і подряпини. Поблизу на підлозі та стінах виявлено сліди крові, дитяча рукавичка, різнокольорові шматки тканин, хустка, обгортки від цукерок, цигарки, обгорілі сірники, бинти, вата. У сусідній кімнаті було виявлено картонну коробку з одягом і білизною хлопчика. У приміщенні санвузла був знайдений мертвий кіт, загорнутий в шматок тканини. Судячи із зовнішнього вигляду виявлених шматків тканини, вони були частинами жіночого одягу і білизни: плаття, спідниці, хустки, бюстгальтера. У трупі впізнали Сергія П., який зник два тижні тому. Згідно з актом судово-медичної експертизи смерть наступила в результаті асфіксії. У прямій кишці виявили введений через задній прохід джгут з ганчірки та паперу.

Протягом місяця встановити вбивцю не вдалося, однак коли слідчий зробив запит та проаналізував кримінальні справи і матеріали органів внутрішніх справ із затримання осіб, підозрілих у вчиненні статевих злочинів, та вивчаючи матеріали, звернув увагу, що біля одного з підвалів вже затримувався 24-річний учень ПТУ Феоктистов. У нього були виявлені різні речі жіночого туалету: плаття, спідниця, нічна сорочка та головна хустина. Ознаки цих речей збіглися з ознаками тих, які були виявлені на місці вбивства і в які було загорнуто мертвого кота. При вивченні особи Феоктистова, за показаннями рідних, було встановлено, що в нього проявлялися відхилення в задоволенні сексуального потягу. Він, займаючись мастурбацією, переодягався в жіноче плаття, імітуючи зближення з жінкою. При обшуку в помешканні Феоктистова були виявлені і інші сліди, які допомогли розкрити злочин[1].

Характерними *ознаками пошкодження одягу при вбивствах, поєднаних із зґвалтуванням*, є: поздовжні розриви і розрізи (рідше) плаття і сорочки, частіше спереду або по бокових швах; відриви бретельок сорочки і бюстгальтера; розриви тканини бюстгальтера спереду, посередині, відриви ґудзиків, петель на поясі; поздовжні розриви, розрізи трико і плавок, розриви резинок у колошах трико, розриви петель і відриви ґудзиків на плавках; поперечні розриви і розрізи трико в ділянці піхви; розриви поясу для резинок, що підтримують панчохи; відриви резинок і замків[2].

Безлад в одязі жертви може бути зумовлений і переміщенням, перетаскуванням трупа. Велике значення в цих випадках має виявлення, опис і фіксація слідів переміщення трупа, волочіння його, самостійне переміщення потерпілої з отриманими вже пошкодженнями, встановлення місця спричинення пошкоджень. Унаслідок волочіння трупа по землі, траві, сліди їх залишаються на одязі трупа. У даному випадку важливе значення має призначення судово-ботанічної експертизи з метою встановлення місця вбивства, траєкторії переміщення трупа.

За характером пошкодження одягу можна дізнатися про підстави позбавлення жертви життя; про застосування та характер застосування сили при спробі вчинити з жертвою дії сексуального характеру; про ступінь опору жертви; про послідовність дій злочинця; про характер сексуальних дій, вчинених із жертвою; про активні та пасивні переміщення жертви або її трупа після або під час вчинення з нею сексуальних дій; про знаряддя, якими спричинялися пошкодження одягу.

Важливе значення при встановленні сексуальних мотивів убивства має характер пошкодження статевих органів і прямої кишки. Зазначені пошкодження можуть наноситися статевим членом, руками, сторонніми предметами, рідше зубами.

Характерними пошкодженнями при сексуальних убивствах є пошкодження: зовнішніх статевих органів (крововиливи, подряпини, рани); розриви дівочої пліви; розриви піхви; пошкодження прямої кишки; повна або

часткова ампутація жіночих або чоловічих зовнішніх та внутрішніх статевих органів. Однак необхідно враховувати і такі варіанти, коли вчинення статевого акту не веде до дефлорації, бо при деяких формах дівочої пліви розриви не відбуваються[3].

Для сексуальних убивств характерними також є пошкодження в ділянці шиї, грудей, стегон, які можуть наноситися руками (зокрема нігтями), зубами, різними предметами (ножем, палицею тощо).

Залишення злочинцем слідів своїх нігтів на тілі жертви може бути зумовлено в одних випадках самим способом вчинення вбивства – задушення руками, в інших – боротьбою між злочинцем і жертвою. При сексуальних убивствах сліди нігтів злочинця зустрічаються переважно на передньо-бокових і бокових поверхнях шиї жертви. Іноді ці сліди можуть бути на шиї ззаду, зокрема при задушенні руками дітей. Іноді сліди виявляють на руках потерпілого, коли злочинець сильною хваткою тримав його руку, а також на інших частинах тіла, що особливо характерно для сексуальних убивств: на передній і внутрішній поверхні стегон, на сідницях і грудях. При явно виражених особливостях слідів нігтів може ставитися питання про ідентифікацію за ними злочинця.

Іноді на трупах виявляють сліди катування, спричинення жертві особливих страждань, відчленування окремих частин тіла та органів. Так, слідами катування можуть бути сліди обпалення лобка та інших частин тіла, припікання недопалками та інші сліди, які говорять про те, що з тілом жертви проводилися маніпуляції з метою катування та спричинення особливих страждань.

За пошкодженнями статевих органів, а також іншими пошкодженнями на тілі трупа, залишками мікрослідів можна судити про знаряддя, яким вони були спричинені.

Виявлення на трупі або його одязі сімені також говорить про сексуальні мотиви убивства. Аналіз кримінальних справ свідчить, що типовими місцями локалізації сім'я на трупі є статеві органи, ділянки поблизу статевих органів, пряма кишка, ділянки поблизу заднього проходу, ділянки ерогенних зон (груди, шия, стегна тощо), рот, ділянки лиця поблизу рота. Локалізація сім'я говорить про характер сексуальних дій, про вчинення статевого акту у звичайній або неприродній формі. А проведення біологічної експертизи сім'я дозволяє встановити належність його певній особі. Нині для ідентифікації особи людини за сім'ям успішно використовується метод генотипоскопії. З його допомогою можна встановити походження сім'я від конкретної людини за змішаними плямами.

Відсутність сім'я при явному зґвалтуванні або акті мужолозтва може пояснюватися перериванням статевого акту з тих або інших причин, застосуванням злочинцем при статевому акті презерватива, обмиванням трупа після сексуального вбивства тощо.

На жертвах сексуальних убивств іноді знаходять волосся злочинця. Вони виявляються в ділянках статевих органів, заднього проходу іноді ділянках ерогенних зон (груди, стегна), іноді в роті та на обличчі. В основному це волосся з лобка злочинця. Знаходять волосся злочинця і на одязі трупа. При активному опорі жертви волосся з голови, бороди і вусів злочинця може бути знайдене в руках трупа. Волосся як об'єкт судово-медичного дослідження з кримінальних справ досить інформативне, добре досліджене в науково-практичному плані, тому його виявленню і дослідженню має приділятися достатньо уваги. З упровадженням у повсякденну експертну практику дослідження волосся методу генотипоскопії значення волосся як об'єкта – джерела доказів з кримінальних справ, зокрема про сексуальні вбивства, ще більше зростає.

Судово-медичними та біологічними дослідженнями можна встановити наявність цілого ряду виділень, що рідше зустрічаються при оглядах місця події на трупах при сексуальних убивствах, таких як слина, яка може локалізуватися в місцях укусів жертви, плювків на жертву, на губах та обличчі при поцілунках тощо; піт може бути виявлений на одязі трупа, іноді потожирова речовина є слідоутворюючою речовиною в слідах накладень пальців і долонь рук злочинця; сеча та кал злочинця можуть знаходитися як на трупі, так і на його одязі, вони можуть говорити про глум над трупом. Судово-медичні та біологічні дослідження слини, поту, сечі та калу можуть установити конкретний вид виділень, групову та статеву належність.

Сліди укусів зубами, які нерідко виявляють на тілі жертв сексуальних убивств, є важливою знахідкою, бо вони дозволяють в окремих випадках ідентифікувати злочинця. Сліди укусів часто локалізуються в ділянці обличчя, шиї, грудей, статевих органів та стегон. Сліди укусів дозволяють судити про характер сексуального вбивці, особливості його особи тощо. Наявність та локалізація слідів укусів дозволяють установити злочинця за такими ж слідами, залишеними ним на інших жертвах, або ж припустити, що попередні сексуальні вбивства вчинені цим же злочинцем.

Іноді на трупах – жертвах сексуальних убивств вдається виявити сліди крові злочинця та його біологічні тканини, наприклад, коли жертва при опорі вкусила злочинця, або злочинець отримав пошкодження гострими предметами на одязі жертви або ж речами, які при ній були.

Дослідження біологічних тканин дозволяють установити певний вид належності, органотканинну належність клітин, стать організму, від якого відділені біологічні тканини, а також свідчити про вроджені аномалії та захворювання. Така інформація може бути використана для пошуку сексуальних убивць та доказу їхньої вини. Дослідження крові дозволяє встановити або виключити походження крові від конкретної людини.

Виявлення слідів крові в ділянці статевих органів, а поряд з ними і на ерогенних ділянках трупа (шия, груди, стегна тощо), ще під час огляду трупа на місці події дає змогу припустити, що мало місце сексуальне вбивство і певним чином направити слідчо-оперативний пошук на розкриття злочину за "гарячими слідами", а іноді вчасно звузити коло підозрюваних осіб.

Про вчинення з жертвою дій сексуального характеру можна припустити, виявивши й інші сліди, наприклад, текстильні волокна та інші мікросліди з одягу вбивці в ділянці статевих органів жертви; наявність у прямій кишці жертви слідів мінерального масла або вазеліну, яким користувався злочинець при вчиненні мужолозтва або неприродного статевого акту з особою жіночої статі. Виявлення при жертві медико-хімічних протизаплідних засобів, жіночих ковпачків тощо може свідчити, що статевий акт вчинявся добровільно, однак смерть наступила в процесі статевого акту тощо. Дослідження знарядь убивств, залишених на тілі жертви, важливе з метою знаходження на них слідів сім'я, якщо цим же знаряддям наносилися пошкодження статевих органів жертви під час або після вчинення з нею статевого акту.

Важливим *елементом слідової картини місця вчинення сексуального вбивства є безпосередня ділянка місцевості*, де виявлено труп жертви або інші сліди, що вказують на те, що саме на цьому місці було вчинено сексуальне вбивство.

При огляді ділянки місцевості, де вчинено сексуальне вбивство або виявлено труп жертви, важливо встановити віддаленість цього місця від населених пунктів, житлових приміщень, об'єктів, де знаходилися або мог-

ли знаходитися люди з метою подальшого встановлення свідків. Сліди взуття, залишені потерпілою і злочинцем, можуть вказати про шлях їх приходу на місце події, залишення його. Характерні сліди можуть указати, що жертва добровільно не прийшла на місце події, а була затягнута злочинцем силою. Стан ґрунту і рослинності, притоптана або прим'ята трава і кущі, наявність свіжих подряпин на корі дерев можуть свідчити про боротьбу між жертвою і злочинцем. На кущах, траві, корі або нижніх гілках дерев, на ґрунті іноді виявляються частинки або нитки тканини від одягу злочинця, сліди крові, волосся. На ґрунті, у траві при сексуальних убивствах виявляються сірники, недопалки, різні предмети, що випали з кишень злочинця, відірвані ґудзики, частини одягу, знаряддя вбивства (ножі, каміння, палиці, шматки будівельних матеріалів, удавки тощо) та засоби сприяння сексуальному вбивству (сліди транспортних засобів, медичні засоби психотропного впливу, презервативи, ємності з вазеліном, спеціально пристосовані на деревах зашморги, спеціально виготовлені або пристосовані знаряддя катування жертв тощо).

На місці події при сексуальних убивствах виявляють також предмети, які належать жертві; деякі з них можуть свідчити про характер події й про дії підозрюваного (предмети туалету потерпілої, зірвані з неї підозрюваним тощо).

При дослідженні ґрунту на місці події іноді виявляють невеликі заглиблення та ямки, які можуть бути залишені ліктями, колінами, носками, краями каблуків як жертви, так і потерпілого, що свідчить про боротьбу між ними.

Якщо місцем вчинення злочину було приміщення (кімната, сарай, горище тощо), то важливо дослідити стіни, вікна, двері, сусідні приміщення з метою виявлення слідів, які б указували на боротьбу злочинця і жертви, намагання жертви вирватися з приміщення, а також можливість виявлення свідків, які, можливо, випадково бачили подію або чули, що відбувалося.

Про боротьбу жертви і злочинця свідчить і розташування предметів у приміщенні: повалені крісла, розбитий або розкиданий посуд тощо. На підлозі, диванах або ліжках, постільних предметах знаходять сліди крові і сім'я, волосся, різні плями від брудного взуття. Там же іноді знаходять різні предмети, якими жертва наносила злочинцю удари і на яких іноді зберігаються плями крові, волосся, частини тканин організму, волокна тканин його одягу.

На місці сексуального вбивства іноді виявляють сліди волочіння трупа. Ці сліди зустрічаються, коли злочинець намагався перетягнути труп з метою приховання в потаємне місце або, наприклад, симулювати нещасний випадок (труп переміщують у бік залізничної колії і на ній залишають) тощо. На смузі волочіння виявляють відбитки верхніх і нижніх кінцівок трупа, кров, частини одягу, предмети або речі, що належали жертві або злочинцю. По боках смуг волочіння трупа виявляють сліди ніг злочинця. Якщо труп не знайдено на місці події, то за слідами волочіння можна виявити місце, де заховано труп.

Важливе значення у справах про сексуальні вбивства має дослідження підозрюваного, його одягу та речей, що при ньому знаходилися в день убивства, з метою виявлення слідів.

Аналіз кримінальних справ про сексуальні вбивства свідчить, що на статевому члені злочинця виявляють сліди: пошкодження у вигляді подряпин, крововиливів, рідше ран; волосся схоже на волосся потерпілих; сім'я; рідину з піхви; кров у випадках дефлорації, періоду менструації у жертв; при пошкодженні прямої кишки при неприродному статевому акті й акті мужолозтва; сліди калу та сліди епітеліальних клітин слизової оболонки прямої кишки у випадку неприродного статевого акту та акту мужолозтва; сліди слини при неприродному статевому акті та в місцях укусів.

При дослідженні інших частин тіла злочинців характерні такі сліди: подряпини, крововиливи і рани, що утворюються в результаті опору жертви від укусів, нігтів рук, від навколишніх предметів та одягу жертви. Укуси в основному локалізуються на губах, язику, пальцях рук. Інші характерні місця пошкоджень: ліктьові, колінні суглоби, лице злочинця.

Крім пошкоджень, на тілі підозрюваних виявляють також сліди слини в місцях укусів. Важливе значення має піднігтьовий зміст, при дослідженні в ньому виявляють: кров, рідину з піхви, волосся, текстильні волокна.

При дослідженні одягу злочинців зі справ про сексуальні вбивства виявляють кров, сім'я, волосся, сліди ґрунту, піску, трави, злаків з місця події.

Так, поблизу одного із сіл був виявлений труп Стрінкене. Труп лежав лицем донизу, нижня частина його була оголена, одяг знаходився в безладі. На голові й тулубі були численні крововиливи і подряпини. Судово-медична експертиза встановила, що смерть Стрінкене настала від крововиливу в мозок у результаті закритої травми головного мозку, їй було нанесено сорок п'ять тілесних пошкоджень різного ступеня тяжкості тупим твердим предметом, можливо, кулаками і ногами. У статевих органах виявлено сім'я.

У ході оперативно-розшукових заходів був затриманий Стасюліс. Згідно із судово-біологічною експертизою сім'я, вилучене на сорочці й куртці Стрінкене, а також в її піхві, схоже за груповою належністю із сім'ям Стасюліса. Виявлена на шарфі і кальсонах Стасюліса кров виявилася кров'ю жінки тієї ж групової належності, що і кров Стрінкене. Волосся, вилучене з місця події, за деякими морфологічними ознаками схоже на волосся Стасюліса. Судово-цитологічна експертиза зробила висновок, що на кальсонах Стасюліса виявлено жіночі клітини епітелію, а у змісті з-під нігтів трупа Стрінкене – чоловічі клітки епітелію і сім'я групової належності, схоже із сім'ям Стасюліса. На штанах, кофті й сорочці Стрінкене були бавовняні волокна синього кольору, схожі з волокнами синіх джинсових штанів Стасюліса, а на синій нейлоновій куртці Стасюліса червоні волокна шерсті, схожі на волокна червоної кофти Стрінкене. Виявлені на кущах при огляді місця події волокна шерсті темно-синього кольору і бавовняні волокна синього кольору схожі з темно-синіми волокнами шерсті шарфа Стасюліса і його синіх джинсових штанів. Таким чином, завдяки виявленим слідам вина Стасюліса в убивстві і зґвалтуванні Стрінкене була повністю доведена[4].

Справи про сексуальні вбивства свідчать, що в злочинця іноді вилучають речі, які були знаряддями вбивства (ніж, петля-удавка, сокира, інші колючо-ріжучі предмети), використовувалися при вчиненні дій сексуального характеру (презервативи, ємності з вазеліном та іншими речовинами, медичні препарати психотропної дії, фото-, кіно-, відеоматеріали порнографічного характеру, на яких зображено жертви тощо).

На знаряддях убивств при сексуальних убивствах виявляють сліди поту, сім'я, кров, речовину з піхви, текстильні волокна та мікросліди, частини біологічних тканин людини.

Іноді вбивці як сексуальні збудники ампутують та забирають з місця події частини тіла або внутрішні органи трупів, які в подальшому зберігають у своєму помешканні, а іноді з метою перешкодити гниттю цих частин засолюють їх, утримують у спеціальних розчинах або виготовляють з них різні предмети. Такими частинами є, як правило, кисті рук, голова, статеві органи, серце тощо.

Так, у гаю було виявлено розчленований труп неповнолітньої М. Стопи, ноги в ділянці стегон і руки в

ділянці плечей були відділені, горло перерізано, очі виколоті. На стегнах і гомілках виявлено поздовжні та поперечні розрізи. Поздовжні розрізи були на спині й животі. Одяг і речі М. лежали поблизу. Відділені від тіла руки були відсутні.

У ході оперативно-розшукових заходів вдалося встановити вбивцю С., який показав, що намагався зґвалтувати М., однак з фізіологічних причин це зробити не зміг, боячись відповідальності, убив М., а тіло розчленував. Руки забрав із собою і вдома іноді клав їх на себе, уявляючи, що дівчинка пестить його. Коли почалося гниття, руки трупа викинув, однак під час обшуку в його помешканні в стіні за дошкою було виявлено одну руку в шкарпетці злочинця. Експертиза встановила, що це частина руки трупа М. У суді разом із зізнанням С. це був один з найважливіших доказів його вини[5].

Відомий серійний сексуальний вбивця Головкін С. (оперативно-розшукова справа "Удав") зберігав статеві органи та голову вбитого ним хлопчика[6], Чикотило А. (оперативно-розшукова справа "Лісосмуга") зберігав статеві органи жертв[7].

Рідко зустрічаються випадки, коли сексуальне вбивство вчиняється відкрито відомою особою в присутності свідків і при цьому злочинець не намагається приховати факт убивства і свою вину (відкрите убивство).

Майже всі сексуальні вбивства вчинюються при відсутності свідків, злочинець, як правило, застосовує активні заходи з приховання своєї вини (таємне вбивство). Аналіз кримінальних справ свідчить, що таємні сексуальні вбивства в більшості вчинюються: з інсценуванням сексуального вбивства під будь-який інший мотив; із спотворенням обличчя або знищенням голови; із розчленуванням трупа; з прихованням або знищенням трупа.

Іноді продуманість сексуальним убивцею злочину, ретельність приховання злочинцем своїх дій призводить до того, що заяви про безвісно зниклих жертв до органів внутрішніх справ надходять на 3–10 добу, а іноді трупи жертв знаходять через один-три місяці з моменту зникнення з різко вираженими гнилісними змінами, що заважає отримувати додаткову доказову інформацію при огляді місць вчинення злочину і огляді трупа. В окремих випадках важко встановити справжній мотив убивства.

У вказаних випадках справжній мотив убивства та обставини злочину допомагають установити "ідеальні" сліди: показання свідків, показання підозрюваних (обвинувачених), показання потерпілих (при замахах на сексуальні вбивства).

Показання свідків у справах про сексуальні вбивства допомагають установити: факт знаходження вбивці поблизу місця події; факт відсутності його в місці, указаному в неправдивому алібі; факт належності злочинцю певного знаряддя або засобу вбивства; факт належності злочинцю певних слідів, залишених на місці події; факт задоволення злочинцем раніше своїх сексуальних потреб тим же способом, що і під час убивства; факт контакту злочинця з жертвою напередодні вчинення вбивства тощо.

Так, на одному із залізничних перегонів під підкосом був виявлений труп жінки. З лівого боку грудної клітки трупа було вогнепальне поранення, на обличчі подряпини і сліди побоїв. Куртка на трупі була застебнута, слідів побоїв та крові виявлено не було. Інші сліди вказували, що місце виявлення трупа не є місцем події. При огляді трупа в ділянці лобка були виявлено підпалене волосся, у піхві знаходилася пробка від винно-горілчаної пляшки і коробка сірників, а в задньому проході – металева гайка і шматок скрученого дроту довжиною 15 см. У ході слідства було встановлено, що загиблою є У., працівниця виробничого об'єднання "Моноліт", яке знаходилося неподалік від місця події. Результати огляду, розтину трупа й інші дані дали змогу припустити, що У. зґвалтували й убили в приміщенні, а труп кинули поблизу залізниці. Поквартирний обхід сусідів У. допоміг установити свідка, яка показала, що У. протягом останнього місяця зустрічалася з одним чоловіком. У подальшому цього чоловіка затримали, ним виявився В., який зловживав спиртними напоями, часто міняв місце роботи, прогулював. Під час допиту В. зізнався, що вже місяць він був з У. в інтимних стосунках, у день убивства вони разом у цеху ВО "Моноліт" розпивали спиртні напої, вступали в статеві стосунки; однак, коли В. вчинив статевий акт у неприродній формі, У. почала чинити опір. Тоді він побив її, підпалив волосся на лобку, а в статеві органи і задній прохід встромив різні предмети. Боячись відповідальності за вчинене, із саморобного пістолета убив У., а труп виніс до підкосу залізниці, де його і виявили. Так, завдяки показанням свідка вдалося встановити контакт убивці й жертви напередодні злочину і розкрити вбивство[8].

На місці вчинення сексуальних убивств іноді виявляють предмети які, можливо, належали злочинцю. Серед них: ґудзики, шматки одягу, недопалки, сірники, шматки газет тощо. З місць події ці речі мають вилучатися, досліджуватися з метою подальшого висунення версій про причетність їх до події злочину.

Так, у м. Миколаєві був виявлений труп Л., при його огляді встановлено, що на шиї є сліди задушення руками, нижня щелепа зламана, у горло засунуто кляп, зроблений з бюстгальтера, у піхву встромлено гілку, зламану з дерева, що росло поруч. Через півмісяця в захисній лісосмузі неподалік шосе Миколаїв – Одеса був виявлений труп К. з ознаками насильницької смерті: на шиї вбитої були сліди задушення руками, її бюстгальтер був засунутий в рот, а труси в піхву, у задньопрохідний отвір вставлена гілка, зламана з дерева, що росло поблизу. Поряд з трупом валялася господарська сумка з жіночим одягом, флакон одеколону, металевий карбованець і шматок газети "Південна правда", на якому своєрідним почерком була написана цифра "59".

У ході оперативно-розшукових заходів вдалося встановити поштаря, яка на допиті показала, що така газета доставлялася нею тільки в будинок № 59, де проживала С., теща М. У подальшому свідки впізнали М. як мужчину, що бачили поблизу місць вчинення вбивств. М. під тиском доказів зізнався, що вчинив два сексуальні вбивства і розповів про ще один замах на сексуальне вбивство. Таким чином, злочини було розкрито з допомогою газети з номером, що була виявлена на місці події[9].

Ретельне вивчення речових доказів іноді дає можливість визначити справжню кількість жертв сексуального вбивці. Цю інформацію можна отримати із зарубок на тілі жертв, зарубок на предметах у житлі злочинців, зі щоденників, записок, блокнотних записів, за кількістю вилучених предметів (хрестиків, кулонів, сережок, перснів тощо), викрадених у жертв. Сексуальні вбивці іноді колекціонують предмети – сексуальні збудники (босоніжки, панчохи, хустки тощо) жертв, а іноді кожну жертву вбивають окремим знаряддям убивства (ножем, металевою арматурою, викруткою тощо), які потім зберігають у своєму житлі.

Так, Ряховський С.В. на території Москви та Московської області вчинив 19 сексуальних убивств та 5 замахів на вбивство. Після затримання Ряховського С.В. у нього було вилучено зошит, на одній із сторінок якого був напис "Поклади на місце !!! Не впевнений – не обганяй. Всі люди – б...! Людина людині – вовк. СРСР – палата № 6". Нижче була зображена "смерть з косою" і написом "є вільні місця", а нижче зображувалися гроби в кількості убитих ним жінок і мужчин. За кількістю цих

гробів у подальшому і вдалося встановити справжню кількість жертв сексуального вбивці[10].

Аналіз кримінальних справ про сексуальні вбивства свідчить, що іноді злочинці, намагаючись спрямувати слідство хибним шляхом, звертаються до органів внутрішніх справ, прокуратури з анонімними заявами або залишають на місці вчинення вбивств записки, написи на трупах, стінах приміщень тощо. Ці заяви, записки та написи потребують ретельного дослідження з метою встановлення заявника або особи, яка залишила записку, напис для подальшої перевірки їх на причетність до вчиненого злочину, шляхом ідентифікації особи за почерком, створення опису соціально-біографічних рис аноніма.

Так, у Вітебській області Білорусії було вчинено ряд сексуальних убивств жінок приблизно одного віку і одним і тим же способом. Слідчо-оперативний пошук, що проводився, результатів не давав. Одного дня в редакцію газети "Вітебський робочий" надійшов анонімний лист, відправлений з м. Вітебська на ім'я редактора, в якому "автор" звертався від імені так званих "Патріотів Вітебська" із закликом вступати в ряди "Патріотів" з висловлюваннями щодо фізичної розправи на адресу комуністів і працівників міліції. В анонімному листі вказувалося дослівно за текстом "... Ви вже, напевно, чули про проведену нами роботу, зокрема на дорозі Вітебськ – Бешенковичі 30 серпня минулого року та і в інших місцях області та міста. Це наша робота. Вони гинуть тому, що не бажають підписувати угоди тощо...". Через два місяці у Вітебському районі було вчинено вбивство, аналогічне попереднім. У прямій кишці потерпілої й на її одязі було виявлено сім'я, у рот трупа була вставлена записка з частини аркуша учнівського зошита з написом "вх. 448" "За зраду смерть. Смерть комуністам і лягавим. Патріоти Вітебська". Згідно з висновком почеркознавчої експертизи анонімний лист і записка виконані однією і тією ж особою. Кандидатом юридичних наук С.М.Вул (Харківський НДІСЕ) спільно з експертами органів внутрішніх справ та Комітету державної безпеки СРСР після комплексного дослідження анонімного листа був створений соціально-біографічний опис аноніма, який, як потім було встановлено, був багато чим схожий на затриманого злочинця. У ході подальших оперативно-пошукових заходів було відібрано пояснення у Михасевича Г.М., в якому експерти-криміналісти виявили елементи умисного перекручування почерку. Порівняння додаткового вільного почерку дало змогу встановити, що автором записки та анонімного листа є Михасевич Г.М., який в подальшому і зізнався у вчиненні 36 сексуальних убивств і одного замаху на вбивство. Так, за допомогою слідів навичок почерку було встановлено сексуального убивцю.

Вищевказаний сексуальний вбивця Ряховський С.В. на одному з трупів жінки залишив напис губною помадою "Привіт з Чечні", імітуючи вбивство з політичних або націоналістичних мотивів[11].

Слідова картина місця вчинення сексуальних убивств є настільки типова для цієї категорії злочинів, що іноді використовується злочинцями для приховання вбивств з інших мотивів з метою направлення слідчо-оперативного пошуку хибни шляхом.

Так, під час тушіння пожежі в одній із квартир селища були виявлені трупи мешканців цієї квартири Криворучко Г.І. – 15 років і Хохлової Т.І. – 14 років з ознаками насильницької смерті. Труп дівчинки лежав на підлозі, на правій грудній залозі було п'ять колото-різаних ран, на передній поверхні стегон – колото-різані рани у вигляді друкованих букв "ВІ" на правій нозі, "ТЯ" – на лівій. Пошкодження статевих органів дівчинки та одяг на трупі давали змогу зробити припущення, що мало місце сексуальне убивство.

У ході вивчення особи батька вбитих дітей вдалося встановити, що він мав неприязні стосунки з дітьми, зловживав спиртними напоями, висловлював погрози вбивством відносно дітей, які були проти проживання з ними співмешканки батька. Під тиском зібраних доказів батько дітей Криворучко зізнався, що, дочекавшись, коли діти заснуть, наніс декілька ударів по голові сину шматком арматури і ножем. Далі, убивши сина, наніс кілька ударів шматком арматури дочці, а згодом і декілька ударів ножем у ділянку грудей. Переніс труп доньки в коридор, розірвав комбінацію і сорочку, у декількох місцях розрізав груди, а з метою імітації зґвалтування на стегнах вирізав слово "ВІТЯ" і встромив шматок металевої арматури в статеві органи. Після чого розкидав у кімнатах речі, підпалив їх у трьох місцях, перерізав шланг газового балона, відкрив гвинт і пішов з квартири. Так Криворучко хотів звільнитися від виконання батьківських обов'язків, імітуючи сексуальне вбивство і пограбування квартири[12].

В одному з міст Харківської обл. було виявлено труп А.Ачкасова. На шиї була глибока різана рана, черевна порожнина розрізана, кишечник лежав на віддалі одного метра від трупа, зовнішні статеві органи були ампутовані і лежали біля голови трупа. Слідова картина місця вчинення злочину давала можливість припустити, що було вчинено сексуальне вбивство, така ж версія і висувалася на початку попереднього слідства, однак у ході подальшого розслідування було встановлено, що А.Ачкасова вбив на ґрунті суперечки в стані алкогольного сп'яніння І.Пилипенко і з метою приховання справжнього мотиву вбивства імітував сексуальне вбивство[13].

У даній статті ми зупинилися на аналізі найхарактерніших для сексуальних убивств слідів та обставин. Вивчення кримінальних справ про сексуальні вбивства свідчить, що при розкритті даної категорії злочинів виявляються і аналізуються й інші сліди: рук, взуття, транспортних засобів, запаху, сліди ґрунтового і рослинного походження тощо, вони також важливі при розкритті цих злочинів, однак є типовими і для інших видів убивств.

[1] *Кабанов М.А.* Вещественные доказательства помогли правильно построить версию // Следственная практика. – М., 1963. – Вып. № 61. – С.105-108. [2] *Дынкина И.З.* Методические указания к судебно-медицинской экспертизе трупов женщин в случаях лишения их жизни на сексуальной почве. – Л., 1970. – С.11. [3] Дынкина И.З. Там само; *Самойличенко А.Н.* Особенности судебно-медицинской экспертизы трупов женщин, лишенных жизни по сексуальным мотивам // Профилактика умышленных убийств, совершенных на бытовой почве. – Караганда, 1984. – С.86-87. [4] *Пиворас В.Э., Малинин Ю.А.* Тщательный осмотр места происшествия способствовал раскрытию тяжкого преступления // Следственная практика. – 1983. – Вып. 140. – С.96-101. [5] *Вилутис Ю.З., Бичкаускас Э.В.* Взаимодействие работы следственно-оперативной группы при выявлении и допросе свидетелей обеспечило раскрытие тяжкого преступления // Следственная практика. – 1989. – Вып. № 154. – С.97-102. [6] Обвинительное заключение по уголовному делу № 18/58373-86 по обвинению Головкина С.А. // Маньяки в Москве / Э.Максимовский, В.Рябинин. – М., 1996. [7] *Кривич М., Ольгин О.* Товарищ убийца (Ростовское дело: Андрей Чикотило и его жертвы). – М., 1992. [8] *Таранда В.С.* Краткие сообщения // Следственная практика. – 1983. – № 139. – С.92-94. [9] *Барсков В.Г.* "Почерк" невменяемого убийцы // Следственная практика. – 1973. – Вып. № 98. – С.107-113. [10] Обвинительное заключение по уголовному делу № 18/ 101157-93 по обвинению Ряховского С.В. // Зазнач. праця. – С.175-305; *Модестов Н.С.* Маньяки... Слепая смерть: Хроника серийных убийств. – М., 1997. – С.200-214. [11] Обвинительное заключение по уголовному делу № 18/ 101157-93.... – С.175-305. [12] *Ломаев В.И.* Применение научно-технических средств и использование возможностей судебных экспертиз способствуют раскрытию тяжких преступлений, совершенных в условиях неочевидности // Следственная практика. – 1984. – Вып. № 143. – С.59-62. [13] *Макашев Е.В.* Убийцу искали многие // Следственная практика. – 1961. – Вып. № 48. – С.43-52.

Надійшла до редколегії 23.07.03

П.А.Рудик, д-р. іст. наук

АНАЛІЗ ПРЕЗИДЕНТСЬКИХ ТА ПАРЛАМЕНТСЬКИХ АЛЬТЕРНАТИВНИХ ЗАКОНОПРОЕКТІВ ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

З позицій сучасних конституційних принципів аналізуються положення президентських і парламентських альтернативних законопроектів про внесення змін до Конституції України, розкриваються їхні адекватні та відмінні аспекти.

According to the modern constitutional principles, the articles of Presidential and Parliamental Alternative Draft Documents are being analyzed on Amendments to the Constitution of Ukraine; their adequate and variable aspects are being defined.

Внесення змін до Конституції України є невід'ємною складовою частиною проведення реформи політичної системи нашої країни. Цьому вже протягом останніх п'яти років підпорядковують свої зусилля різні політичні сили. Тому в даній статті зробимо спробу проаналізувати положення президентських і парламентських альтернативних законопроектів про внесення змін до Основного Закону України, зосередивши головну увагу на президентському законопроекті про внесення змін до Конституції України від 19 червня 2003 р. і парламентському опозиційному законопроекті від 1 липня 2003 р., поданому до Верховної Ради України 161 народним депутатом (реєстраційний № 3207-1) та встановивши можливий зв'язок з положеннями Закону України "Про внесення змін до Конституції України", прийнятого 8 грудня 2004 р. Верховною Радою України.

Процес внесення змін до Основного Закону України започаткували опозиційні до Президента України народні депутати України, які відповідно до чинної Конституції України (ст. 93), використовуючи своє право законодавчої ініціативи[1], 1 липня 1999 р. подали до Верховної Ради України законопроект про внесення змін до Конституції України (ст. 84, 85, 89, 92, 93 94, 106, 147, 150, 151 та п. 6 розд. XV Конституції України).

Законопроектом пропонувалося внесення змін, які регламентували б організацію і порядок роботи органів парламенту, засади законодавчої діяльності та основні вимоги до закону, статус, організацію і порядок діяльності Рахункової палати та Уповноваженого Верхової Ради України з прав людини законами України (п. 21 ст. 92), передбачали б дотримання Президентом України термінів застосування вето щодо прийнятих Верховною Радою України законів (ч. 2 ст. 94; п. 30 ст. 106), адже він інколи ці терміни порушував, розширення функцій Конституційного Суду України шляхом ухвалення ним не лише рішень, але й висновків з питань, передбачених Конституцією України (ст. 150) та ін.[2].

У зв'язку із загостренням суперечностей між Президентом України і Верховною Радою України, необхідністю подолання протистояння і конфронтації між різними політичними силами, органами законодавчої й виконавчої влади та з метою з'ясування позиції громадян України щодо деяких актуальних питань функціонування Верховної Ради України 16 квітня 2000 р. був проведений всеукраїнський референдум за народною ініціативою, яким пропонувалося внесення змін до Конституції України. На референдумі з'ясовувалися позиції громадян України щодо доповнення Конституції України положеннями про дострокове припинення Президентом України повноважень Верховної Ради України в разі, якщо вона протягом одного місяця не зможе сформувати постійно діючу парламентську більшість (передбачалося, що Президент України буде на неї спмратися у своїй діяльності) або затвердити протягом трьох місяців Держбюджет України (ст. 90) (у Верховній Раді України були випадки, коли Держбюджет України тривалий час не затверджувався), про вилучення з Конституції України норми, що народні депутати України не можуть бути без згоди парламенту притягнені до кримінальної відповідальності, затримані чи заарештовані (ст. 80), про зменшення складу Верховної Ради України з 450 до 300 народних депутатів (ст. 76), про необхідність формування двопалатного парламенту в Україні, де одна з палат представляла б інтереси регіонів країни[3]. За ці пропозиції громадяни України проголосували схвально: було подано залежно від пропозиції 81, 68–89, 91 % голосів громадян України від тих, хто взяв участь у референдумі[4].

Виходячи з підсумків референдуму, Президент України подав до Верховної Ради України законопроект "Про внесення змін до Конституції України за результатами всеукраїнського референдуму за народною ініціативою". Водночас частина народних депутатів розробила альтернативний законопроект "Про зміни до Конституції України за результатами всеукраїнського референдуму 16.04.2000 року". Обидва законопроекти за зверненням Верховної Ради України розглядалися Конституційним Судом України на предмет надання ним висновку щодо відповідності законопроектів вимогам статей 157 і 158 Конституції України.

Аналіз законопроектів свідчить, що вони пропонували різні підходи до виконання рішень референдуму. Президентський законопроект передбачав внесення відповідно до результатів референдуму змін до ст. 76, 80, 90, 106 Конституції України, що посилювало би вплив глави держави на Верховну Раду України[5]. Парламентський законопроект орієнтував на зміну форми державного правління в Україні, розширення повноважень Верховної Ради України, підвищення її ролі та вдосконалення роботи. Поряд зі змінами, що збігалися із зазначеними вище змінами президентського законопроекту ст. 76, 80, 90, 106 Конституції України, парламентський законопроект передбачав внесення змін і доповнень також до статей 75, 76, 79, 80, 84, 85, 93, 94, 96, 97, 98, 109, 111, 113, 114, 115, 116, 122, 150 та інших Основного Закону України, пов'язаних із запровадженням в Україні двопалатного парламенту, перерозподілом повноважень між Верховною Радою України і Президентом України та зміною статусу Кабінету Міністрів України[6].

На думку народних депутатів України, внесення таких змін до Конституції України зумовлено не тільки результатами всеукраїнського референдуму 16 квітня 2000 р., але й необхідністю подальшого вдосконалення Конституції України, її адаптації до правових основ європейської демократії. З міркуваннями народних депутатів України я повністю погоджуюсь.

Пропозиції президентського і парламентського законопроектів щодо внесення змін до ст. 90 і 106 Конституції України збігалися. Статтю 90 пропонувалося доповнити ч. 5 такого змісту: "Президент України може також достроково припинити повноваження Верховної Ради України, якщо Верховна Рада України протягом одного місяця не змогла сформувати постійно діючу депутатську більшість або в разі незатвердження нею протягом трьох місяців підготовленого і поданого в установленому порядку Кабінетом Міністрів України Державного бюджету України". У ст. 106 пропонувалося

© П.А.Рудик, 2004

Kyiv National Taras Shevchenko University

п. 8 ч. І чинної конституційної норми "Президент України припиняє повноваження Верховної Ради України, якщо протягом 30 днів однієї чергової сесії пленарні засідання не можуть розпочатися" доповнити словами: "та в інших випадках, передбачених Конституцією України"[7], що в даному випадку малося на увазі вищезазначене доповнення до ст. 90 Основного Закону України. Гадаю, що такі доповнення сприяли б певній консолідації народних депутатів України. Конституційний Суд України визнав, що запропоновані обома законопроектами зміни до ст. 90 та п. 8 ч. І ст. 106 Конституції України відповідали конституційним вимогам. Гадаємо, що такі доповнення сприяли б певній консолідації народних депутатів України.

Щодо інших пропозицій обох законопроектів, то Конституційний Суд України оцінив їх по-різному. Запропоновані Президентом України зміни до ст. 76 – зменшити склад Верховної Ради України з 450 до 300 народних депутатів України, а ч. 3 ст. 80 – "Народні депутати України не можуть бути без згоди Верховної Ради України притягнені до кримінальної відповідальності, затримані чи заарештовані" – виключити Конституційний Суд України визнав їх такими, що відповідали вимогам ст. 157 і 158 Конституції України[8]. Зміни і доповнення, запропоновані народними депутатами України до низки статей, були визнані такими, що не відповідали конституційним вимогам або по них було припинено провадження. Так, Конституційний Суд України визнав зміни до ст. 80 Основного Закону України, викладені в редакції парламентського законопроекту "Народні депутати і сенатори України не можуть бути без згоди Верховного Суду України притягнені до кримінальної відповідальності, затримані чи заарештовані" як такі, що не відповідали вимогам ст. 157 Конституції України, оскільки передбачали обмеження прав і свобод людини і громадянина[9]. Крім цього, Конституційний Суд України припинив провадження в частині, що стосувалися запропонованих парламентським законопроектом змін до ст. 75, 76, 79, ч. І і 2 ст. 80, ст. 84, 85, 88, 93, 94, 96, 97, 106, 107, 109, 113, 114, 115, 116, 122, 126, 128, 131, 150 Конституції України та доповнення її ст. 82.1; 84.1; 101.1; 101.2; 101.3; 101.4; 101.5; 101.6; 101.7; 101.8; 101.9; 101.10; 101.11; 101.12; 101.13; 101.14; 101.15; 101.16. Він мотивував це відсутністю комплексних змін та необхідністю системного підходу до їх внесення[10].

Виходячи з політичної ситуації, що склалася, з потреби внесення комплексних змін до Конституції України, Президент України 29 травня 2000 р. видав указ, яким передбачив створення конституційної комісії з розробки пакета відповідних змін до Основного Закону України. Конституційна комісія мала визначитися з принципами та порядком формування двопалатного парламенту, оптимальним визначенням поняття "постійно діюча парламентська більшість", з переглядом змісту депутатського імунітету, кількістю членів парламенту, розв'язати деякі інші важливі питання.

У зв'язку з частими виходами деяких народних депутатів України, обраних за партійними списками, зі складу однієї фракції та переходом до іншої, частина народних депутатів України 1 грудня 2000 р. подала до парламенту законопроект про внесення змін до Конституції України (реєстраційний № 6254). У ньому передбачалося доповнити ст. 81 положенням, що в разі виходу народного депутата України, обраного за виборчим списком політичної партії, блоку політичних партій, зі складу фракції даної партії, блоку партій, його повноваження припиняються достроково на підставі закону. Конституційний Суд України дане положення визнав таким, що відповідає конституційним вимогам[11].

Положення вищезазначених парламентських законопроектів про внесення змін до Основного Закону України з урахуванням висновків Конституційного Суду України були використані в новому законопроекті "Про внесення змін і доповнень до Конституції України", поданому народними депутатами України до парламенту 23 лютого 2001 р. (№ 7091). Крім положень попередніх законопроектів, тут передбачалася низка нових пропозицій: утворення парламентської (депутатської) більшості й формування нею складу уряду (ст. 82); розширення повноважень Верховної Ради України щодо призначення на посаду і звільнення з посади Прем'єр-міністра України, Генерального прокурора України, затвердження нею персонального складу уряду, деяких керівників центральних органів виконавчої влади (ст. 85); пропорційне обрання керівників органів парламенту відповідно до представництва в ньому політичних сил (нова ст. 89'); зменшення кількості народних депутатів з трьох четвертих до двох третіх від конституційного складу парламенту, які могли б прийняти рішення про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту (ст. 111); у разі дострокового припинення повноважень Президента України покладання виконання його обов'язків не на Прем'єр-міністра України, а на Голову Верховної Ради України (ст. 112); відповідальність уряду вже перед парламентом (ст. 113) та складання своїх повноважень перед новообраною Верховною Радою України (ст. 115); розширення повноважень уряду у вирішенні кадрових питань в органах виконавчої влади (ст. 116, 118) тощо[12].

Даний законопроект був поданий до Конституційного Суду України. Народні депутати України обумовлювали прийняття зазначених змін і доповнень до Основного Закону України необхідністю більш "чіткого розподілу обов'язків гілок влади", посилення взаємозв'язку та взаємної відповідальності між Верховною Радою України і Кабінетом Міністрів України, а також звільнення Президента України від виконання певних обов'язків, які, на їхню думку, були "причиною зайвих напружень у відносинах між гілками влади"[13].

Своє ставлення щодо зазначених пропозицій народних депутатів висловили Президент України і Кабінет Міністрів України в листах до Конституційного Суду України. Президент України зазначив, що більшість положень парламентського законопроекту, на його думку, не відповідала вимогам ст. 157 Конституції України. Кабінет Міністрів України в запропонованих законопроектом змінах і доповненнях бачив в основному надання парламенту і уряду повноважень, які за Конституцією України здійснює Президент України, і що це може призвести до розбалансування передбаченого Конституцією України механізму рівноваги між органами законодавчої, виконавчої та судової влади[14].

Конституційний Суд України дійшов висновку, що положення парламентського законопроекту відповідали вимогам Конституції України, крім одного доповнення, що комітети Верховної Ради України також "здійснюють контроль за виконанням законів і постанов Верховної Ради України органами державної влади та органами місцевого самоврядування, їхніми посадовими особами", зі яким було припинено конституційне провадження[15].

Проте процес політичної реформи в Україні шляхом внесення змін до Конституції України сповільнився. Президент України у зверненні до українського народу 24 серпня 2002 р. запропонував прискорити його. На початку березня 2003 р. він подав до Верховної Ради України проект Закону України "Про внесення змін до Конституції України" з винесенням його на всенародне обговорення в березні – травні 2003 р.[16].

Враховуючи результати соціологічних опитувань, думки і пропозиції, висловлені під час всенародного обговорення, Президент України представив парламенту 19 червня 2003 р. оновлений законопроект "Про внесення змін до Конституції України". Водночас з цим частина народних депутатів України, опозиційних до Президента України, підготувала альтернативний законопроект. Обидва законопроекти в липні 2003 р. були надіслані до Конституційного Суду України на предмет їх відповідності конституційним вимогам. Хоч Президент України відкликав свій законопроект з Конституційного Суду України, проте порівняння та аналіз положень його законопроекту з положеннями парламентського законопроекту, внесеного 161 народним депутатом України (реєстраційний № 3207-1) як альтернативного, має важливе значення, оскільки дає змогу встановити тотожні й відмінні за змістом положення, справжні наміри авторів законопроектів, їхні підходи і позиції щодо проведення конституційної реформи в Україні.

Процес проведення політичної реформи дуже складний, дії політичних сил, що причетні до нього, часто змінюються залежно від політичної ситуації, про що свідчать події у Верховній Раді України 8 квітня 2004 р., коли відбулося голосування за законопроект про внесення змін до Конституції України. Зміни до Основного Закону України не були внесенні, оскільки за законопроект 4105 проголосували 294 народних депутати України, що недостатньо для прийняття закону. Ця подія ще раз підтвердила суперечливість і непередбачуваність процесу проведення реформи політичної системи в Україні. Тому порівняльний аналіз положень обох законопроектів про внесення змін до Конституції України, можливі міркування щодо них актуальні й сьогодні.

Обидва законопроекти ставили перед собою мету змінити існуючу в Україні модель державного правління, здійснивши перехід від президентсько-парламентської до парламентсько-президентської республіки. Тому необхідно шляхом внесення змін до Конституції України знайти такий механізм перерозподілу конституційних повноважень між гілками влади, зокрема, Президентом України, Верховною Радою України і Кабінетом Міністрів України, щоб до мінімуму звести можливість їх конфронтації, домогтися підвищення відповідальності всіх гілок влади за державні справи, політичної стабільності в Україні.

Аналіз пропозицій, викладених в обох законопроектах, проводимо за напрямами, що стосуються прав і свобод людини і громадянина, Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, судової гілки влади, територіального устрою і місцевого самоврядування. Такий підхід дає можливість виявити адекватні й відмінні позиції авторів законопроектів, аспекти, які піднімаються лише одним із законопроектів, наміри і позиції їхніх авторів тощо.

Важливим принципом Конституції України, за яким регулюються суспільні відносини, є принцип послідовного гуманізму. Народні депутати пропонували внести зміни до ст. 29 Конституції України, скоротивши із 72 до 48 годин граничний строк тримання особи під вартою без вмотивованого рішення суду, коли такий захід застосовується в разі нагальної необхідності запобігти злочинові чи його попередити. Ця пропозиція, на нашу думку, прийнятна, оскільки спрямована на посилення конституційних гарантій права людини на свободу та особисту недоторканість і відповідає нормам міжнародного права.

Доцільною була також пропозиція парламентського законопроекту, що стосувалося гарантії прав людини, – це доповнення ст. 59 Конституції України положенням, що порядок та способи надання правової допомоги визначаються законом[17]. Президентський законопроект до розділу про права, свободи і обов'язки людини і громадянина пропозицій не вносив.

Багато змін і доповнень обидва законопроекти пропонували до розділу, присвяченому Верховній Раді України. Президентський законопроект передбачав вибори народних депутатів проводити відповідно до закону на пропорційній основі (вибори народних депутатів у 2002 р. проводилися за змішаною системою), повноваження парламенту продовжити з чотирьох до п'яти років (ст. 76), чергові вибори до Верховної Ради проводити в рік, протягом якого проводяться чергові вибори Президента України і до органів місцевого самоврядування. (ст. 77)[18]. Таких пропозицій народні депутати України не висловлювали.

Зазначимо, що положення президентського законопроекту про проведення виборів народних депутатів України на пропорційній основі й продовження повноважень Верховної Ради України з чотирьох до п'яти років знайшли закріплення в Законі України "Про внесення змін до Конституції України" від 8 грудня 2004 р., де передбачено, що склад парламенту в 2006 р. обиратиметься на засадах пропорційної системи, а строк повноважень Верховної Ради України після виборів 2006 р. становитиме п'ять років[19].

Президентський і парламентський законопроекти вносили майже тотожні за змістом пропозиції щодо окремих повноважень народних депутатів України (ст. 78) і, зокрема, стосовно того, що вони не можуть обіймати інші оплачувані посади, займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю (крім викладацької, наукової та творчої діяльності), а в разі виникнення обставин, що порушують вимоги щодо несумісності депутатського мандата з іншими видами діяльності вони в двадцятиденний строк повинні були б вирішити це питання[20]. Аналогічні положення закріпленні і в Законі України про внесення змін до Конституції України.

Обидва законопроекти пропонували внести з певними відмінностями доповнення про дострокове припинення повноважень народного депутата України в таких випадках (ст. 81): коли порушувалися вимоги щодо несумісності депутатського мандата з іншими видами діяльності; виходу (виключення) його зі складу парламентської фракції партії (виборчого блоку політичних партій), за виборчим списком якої (якого) він був обраний; за відсутність його без поважних причин на пленарних засіданнях парламенту[21]. Пропоновані обома законопроектами норми про дострокове припинення повноважень народних депутатів у разі порушення вимог щодо несумісності депутатського мандата з іншими видами діяльності та невходження народного депутата, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій) до складу їхньої депутатської фракції або виходу народного депутату зі складу такої фракції, закріплено в Законі України про внесення змін до Конституції України. Гадаємо, що ці зміни будуть дещо дисциплінувати народних депутатів України.

Пропозиції президентського і парламентського законопроектів з питань організації та порядку роботи Верховної Ради України, її повноважень були різними. З метою стати незалежними від Президента України в організації роботи Верховної Ради України народні депутати пропонували, щоб організація і порядок її діяльності встановлювалися поряд з Конституцією України не за законом про регламент Верховної Ради України, а її регламентом (ст. 82)[22]. Таким чином народні депутати намагалися в організації своєї роботи бути незалежними від Президента України, адже закон про регламент

Верховної Ради підписується ним, а регламент приймається парламентом. Закон України про внесення змін до Конституції України закріпив цю норму.

Президентський законопроект таких пропозицій не пропонував. Проте він передбачав утворення протягом одного місяця з дня відкриття першого засідання Верховної Ради України на основі узгодження та поєднання політичних позицій політичними партіями (виборчими блоками політичних партій, коаліцією політичних партій) з числа народних депутатів постійно діючої парламентської більшості та організації її діяльності (ст. 83). Ця ідея втілена в Законі України про внесення змін до Конституції України. Він фіксує положення, що у Верховній Раді України за результатами виборів і на основі узгодження політичних позицій формується коаліція депутатських фракцій, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України. Така коаліція формується протягом одного місяця з дня відкриття першого засідання парламенту, що проводиться після чергових або позачергових виборів Верховної Ради України, або протягом місяця з дня припинення діяльності коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України (Голос України. – 2004. – 8 грудня. – С. 2).

Зазначимо, що в президентському законопроекті пропонувалося встановити гарантії додержання прав парламентської меншості (опозиції) Конституцією України та відповідним законом[23]. Вважаємо цю пропозицію прийнятною. Вона і сьогодні залишається актуальною. Цього не передбачав парламентський законопроект.

У зв'язку із запропонованим перерозподілом повноважень між Президентом України і Верховною Радою України обома законопроектами передбачалося значне розширення повноважень парламенту з кадрових питань. Обидва законопроекти пропонували, щоб Верховна Рада України призначала, а не лише давала згоду на призначення за поданням Президента України Прем'єр-міністра України, приймала його відставку. Відмінність у запропонованих положеннях була лише в тому, що за президентським законопроектом парламент мав би призначати лише частину членів уряду і припиняти їхні повноваження, а за парламентським законопроектом Верховна Рада України мала б не тільки приймати відставку Прем'єр-міністра України, але й звільняти його, затверджувати за поданням Прем'єр-міністра України весь персональний склад уряду, затверджувати на посадах чи звільняти з посад за подання Прем'єр-міністра України окремих членів Кабінету Міністрів України.

Підкреслимо, що ці пропозиції народних депутатів враховано в Законі України про внесення змін до Конституції України. Він закріпив положення, що до повноважень Верховної Ради України належить призначення за поданням Президента України Прем'єр-міністра України, Міністра оборони України, Міністра закордонних справ, призначення за поданням Прем'єр-міністра України інших членів Кабінету Міністрів України, Голови Антимонопольного комітету України, Голови Державного комітету телебачення та радіомовлення України, Голови Фонду державного майна України, звільнення зазначених осіб з посад, вирішення питання про відставку Прем'єр-міністра України, членів Кабінету Міністрів України, призначення на посаду та звільнення з посади за поданням Президента України Голови Служби безпеки України (п. 12, 12^1 ст. 85).

Водночас парламентський законопроект пропонував внести низку змін, які б розширювали повноваження Верховної Ради України у вирішенні й інших кадрових питань, а саме, призначення та звільнення нею Голови Національного банку України та Національної Ради України з питань телебачення і радіомовлення, Генерального прокурора України та ін.[24].

Ці пропозиції парламентського законопроекту в Законі України про внесення змін до Конституції України враховано частково. Так, Верховній Раді України належатиме призначення на посаду та звільнення з посади Голови Національного банку України за поданням Президента України, призначення на посади та звільнення з посад половини складу Ради Національного банку України, половини складу Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення (п. 18, 19, 20 ст. 85). Генеральний прокурор України призначатиметься на посаду та звільнятиметься з посади за згодою Верховної Ради України Президентом України (ч. 1 ст. 122).

Президентський і парламентський законопроекти пропонували доповнення до ст. 89. Воно стосувалося роботи органів парламенту. За президентським законопроектом він мав би обирати не лише голів комітетів Верховної Ради України, але й їхніх перших заступників, заступників і секретарів комітетів. Пропонована норма закріплена в Законі України про внесення змін до Конституції України. Парламентський законопроект пропонував, щоб комітети Верховної Ради України за її дорученням здійснювали контроль за виконанням її законів і постанов[25]. Введення таких норм, на нашу думку, сприяло б підвищенню відповідальності керівників цих органів перед парламентом.

Тотожні й відмінні положення мали законопроекти щодо дострокового припинення повноважень Верховної Ради України (ст. 90). Обидва законопроекти передбачали, що Президент України може достроково припинити повноваження парламенту, якщо протягом 60 днів після складання повноважень (відставки) Кабінету Міністрів України Верховна Рада України не затвердила його новий склад. Президентський законопроект пропонував, що було відсутнє в парламентському законопроекті, внести і таке доповнення: Президент України може достроково припинити повноваження парламенту ще й тоді, якщо протягом одного місяця у Верховній Раді України не сформовано постійно діючу більшість від її конституційного складу і якщо до 1 грудня нею не затверджено Держбюджет України на наступний рік[26].

Запропоновані положення як ті, що збігалися в обох законопроектах, так і окремо президентського законопроекту нині закріплені в Законі України про внесення змін до Конституції України. У законі записано, що Президент України має право достроково припинити повноваження Верховної Ради України, якщо протягом одного місяця у Верховній Раді України не сформовано коаліцію депутатських фракцій, протягом 60 днів після відставки Кабінету Міністрів України не сформовано персональний склад Кабінету Міністрів України, протягом 30 днів однієї чергової сесії пленарні засідання не можуть розпочатися (ч. 2, ст. 90). Гадаємо, що застосування цих норм спонукатиме народних депутатів працювати злагодніше, активніше і цілеспрямованіше.

Народні депутати пропонували чіткіше виписати порядок підписання законів Верховної Ради України Президентом України (ст. 94) в разі, якщо протягом встановленого строку він не повернув закон для повторного розгляду, або у випадку, коли Верховна Рада України подолала його вето під час повторного розгляду законів. У цих випадках законопроект передбачав, що закон вважається схвалений Президентом України і має бути офіційно оприлюднений Головою Верховної Ради України за його підписом[27].

Visnyk of Taras Shevchenko National University

Заслуговує на увагу пропозиція народних депутатів посилити контрольні функції парламенту. З цією метою їхній законопроект передбачав надати Рахунковій палаті, що діє від імені Верховної Ради України, функції контролю не тільки за використанням коштів Державного бюджету України, але й за формуванням його прибуткової частини (ст. 98). Ця пропозиція вже реалізована в Законі України про внесення змін до Конституції України.

Значна частина змін і доповнень стосувалася конституційно-правового статусу Президента України. Президентський законопроект фіксував нове положення (ст. 103), що чергові вибори Президента України проводяться в рік, протягом якого відбуваються чергові вибори до Верховної Ради України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування[28].

Президентський і парламентський законопроекти пропонували внесення змін, що розширювали повноваження Президента України щодо припинення повноважень Верховної Ради України. Про пропозиції президентського законопроекту з цього приводу йшлося вище (ст. 90). Щодо парламентського законопроекту, то за його пропозицією рішення про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України Президент України мав би приймати після консультацій з Головою Верховної Ради України, його заступниками, керівниками депутатських фракцій і груп[29]. Підхід до вирішення цього питання, запропонований народними депутатами, на нашу думку, демократичніший, ніж підхід Президента України. Він знайшов їхнє схвалення. Таку норму включено до Закону України про внесення змін до Конституції України.

Відповідно до пропозицій обох законопроектів передбачалося і певне обмеження повноважень Президента України у вирішенні кадрових питань. Це стосувалося передусім формування уряду, призначення Прем'єр-міністра України, віце-прем'єр-міністрів, деяких міністрів і голів державних комітетів та служб на користь Верховної Ради України тощо.

Водночас зазначимо, що в цьому питанні між пропозиціями президентського і парламентського законопроектів були значні відмінності. За президентським законопроектом Президент України мав би вносити парламенту подання про призначення Прем'єр-міністра України за пропозицією політичних партій, їхніх коаліцій, які сформували постійно діючу парламентську більшість. Цього не передбачалося парламентським законопроектом. Президентський законопроект пропонував призначати Президентом України за поданням Прем'єр-міністра України міністрів внутрішніх справ, закордонних справ та оборони України, що відсутнє в парламентському законопроекті, а також голів Державної податкової адміністрації, Державної митної служби, Служби безпеки, Державного комітету у справах охорони державного кордону України, а парламентський законопроект – голів Антимонопольного комітету, Державного комітету телебачення і радіомовлення України, що не передбачено президентським законопроектом, та Державного комітету у справах охорони державного кордону і Служби безпеки, що збігалося з президентським законопроектом.

У парламентському законопроекті вносилися й інші зміни до повноважень Президента України: пропонувалося встановити порядок нагородження Президентом України державними нагородами відповідно до закону, обмежити його повноваження на вето щодо законів про внесення змін до Конституції України. Парламентський законопроект пропонував у разі дострокового припинення повноважень Президента України виконання його обов'язків з певними обмеженнями на період до обрання і вступу на пост нового Президента України покладати не на Прем'єр-міністра України, а на Голову Верховної Ради України. Ця ідея вже стала нормою Закону України про внесення змін до Конституції України (ст. 112).

Президентський і парламентський законопроекти пропонували значні зміни, що стосувалися статусу органів виконавчої влади, зокрема, Кабінету Міністрів України, його формування та повноважень. Проте їхні пропозиції не збігалися. За президентським законопроектом Кабінет Міністрів України мав би бути відповідальний не тільки перед Президентом України, але й перед Верховною Радою України, підконтрольний і підзвітний їй в межах, передбачених Конституцією України, а за парламентським законопроектом він мав би бути відповідальний та підконтрольний тільки перед Верховною Радою України і підзвітний їй в межах, передбачених Конституцією України (ст. 113)[30].

У Законі України про внесення змін до Конституції України конституційною нормою стала пропозиція президентського законопроекту. У законі записано, що Кабінет Міністрів України відповідальний перед Президентом України і Верховною Радою України, підконтрольний і підзвітний Верховній Раді України в межах, передбачених цією Конституцією (ч. 2 ст. 113).

В обох законопроектах правомірно передбачалося, що Прем'єр-міністра України мала призначати Верховна Рада України, а не Президент України, оскільки його кандидатуру мали рекомендувати народні депутати України (ст. 114). Проте механізм добору Прем'єр-міністра України в законопроектах мав свої відмінності. За президентським законопроектом його кандидатуру мав би вносити Президент України за пропозицією політичних партій (виборчих блоків, коаліцій партій), які сформували б у парламенті постійно діючу більшість[31]. За парламентським законопроектом Прем'єр-міністром України за поданням Президента України призначався б спочатку представник партії (виборчого блоку партій), яка (який) мала (мав) у Верховній Раді України найбільшу кількість народних депутатів. У разу відмови їх від посади Прем'єр-міністра України або відхилення їхнього представника парламентом право на висунення кандидатури на посаду Прем'єр-міністра України належало б другій за кількістю народних депутатів України політичній партії (виборчому блоку партій). І у випадку відхилення парламентом двох попередньо запропонованих кандидатур Президент України мав би запропонувати на посаду Прем'єр-міністра України представника парламентської коаліції, якщо така була створена на основі більшості народних депутатів[32]. Отже, механізм добору на посаду Прем'єр-міністра України, запропонований парламентським законопроектом, на нашу думку, демократичніший. Проте парламентський законопроект не вказував виходу із становища, якщо не буде створена парламентська більшість, на що чітко орієнтував президентський законопроект – формування постійно діючої парламентської більшості.

Народні депутати при прийнятті Закону України про внесення змін до Конституції України дійшли компромісу. Законом фіксуються положення, що Прем'єр-міністр України призначається Верховною Радою України за поданням Президента України, що кандидатуру для призначення на посаду Прем'єр-міністра України вносить Президент України за пропозицією коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України або депутатської фракції, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України (ч. 2 і 3 ст. 114).

Гадаємо, що цілком логічним було запропоновано положення обох законопроектів про те, що Прем'єр-міністр України складає повноваження перед новооб-

раною Верховною Радою України (абз. 1 ст. 115), а не перед новообраним Президентом України, адже вона мала його призначити.

Положення законопроектів щодо відставки Прем'єр-міністра України і членів Кабінету Міністрів України частково збігалися і мали відмінності. Збігалися положення президентського і парламентського законопроектів у тому, що Прем'єр-міністр України мав би право заявити Верховній Раді України про свою відставку, що його відставка мала б бути наслідком відставки всього складу уряду. Відрізнялися положення законопроектів щодо відставки членів Кабінету Міністрів України. За президентським законопроектом члени уряду, які призначалися б Верховною Радою України, мали б право заявити їй свою відставку, а члени уряду, яких призначав би відповідно до Конституції України Президент України, мали б право заявити йому про свою відставку. За парламентським законопроектом член уряду мав би право заявити про свою відставку Прем'єр-міністрові України[33].

У результаті компромісу народних депутатів зазначені вище положення президентського і парламентського законопроектів знайшли своє закріплення в Законі України про внесення змін до Конституції України в новій уточненій редакції. У ст. 115 зазначається, що Кабінет Міністрів України складає повноваження перед новообраною Верховною Радою України, що Прем'єр-міністр України, інші члени Кабінету Міністрів України мають право заявити Верховній Раді України про свою відставку, що відставка Прем'єр-міністра України, прийняття Верховною Радою України резолюції недовіри Кабінету Міністрів України мають наслідком відставки всього складу Кабінету Міністрів України.

У законопроектах передбачалося значно розширити повноваження Кабінету Міністрів України. За обома законопроектами він мав би призначати за поданням Прем'єр-міністра України керівників центральних органів виконавчої влади, які не входять до складу уряду, і припиняти їхні повноваження, а за парламентським законопроектом – ще утворювати, реорганізовувати та ліквідовувати органи виконавчої влади, крім міністерств (ст. 116), призначати та звільняти з посад голів місцевих державних адміністрацій (ст. 118). Зазначені вище пропозиції президентського і парламентського законопроектів (ст. 116), крім положення парламентського законопроекту "Призначати та звільняти з посад голів місцевих державних адміністрацій" (ст. 118), у новій уточненій редакції втілилися в Законі України про внесення змін до Конституції України. Стаття 116 доповнилася пунктами 9^1 і 9^2, в яких зазначається, що Кабінет Міністрів України утворює, реорганізовує та ліквідовує відповідно до закону міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, діючи в межах коштів, передбачених на утримання органів виконавчої влади; призначає на посади та звільняє з посад за поданням Прем'єр-міністра України керівників центральних органів виконавчої влади, які не входять до складу Кабінету Міністрів України.

Таким чином, президентський та парламентський законопроекти пропонували суттєво змінити статус Кабінету Міністрів України, підпорядкувавши його Верховній Раді України і значно розширивши його повноваження. У Законі України про внесення змін до Конституції України ці наміри реалізовано. Ми повністю поділяємо такий підхід до внесених змін з даного питання, адже вони спрямовані на підвищення ролі Кабінету Міністрів України, його відповідальності за соціально-економічний розвиток України, зростання добробуту українського народу.

Президентський та парламентський законопроекти вносили доповнення, спрямовані на розширення функцій прокуратури. Так, на прокуратуру мав би покладатися ще нагляд за додержанням прав і свобод людини і громадянина, додержанням законів з цих питань органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їхніми посадовими і службовими особами (ст. 121)[34]. Парламентський законопроект, крім цього, передбачав посилення впливу на прокуратуру Верховної Ради України шляхом призначення нею за поданням Президента України Генерального прокурора України (ст. 122).

Ці пропозиції в Законі України про внесення змін до Конституції України враховані частково. Зокрема, до ст. 121 внесено доповнення, що на прокуратуру покладається "5) нагляд за додержанням прав і свобод людини і громадянина, додержання законів з цих питань органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їхніми посадовими особами". Щодо пропозицій стосовно призначення Генерального прокурора України, то народні депутати погодилися на компроміс, за яким Генерального прокурора України призначає на посаду і звільняє з посади Президент України за згодою Верховної Ради України. Ця норма значно демократичніша, ніж та, що записана в чинній Конституції України, за якою Генеральний прокурор країни призначається на посаду Президентом України за згодою Верховної Ради України, а звільняється Президентом України вже без згоди Верховної Ради України.

З метою підвищення відповідальності суддів судів загальної юрисдикції законопроекти пропонували ліквідувати їхнє право обіймати посади безстроково (ст. 126). Водночас, на нашу думку, вони чітко визначали механізм формування складу суддів. Перше призначення на посаду професійного судді на п'ять років мав би здійснювати Президент України (повторювалося положення чинної Конституції України), а на наступний термін суддів мала б обирати Верховна Рада України не безстроково, а на 10 років (за обома законопроектами) з правом повторного обрання (за парламентським законопроектом) у порядку, встановленому законом[35]. Проте ця пропозиція не знайшла підтримки у Верховній Раді України.

Президентський законопроект пропонував також внесення низки змін, що стосувалися продовження вікового цензу суддів Верховного Суду України та Конституційного Суду України, порядку формування Конституційного Суду України, строків призначення його суддів, терміну обрання Голови Конституційного Суду України, чого не було в парламентському законопроекті.

Однак народні депутати пропонували з повноважень Конституційного Суду України вилучити офіційне тлумачення законів України (п. 2 ч. І ст. 150) і віднести його до повноважень Верховної Ради України (п. 3 ч. І ст. 85). Ця пропозиція за висновком Конституційного суду України не відповідала вимогам ст. 157 Конституції України, а тому не могла бути визнана прийнятною для внесення змін до Конституції України[36].

Порівняння пропозицій президентського і парламентського законопроектів про внесення змін, що стосувалися аспектів територіального устрою України і місцевого самоврядування, свідчить, що парламентський законопроект їм приділив більше уваги. Він уточнював визначення "місцевого самоврядування", сформулював поняття "громада", передбачав установити законом розмежування повноважень між державою і місцевим самоврядуванням, підстави і порядок взаємного делегування повноважень тощо.

Пропозиції парламентського законопроекту, що стосувалися місцевого самоврядування в Законі України про внесення змін до Конституції України, не враховані. Проте готується окремий проект Закону України про внесення змін до Конституції України щодо вдоскона-

лення системи місцевого самоврядування, який передбачено прийняти Верховною Радою України до 1 вересня 2005 р.[37].

Президентський законопроект пропонував збільшити термін повноважень депутатів місцевих рад, сільського, селищного і міського голови з чотирьох до п'яти років та проводити чергові вибори їх у рік, протягом якого проводяться чергові вибори Президента України, чергові вибори до Верховної Ради України та до Верховної Ради Автономної Республіки Крим. У Законі України про внесення змін до Конституції України врахована лише пропозиція щодо збільшення терміну повноважень депутатів сільських, селишних, міських, районних та обласних рад до п'яти років.

Отже, враховуючи новий етап соціально-економічного і політичного розвитку нашої країни, спираючись на світовий і вітчизняний досвід, Президент України і народні депутати України провели конструктивну творчу роботу з підготовки реформи політичної системи України шляхом внесення пропозицій щодо конституційних змін. Переважна більшість цих пропозицій вже врахована в Законі України про внесення змін до Конституції України. Прийняття їх парламентом має створити, на нашу думку, сприятливі умови для вдосконалення механізму взаємодії законодавчої й виконавчої гілок влади, підвищення їхньої відповідальності перед народом та поліпшенню роботи їх для загальнодержавної справи. Потребує серйозної і копіткої роботи вдосконалення системи місцевого самоврядування, розмежування функцій місцевого самоврядування і місцевих державних адміністрацій, розширення повноважень органів місцевого самоврядування, які найближче знаходяться до народу і найкраще знають його потреби.

[1] Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. – К., 1997. – С.41. [2] Висновок Конституційного Суду України від 14 березня 2001 р. – № 1-в/2001 у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності проекту Закону України "Про внесення змін до Конституції України (статей 84, 85, 89, 92, 93, 94, 106, 147, 150, 151 та пункту 6 розділу XV Конституції України)" вимогам статей 157 і 158 Конституції України (справа про внесення змін до статей 84, 85 та інших Конституції України) // Вісн. Конституційного Суду України. – 2001. – № 2. – С.4-13. [3] Центральна виборча комісія // Урядовий кур'єр. – 2000. – 5 квіт. – С.4. [4] Про підсумки всеукраїнського референдуму 16 квітня 2000 року // Голос України. – 2000. – 25 квіт. – С.2. [5] Висновок Конституційного Суду України від 27 червня 2000 року № 1-в/2000 у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності проекту Закону України "Про внесення змін до Конституції України за результатами всеукраїнського референдуму за народною ініціативою" вимогам статей 157 і 158 Конституції України (справа про внесення змін до статей 76, 80, 90, 106 Конституції України) // Вісн. Конституційного Суду України. – 2000. – № 3. – С.10-14. [6] Висновок Конституційного Суду України від 11 липня 2000 року № 2-в/2000 у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності проекту Закону України "Про зміни до Конституції України за результатами всеукраїнського референдуму 16.04.2000 року", поданого народними депутатами України, вимогам статей 157 і 158 Конституції України (справа про внесення змін до Конституції України за ініціативою народних депутатів України) // Вісн. Конституційного Суду України. – 2000. – № 3. – С.17-23. [7] Вісник Конституційного Суду України. – 2000 – № 3. – С.11, 14, 18, 23. [8]Там само. – С.14. [9] Там само. – С.22. [10] Там само. – С.17-23. [11] Висновок Конституційного Суду України від 4 липня 2001 року № 2-в/2002 у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності проекту Закону України "Про внесення змін до Конституції України" вимогам статей 157 і 158 Конституції України (справа про внесення змін до статті 81 Конституції України) // Вісн. Конституційного Суду України. – 2001. – № 4. – С.31-34. [12] Висновок Конституційного Суду України від 16 жовтня 2002 року № 1-в/2002 у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності проекту Закону України "Про внесення змін і доповнень до Конституції України" вимогам статей 157 і 158 Конституції України (справа щодо внесення змін до статей 81, 82, 85, 87, 89, 90, 94, 97, 98, 106, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 122 Конституції України та доповнення її статтею 89') // Вісн. Конституційного Суду України. – 2002. – № 5. – С.18-26. [13] Там само. – С.22. [14] Там само. [15] Там само. – С.26-30. [16] Про внесення змін до Конституції України: Проект закону України: На всенародне обговорення. – К., 2003. [17] Про внесення змін до Конституції України: Проект Закону України внесено народними депутатами України // Голос України. – 2003. – 12 серп. – С.10. [18] Про внесення змін до Конституції України: Проект Закону України внесено Президентом України // Урядовий кур'єр. – 2003. – 21 черв. – С.3. [19] Голос України. – 2004. – 8 груд. – С.2. [20] Урядовий кур'єр. – 2003. – 21 черв. – С.3; Голос України. – 2003. – 12 серп. – С.10. [21] Там само. [22] Голос України. – 2003. – 12 серп. – С.10. [23] Урядовий кур'єр. – 2003. – 21 черв. – С.3. [24] Голос України. – 2003. – 12 серп. – С.10. [25] Урядовий кур'єр. – 2003. – 21 черв. – С.4; Голос України. – 2003. – 12 серп. – С.10. [26] Там само. [27] Голос України. – 2003. – 12 серп. – С.10. [28] Урядовий кур'єр. – 2003. – 21 черв. – С.4. [29] Голос України. – 2003. – 12 серп. – С.10. [30] Урядовий кур'єр. – 2003. – 21 черв. – С.4; Голос України. – 2003. – 12 серп. – С.10. [31] Урядовий кур'єр. – 2003. – 21 черв. – С.4. [32] Голос України. – 2003. – 12 серп. – С.10. [33] Урядовий кур'єр. – 2003. – 21 черв. – С.4; Голос України. – 2003. – 12 серп. – С.11. [34] Там само. [35] Там само. [36] Висновок Конституційного Суду України від 30 жовтня 2003 року № 1-в/2003 у справі про надання висновку щодо відповідності проекту Закону України "Про внесення змін до Конституції України", направленого Головою Верховної Ради України, вимогам статей 157 і 158 Конституції України (справа про внесення змін до статей 29, 59, 78 та інших Конституцій України) // Вісн. Конституційного Суду України. – 2003. – № 5. – С.43. [37]Закон України "Про внесення змін до Конституції України" від 8 груд. 2004 р. // Голос України. – 2004. – 8 груд. – С.1, 2.

Надійшла до редколегії 13.12.04

Н.Є.Толкачова, канд. філос. наук, доц.
В.В.Коструба, асп.

РОЛЬ КАЛЬМАРСЬКОЇ УНІЇ (1397–1523) У ФОРМУВАННІ ЦЕНТРАЛІЗОВАНОЇ НАЦІОНАЛЬНОЇ ДЕРЖАВИ У ШВЕЦІЇ

Розглядаються передумови, причини прийняття та зміст договору "Кальмарської унії" трьох держав – Данії, Швеції, Норвегії. Цей юридичний документ був основою політичного, організаційного та правового розвитку цих держав протягом трьох століть.

Initial conditions and reasons of adoption and contents of Denmark, Sweden and Norway "Calmar Union" are considered. This legal document was a basis for political, organizational and legal development of these states during three centuries.

Договір про унію Данії, Швеції і Норвегії, укладений чи, за іншою версією, прооблений та підготовлений до укладення в 1397 р. у великому, економічно й стратегічно важливому шведському місті-порті Кальмарі – юридичний документ, що має принципове значення для розуміння державницької історії не тільки Швеції, а й усіх Скандинавських держав. У шведській, норвезькій та датській історіографії це джерело вже багато років є об'єктом широких дискусій. Ще в XVI ст. першим автором, що досліджував унію, став шведський реформатор, богослов і хроніст Олаус Петрі. Однак він, не маючи можливості ознайомитися з дійсним текстом договору, прийняв за такий пізніший проект нової шведсько-датсько-норвезької угоди 1436 р. Цією помилкою були обумовлені певні неточності, допущені Олаусом Петрі при інтерпретації змісту та викладенні умов унії. Новий етап в історії Кальмарської унії настав на межі XVI–XVII вв., коли видатний датський історик того часу Арильд Вітфельд віднайшов єдиний екземпляр союзного договору і опублікував його у своїй "Хроніці". У російській історіографії велику увагу привертають роботи відомого медієвіста А.А.Сванідзе[1], яка досліджувала передумови укладання та зміст Скандинавської унії. Ще аналізував стан вітчизняних досліджень у сфері скандинавістики

[1] Сванидзе А.А. Северная Европа в XII–XIV вв. // История Европы. – М., 1992. – Т.2.

© Н.Є.Толкачова, В.В.Коструба, 2004

відомий вчений, історик О.С.Кан. Нерозробленість даної проблематики у вітчизняній науці й викликала зацікавленість авторів в аналізі історії укладення, причин та змісту цього договору, а також у з'ясуванні його історичної ролі в становленні державності у Швеції.

Для об'єднання скандинавських королівств існувала низка передумов: спільні історичні події, культурна та мовна близькість північних народів, їхня економічна взаємодія, династичні та особистісні зв'язки скандинавських королівських сімей і аристократів та ін. Наприкінці XIV ст. вже існував досвід тимчасових скандинавських уній, що мали персонально-династичний характер: шведсько-норвезька (1319–1365), датсько-норвезька (укладена в 1380 р. та тривала аж до 1814 р.). Утворення ж троїстої унії, таким чином, відобразило тенденцію до об'єднання північних держав, яка об'єктивно намітилась у цей час.

Зміни династичного характеру в Скандинавських країнах наприкінці XIV ст. призвели до затяжної боротьби між прихильниками шведського короля Альбрехта Мекленбурзького (1364–1389) та його опозиціонерами, що взяли курс на об'єднання з Данією і Норвегією, політичний і правовий союз яких склався давно.

Шведське дворянство і духівництво на той час складали єдиний загальний неподатний стан – "фрельсе", нижчою категорією якого були служилі дворяни – "свени" та "вепнари" (буквально: пажі, зброєносці). Свен, який пройшов церемонію посвячення, ставав лицарем. У феодальній Швеції лицарі становили суспільну верхівку. Переважно з них формувалася державна рада – риксрод (його члени з кола світських людей так й іменувалися: "лицар і член риксроду" – щось на зразок титулу). Вони ж обіймали вищі державні й церковні посади, були лагманами областей і ленниками корони. Феодали у своїй більшості роздавали всю свою землю в держання під оброк, головним чином натуральний. Наприкінці XIV ст. земля здешевіла, для дворянства надзвичайно підвищилося значення ленних пожалувань корони, за якими ленник отримував податкові платежі бондів, владу на значній території та вплив у риксроді.

До того ж, згідно давніх звичаїв, дотримання яких вшановувалось у скандинавських країнах, кожен знову обраний король Швеції одразу ж після свого обрання на лугу Мора, біля Упсали, зобов'язаний був здійснити подорож по регіонах країни і отримати визнання тингу кожної області. При цьому він повинен був поклястися свято дотримуватися законів і звичаїв цієї області. Області ревно стежили за дотриманням усіх законів; не допускалось ані найменшого, навіть формального відхилення від установленої правової норми. Це було зафіксовано в деяких обласних законах, а потім і в загальношведському зводі законів – Ландслагі, укладеному 1347 р. Тому законодавча діяльність та державницька політика, що проводилася королем Альбрехтом Мекленбурзьким, призвела до суттєвих протиріч між шведською аристократією і владою. Розпалилася боротьба між королівською владою, яка прагнула до абсолютизму при сильній підтримці німців (співвітчизників Альбрехта Мекленбурзького) і тією частиною шведського суспільства, яка оберігала державний закон, що вимагав надавати впливові адміністративні посади і ленні пожалування. За цих обставин шведський риксрод звернуся в 1388 р. за допомогою до Маргрети, королеви Данії та Норвегії, вдови норвезького короля Хокана, сина Магнуса Еріксона. Війська королеви Маргрети в 1389 р. отримали перемогу над військами Альбрехта при Осло у Вестерйотланді. Сама Маргрета була проголошена "повноправною господинею і законною главою" Швеції, їй дістались всі залишені мекленбуржцями замки і лени. Фактично три скандинавські держави – Швеція, Данія і Норвегія – отримали в особі Маргрети єдиного правителя і з'єдналися в особистій унії. Оскільки прямого спадкоємця престолу після Маргрети не було (її єдиний син Олаф помер), вона визначила своїм наступником племінника Еріка Померанського, якого було обрано спадкоємцем норвезького престолу в 1388 р., а в 1396 р. йому присягнули на вірність Данія і Швеція.

У Швеції обрання Еріка було закріплено відповідним документом – так званим Нючьопінзьким рецесом (угодою). Закріплюючи виключне право короля встановлювати та збирати податки, рецес одночасно забороняв фрельсе набувати тяглу землю та наказував редуцирувати (повернути до казни) всі податні володіння, які у вигляді королівських пожалувань уже перейшли до дворян. У документі також визнавалася необхідність підтримувати вічний мир між скандинавськими державами. Таким чином, Нючьопінзький рецес 1396 р. об'єктивно означав установлення у Швеції сильного централізованого управління.

У ході міжкланової боротьби прихильників та опозиціонерів Альбрехта Мекленбурзького фактично склалася скандинавська унія – союз, юридично закріплений в 1396 р., коли королем Данії й Швеції був проголошений герцог Ерік Померанський, що раніше (1388) став королем Норвегії. Улітку 1397 р. Маргрета і Ерік прибули до Кальмара, де за ініціативою правительки було скликано зібрання державних радників та інших аристократів трьох країн.

Результатом цього зібрання стало прийняття двох документів: акта про коронацію Еріка Померанського та угоди про союз трьох скандинавських держав. Перший з цих документів, датований п'ятницею після дня святого Кнута (13 липня), був записаний на пергаменті від імені всіх 67 учасників зустрічі. Зазначеним актом оголошувалося про коронацію Еріка Померанського на шведський, норвезький і датський престол та про визнання його влади над усіма трьома королівствами. За королем, а також за Маргретою, регентшею при новоспеченому неповнолітньому королі, визнавалося право розпоряджатися замками і ленами (у тому числі й пожалуваними), визначати умови держання, а також робити розпорядження з приводу статусу ленів після смерті суверена. Крім того, Маргреті оголошувалася подяка за правління і гарантувалася свобода від відповідальності за політику, яку вона проводила.

Унія між скандинавськими королівствами повинна була, в основному, мати характер особистих відносин, а кожне королівство – володіти значними повноваженнями самоуправління через посередництво своїх рад. Посади в державній раді, "держання" замків і ленів мали зберігатися за вищою знаттю, а церква в кожному королівстві передбачалася як самоуправлінська організація.

У XIV ст. державні ради всіх трьох країн перетворилися на серйозну політичну силу. Шведська рада перебирала на себе ініціативу при вступі нових правителів на престол, а також у розробці документів, що обмежували владу королів і регентів. Тим більш, що у Швеції й Данії монархи були виборними, і ради поступово монополізували функції колегій виборщиків.

Документ, датований 13 липня і записаний на пергаменті, засвідчив факт, дату і місце коронації, умови присяги: новому королю виявлялася повна покора. Приблизно тоді ж був складений й інший акт угоди про "вічну унію" – своєрідна її конституція (загальна для всіх трьох держав), яка повинна була врегулювати важливі державні питання. Унія була датована тим же 1397 р., але днем святої Маргарити, який за різними календарями припадав чи на 13 чи на 20 липня, та обнародувана або одночасно з дипломом про коронацію, або тиждень опісля.

Королева Данії та Норвегії Маргрета (1387–1412), що мала легітимні права і на шведський престол, прагнула перетворити союз між Данією, Норвегією і Швецією в постійний. У 1397 р. вона скликала до Кальмара знать з трьох північних країн, щоб обрати спільного правителя і більш конкретно визначити зміст союзу, що передбачався. Маргрета, як відомо, не мала власних дітей, тому королем обирається її родич Ерік Померанський. На цьому з'їзді знаті в Кальмарі був розроблений документ – союзницький акт, що містив умови союзу, який в історичній літературі отримав назву "Кальмарська конституція".

Він мав лише значення прелімінарного договору між королем і трьома королівствами, законної сили він не отримав, оскільки не всі присутні на з'їзді представники підписалися під ними. Унія встановила супрематію Данії над іншими королівствами. Уся наступна історія Скандинавської Півночі характеризується прагненням Норвегії, а особливо Швеції, звільнитися від залежності Данії.

Об'єднання трьох скандинавських держав під владою одного володаря змінило політичну картину Півночі. У "Кальмарській конституції" зазначалося, що в кожній країні мають зберігатися і діяти свої закони, адміністративні посади будуть обіймати представники знаті тієї ж країни. Зовнішня політика ставала спільною, і монарх повинен був правити з допомогою членів рад трьох країн.

У нарративній частині документа про унію зазначалося, що він створений у зв'язку з обранням Еріка Померанського королем Данії, Швеції і Норвегії. Ерік обирався королем довічно; після нього всі три держави повинні були мати єдиного загального короля і ніколи не роз'єднуватися. Обирати короля наказувалося з числа прямих нащадків по чоловічій лінії. У випадку бездітності попередника короля мали обирати "по совісті і в тісній згоді один з одним" члени державних рад усіх трьох держав. Було проголошено певною мірою єдину зовнішню політику: у випадку, якщо війна або агресія з боку іноземців загрожувала одній державі, це стосувалося всіх трьох; держави мали проводити єдину узгоджену лінію при переговорах з іноземними державами; злочинці, вислані з однієї держави, вважалися висланими з усіх трьох, а всі спори, розлади і неузгодженості, що мали місце до цього часу між трьома державами, відтепер вважались анульованими і ніколи більше не повинні були відновитися. Країни – учасниці унії ніколи не повинні надалі воювати одна з одною, "але тож будуть усі як одне королівство під одним королем". Вони мали надавати військову допомогу і не надавати притулок особам, оголошеним поза законом в одній з держав союзниць. У той же час, кожна держава зберігала свої внутрішні закони, звичаї й свою форму правління. Юридичні норми одного з королівств не можуть застосовуватися чи вводитися в іншому. В угоді окремо обумовлювалися привілеї церкви і підкреслювалося, що внутрішні справи членів унії повинні вирішуватись у повній відповідності зі звичаями і законами кожної держави.

Ключовими проблемами при укладенні унії були питання розподілу замкових ленів, а також права розпорядження й умови володіння ними. Важливою була проблема статусу володінь і ленів регентші Маргрети. У цьому сенсі договір 1397 р. суттєво обмежував повноваження союзного королівського режиму й особисто Маргрети, надаючи їй лише довічні гарантії. Датський дослідник А.Е.Крістенсен розвивав теорію, згідно з якою на характер союзу вплинула позиція аристократів Данії. Значною мірою інтереси їх збігалися з інтересами королівської влади. Однак посилення останньої в той же час становило загрозу для прав і свобод, ресурсів, військової й політичної могутності. Тому в ряді ключових моментів історії датські магнати, виступаючи за суттєві обмеження влади союзного монарха, проявляли солідарність зі шведськими аристократами. Станові інтереси переважали над державними.

У заключній частині документа перераховувалися особи, від імені яких документ був виданий: архієпископи Лундський і Упсальський, єпископи Роскильдський і Линчьопінзький, п'ять шведських та четверо датських лицарів, настоятель кафедрального собору в Осло і три норвезьких лицарі – усього 17 осіб.

Ці два документи – про коронацію та про об'єднання – найважливіші свідчення про укладення унії. При ретельному дослідженні, однак, виявилися деякі неузгодженості. Печатки на тексті васальної присяги були проставлені всупереч правилам – прямо під текстом (а не привішені до пергамента); крім того, їх приклали не всі особи, від імені яких грамота складалася. Ще незвичніше складено документ про унію. Авторами цього акта проголошено 17 дуже впливових представників духовної та світської знаті: 7 шведів, 6 датчан і 4 норвежці; як зазначено в тексті, даний документ належало переписати в шести екземплярах (по два для кожної сторони), кожний з яких повинні були засвідчити підписами король, королева, члени риксродів, представники різних феодальних родів і міст усіх держав. Однак ніяких свідчень, що це відбулося, немає. Існує лише щось на зразок умовного нарису, чорнового варіанта тексту, який всупереч правилам складання важливих законодавчих документів того часу написаний не на пергаменті, а на папері (не офіційному на той час письмовому матеріалі). З перелічених на початку грамоти імен присутніх повноважних осіб трьох держав печатки до неї приклали лише половина присутніх датчан та шведи; печатки інших відсутні. Деякі скандинавські вчені (Г.Карллсон) висловлювали думку, що, очевидно, просто всім не вистачило місця: печатки під документом розміщені дуже тісно одна до одної, одна з них навіть закриває собою текст.

Наукові дискусії навколо цих (таких важливих і так незвично оформлених) документів точаться вже давно. Чи існували інші "законним" чином оформлені документи про укладення унії? Чи була вона формально ратифікована? А може її взагалі не було укладено? Сучасні дослідники погодилися з тим, що унія існувала. Проте програми, які кожна з цих країн прагнули покласти в основу унії, мали принципові відмінності, що пізніше (у період Кальмарської унії) призведуть до глибокого політичного розмежування, жорсткої боротьби та припинення унії.

Шведська феодальна верхівка відповідно до Кальмарської "конституції" 1397 р. розраховувала, що міждержавний союз надасть їм змогу об'єднати зусилля як проти зовнішнього ворога, так і проти можливих повстань народних мас. Разом з тим, монарх не буде перешкодою всевладдю місцевої аристократії. Цьому протистояли плани датчан, закріплені в Нючьопінзькому рецессі 1396 р. Унія перш за все встановлювала супрематію Данії, передбачалось адміністративно-фінансове зміцнення державної влади і порядку шляхом централізації оподаткування, збереження та збільшення кількості податних господарств, обмеження функцій та повноважень місцевих чиновників. Це була програма посилення центрального керівництва, тобто посилення датської влади.

Отже, Кальмарський документ був напівофіційним заключним протоколом зустрічі і, крім того, був виданий акт про коронацію монарха. Реальним політичним результатом стало утворення загальноскандинавської монархії під сильною владою датського королівського режиму, що і було метою королеви Маргрети. У той же

час документ про унію так чи інакше розглядався як такий, що мав реальне політичне значення – про це свідчить його архівірування в королівській канцелярії серед особливо важливих актів. Ратифікація угоди державними радами і торговельними містами трьох королівств, про яку говориться в остаточному варіанті документа, також не відбулась. Однак документ, що став неутвердженим проектом, був скріплений печатками частини учасників переговорів. Головною стороною, зацікавленою у визнанні Кальмарської угоди документом, що мав реальну силу, була датська монархія. Маргреті, а згодом і Еріку Померанському, цей документ був необхідний як єдиний акт про вічний скандинавський союз, як підстава для шведської та норвезької військової допомоги, що надавалася королю, і як гарантія того, що опозиціонери правлячого режиму не отримають політичного притулку у Швеції чи Норвегії. Не в останню чергу союзний договір був потрібен датським правителям унії як підстава і доказ міжнародного престижу їхньої монархії, зокрема у світлі переговорів про династичний шлюб Еріка Померанського, а також його сестри з нащадками англійського престолу. Ці плани були реалізовані укладенням шлюбу між Еріком і Філіппою – дочкою англійського короля Генріха IV.

Такими є основні концепції й тези відносно характеру союзного договору 1397 р. у Кальмарі. З формального погляду укладений союз являв собою дещо проміжне між конфедерацією і унітарною монархію. Дійсно, одним з основоположних принципів унії було те, що кожна держава управляється за своїми законами і звичаями, які союзний монарх не має права змінювати чи порушувати. У той же час, вимога проводити єдину спільну зовнішню політику робила цей союз чимось більшим, ніж конфедерація. Крім того, зобов'язання обирати спільного монарха з числа спадкоємців по чоловічій лінії мало на увазі уніфікацію трьох політичних систем, які на момент прийняття унії різнилися.

Маргрета, яка фактично правила всією Скандинавією з 1389 р. до своєї смерті в 1412 р., зуміла нав'язати свою волю шведському риксроду, тому діючою програмою на початку Кальмарської унії став Нючьопінзький рецес.

Відповідно до Нючьопінзького рецесу редукція мала стосуватися лише земель, розданих короною після 1363 р., тобто при королі Альбрехті. Проте редукція торкнулася не лише мекленбурзців, але й приходських церков зі шведськими феодалами. У зв'язку з цим опору старого правління було економічно зруйновано, світське дворянство протиставлено церкві.

Маргрета продовжувала зміцнювати фінансово-адміністративний порядок; вона домоглася для королівської влади надзвичайних повноважень в оподаткуванні; ввела "нову монету" зі зменшеним вмістом срібла; посадила в редукованих володіннях своїх фогтів (які управляли замками і прилеглими землями). Отже, у період правління Маргрети перемагала тенденція до централізації, яка проводилася на рівні "троїстої" держави. Політика Данії, яка проводилася під егідою Кальмарської унії, загрожувала знаті не меншими утисками, ніж правління Мекленбургів.

Отже, на думку більшості вчених, результатом Кальмарської унії став "датський режим", найважливішим результатом якого було послаблення королівської влади й королівської адміністрації Швеції та Норвегії. Скандинавські ради хоча й продовжували відігравати роль національних представницьких органів аристократії, однак тенденція до розширення представництва різних прошарків та станів була слабкою. Між аристократами і королем постійно виникали суперечності, а з укладенням унії ради взагалі були відтіснені від управління жорсткою промонархістською політикою. Тільки у Швеції система представництва отримала розвиток.

Монархістська політика та невідповідність інтересів держав ще більше проявилася за часів правління Еріка Померанського (1396–1439), який самостійно правив з 1412 р. Він продовжував політику датського государя на шведському престолі та прагнув до необмеженої влади, втручався в призначення кандидатів на церковні посади, незважаючи на прагнення церкви до самоуправління. Місця фогтів почали обіймати переважно датчани та німці, шведські феодали не мали значного впливу на управління державою.

Недешево коштувала Швеції й зовнішня політика Еріка, який прагнув захопити землі на півдні. У 1413 р. було складено загальний податковий опис, пізніше відомий як "Земельна книга Еріка Померанського". Призначення цього опису досі не з'ясовано: чи в ньому реєструвалися дійсно зібрані Еріком податки, чи він мав на меті тільки з'ясувати фіскальні можливості корони. У тому ж році було видано так званий "Грошовий указ", відповідно до якого державні податки мали сплачуватися в суворо фіксованому розмірі й тільки в грошовій формі, хоча в Швеції переважали натуральні платежі. В цих умовах спроба збільшити доходи держави шляхом реорганізації податкової системи, як і грошова реформа Еріка, викликали гостре невдоволення селян.

Не менш складними ставали відносини корони із союзами міст, зокрема північногерманських – Любекського та Ганзейського, політичної та економічної залежності від яких намагався позбутися Ерік Померанський, зокрема шляхом налагодження зв'язків з Новгородом. Порушення торговельних привілеїв, якими ганзейці здавна користувались у Скандинавії (введення наприкінці 20-х рр. XV ст. зундського збору з кораблів, що проходили по річці Ересунн) призвело до торговельної блокади, порушило, з-поміж іншого, життєво необхідний експорт заліза, а отже, завдало шкоду залізорудному районові Бергслагену. Цим, власне, і пояснюється, чому на початку літа 1434 р. у Даларні спалахнуло повстання проти короля, яке очолив гірничий промисловець Енгельбрект. Головною вимогою повстанців була відміна чи зменшення податків та захист особистих прав.

Успіхи повстанців знайшли підтримку й серед аристократії. Під впливом повстанців риксрод направив королю послання, в якому містилося ретельно обґрунтоване звинувачення короля в тому, що він порушив "основний закон", тобто статті державного закону, присвячені питанню про спадкову владу (порушуючи угоду про унію, Ерік проголосив свою владу в усіх трьох державах спадковою); риксрод відмовлявся від присяги на вірність і оголошував своє рішення – бути разом з народом у боротьбі проти королівського свавілля. Листи з аналогічним змістом були розіслані тоді ж Лівонському ордену, ганзейським містам та норвезькому риксроду. Так об'єдналися в боротьбі проти принципів єдиновладдя церква, феодали та військо Енгельбректа. Повстання 1434–1436 рр. набуло національно-визвольного напрямку, який виявився в боротьбі проти правління Еріка.

У результаті цих подій монархістська політика Еріка Померанського, що здійснювалася суперечливими методами, відносини з ганзейським союзом північногерманських міст, повстання Енгельбректа у Швеції призвели до зміщення короля з престолу представницькими радами Швеції й Данії.

У другій половині XV ст. Швеція була поділена на численні феодальні маєтки, що не передавалися в спадщину. Управління ними здійснювалось із замків, правителі яких боролися між собою за владу в країні: представники давніх шведських родів зі Свеаланда,

найбільш віддані ідеям унії, були зацікавлені в правлінні короля-датчанина; великі шведські феодали з Йотських земель, тісно пов'язані з Ганзою і балтійською торгівлею, вимагали обрати королем шведа. Спочатку корона унії перейшла до ставленика датчан Кристофера Баварського (1441–1448), правління якого найпізніше було визнано норвежцями, і який дав урочисту обіцянку беззаперечно підкоритися програмі риксроду. У згоді з ним він правив до 1448 р., за його правління було видано новий варіант державного уложення, яке отримало назву "Закону Кристофера".

З обранням нового короля абсолютистські тенденції в політиці монархів скандинавської унії похитнулися. До того ж представницькі органи влади, на відміну від попередніх риксродів, набували станового характеру і суттєво впливали на королівську політику. Зокрема, у січні 1435 р. в Арбугу (Вестманаланд) були скликані збори чотирьох станів, на які запрошення отримали не лише стурмани (заможні, "великі люди") та духівництво, а й представники нижчого дворянства, торговельних міст і селян. Головуючий на зборах Енгельбрект одержав титул "вождя держави".

З правлінням Карла Кнутссона, який двічі втрачав і знову здобував шведську корону (1448–1457, 1464–1465, 1467–1470 рр.), посилилися фінансові й адміністративні позиції централізованої влади. Його "Статут рибальського порту" підпорядкував численних професійних рибалок корпоративному режиму під керівництвом королівських фогтів; у 1449 р. ввів обов'язкове митне оподаткування всіх ввізних товарів; указом 1453 р. впорядкував грошову справу (у тому числі заборонив переплавлення та вивезення монети та зобов'язав сплачувати ввізне мито лише сріблом).

Тим часом датчани не визнали Карла Кнутссона і обрали своїм королем Крістіана, чим порушили унію. Почалася війна між королями Кальмарської унії, яка вимагала значних коштів, для чого Карл запровадив нові податки, що зачепили церкву, збільшив "срібний податок" на ввізні товари і спробував провести земельну редукцію, що призвело до заколоту.

Кальмарська унія стала не тривкою, особливо це виявилося під час кількох війн між Швецією та Данією в другій половині XV ст. Перемир'я в Хальмстадті та укладення мирного договору 1435 р. привело до відновлення Кальмарської унії на деякий час на підставі угоди 1396 р. Знову були введені посади дротса (верховного судді) і маршала (перша особа в державі на час відсутності короля). Енгельбректу виділили в лен замок і волость Еребру; "вождь держави" зберіг свій титул, але фактично зайняв становище рядового члену риксроду. Риксроду було гарантовано можливість здійснювати вплив при призначенні фогтів, тобто риксрод перетворювався в орган, який ставав противагою королівській владі. Привілеї ганзейських міст були відновлені.

Другий етап руху проти короля знаменувався наступом риксроду у вимогах дотримання "Кальмарської конституції", підтвердження повноважень риксроду, церковних та ганзейських привілеїв тощо, однак компроміс між аристократією і народним рухом ставав неможливим. Боротьба точилася не між тенденціями до об'єднання Швеції й Данії та бажанням Швеції зберегти незалежність, а між прагненням короля до абсолютної монархічної влади та намаганням риксроду зберегти старі політичні традиції. Повстання Енгельбректа і його соратників було найбільшим у Швеції антифеодальним рухом, за своїм значенням і масштабністю – справжньою народною війною. Її особливості були вираженням своєрідного розвитку Швеції, де селянство зберігало землю й особисту свободу протягом усього феодального періоду. У цей час податні стани набули власного політичного значення, тому повстання стало вирішальним етапом у процесі державної консолідації країни, виникненні шведського парламенту – *риксдагу* (який набув регулярного характеру тільки з 60-х рр. XV ст.) та становленні станової монархії у Швеції. З кінця 30-х рр. XV ст. починається період переходу від боротьби за Кальмарську унію до боротьби проти Кальмарської унії. Протистояння між королем і риксродом на середину XV ст. було вирішено на користь станово-представницького органу влади, і аристократи знову довели свою могутність, вплив і здатність примусити короля підкоритися. У цей час у Швеції формується ідея національної держави, що пізніше стане характерною для всіх Північних країн.

Особливо несприятливий період для Кальмарської унії настав в останній третині XV – початку XVI ст. в часи правління патріотично, антидатськи налаштованих регентів із знатної сім'ї Стуре. Основними напрямами внутрішньої політики Стена Стуре Старшого були: подальше посилення державної адміністрації, розширення і зміцнення фінансової бази центральної влади. Одночасно все більш оформлювався риксдаг, протипоставлений аристократичному риксроду. Він замінив систему "замкових" ленів (які, зазвичай, охоплювали всю область) дрібнішими "уїзними" ленами. Стен Стуре Старший сприяє заснуванню першого в Скандинавії Упсальського університету (1477), поширюється торгівля у Швеції книгами, за допомогою любечан створюються перші книгарні.

Остаточне припинення Кальмарської унії пов'язують з коронацією Густава Ерікссона Вази королівською короною (1523–1560), який зайняв трон у результаті очоленої ним визвольної війни проти Данії та провів низку реформ, метою яких було посилення королівської влади.

Отже, утворення троїстої унії Данії, Швеції та Норвегії, яка фактично вже існувала раніше, є важливою подією пізньосередньовічної скандинавської історії. Причинами виникнення цього об'єднання були як внутрішні, так і суперечності зовнішньополітичного характеру. У цілому таке об'єднання посилило військові та політичні позиції скандинавів, підвищило їхній міжнародний престиж. Кальмарська унія (1397–1523) ненадовго об'єднала три північні королівства – Данію, Норвегію і Швецію, однак політичне життя скандинавських народів ще довго було нестабільним. Починаючи з XIV ст., західні скандинавські країни – Данія, Норвегія таі Ісландія – протягом 400 років знаходилися під єдиною політичною владою Данії й тільки в 1814 р. Норвегія перейшла під протекторат Швеції. Однак Норвегії вдалося забезпечити свою самостійність після об'єднання зі Швецією, а в 1905 р. навіть досягнути мирним шляхом повної незалежності. Швеція, до складу якої входила Фінляндія (відокремилась у 1809 р. в результаті русько-шведської війни та була приєднана до Росії), розвивалася шляхом абсолютизму, ідеологічним підґрунтям якого стали вітхозавітні уявлення про монарха як намісника Бога, що отримав владу від нього і є відповідальним тільки перед ним.

[1] *Кан А.С.* История Швеции. – М., 1974. [2] *Мелин Ян, Юханссон Альф В., Хеденборг С.* История Швеции. – М., 2002. [3] *Сванидзе А.А.* Северная Европа в XII–XIV вв. // История Европы. – М., 1992. – Т.2. [4] Северная Европа: Проблемы истории / Отв. ред. *О.В.Чернышева*. – М., 2003. – Вып. 4.

Надійшла до редколегії: 13.01.04

Т.В.Боднар, канд. юрид. наук

ОСОБЛИВОСТІ ВИКОНАННЯ ГРОШОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Розглядаються поняття та зміст грошових зобов'язань, аналізуються особливості їх виконання, встановлені новим Цивільним кодексом та Господарським кодексом. Вносяться пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства, що регулює договірні грошові зобов'язання.

The article deals with the concept and content of pecuniary obligations. The author analyses the specific features of their fulfillment, established by new Civil Code and Economic Code. Suggestions are made as to the improvement of current legislation that regulates contractual pecuniary obligations.

Цивільне законодавство як один з видів договірних зобов'язань, виконання яких має певні особливості, виділяє грошові зобов'язання.

Виконання грошових зобов'язань має велике значення не лише для забезпечення нормального товарно-грошового обігу між громадянами, але й для належного функціонування кредитно-фінансової системи України, забезпечення майнових прав суб'єктів підприємництва при здійсненні ними своєї діяльності.

Грошові зобов'язання, як і особливості їх виконання, можна віднести до питань, що в теоретичному аспекті недостатньо висвітлені в цивілістичній літературі. Особливо це очевидно сьогодні – з прийняттям нового Цивільного кодексу України, що на відміну від попереднього ЦК УРСР значно більше уваги приділяє регулюванню грошових відносин в умовах ринку. Не можна не враховувати і положення Господарського кодексу, що також містить норми, присвячені регулюванню грошових зобов'язань між суб'єктами господарювання.

За роки незалежності в Україні було прийнято низку нормативно-правових актів, що містять положення, спрямовані на впорядкування правового регулювання грошових зобов'язань, але які також не знайшли відповідного аналізу саме з позицій цивільно-правової науки.

У той же час, тривалий період проблема розрахунків (читай – виконання грошових зобов'язань), особливо у відносинах між організаціями, залишається не розв'язаною. Значними є розміри кредиторської й дебіторської заборгованості: мають місце неповернення кредитів, прострочення платежів, неповернення валютної виручки з-за меж України суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності тощо.

Поряд з цим існують окремі проблеми застосування законодавства при розгляді судами справ, предметом яких є грошові зобов'язання.

Усе вищевикладене обумовлює потребу дослідити проблеми поняття та змісту грошових зобов'язань, відмінності їх від схожих понять, а також проаналізувати особливості їх виконання, установлені новим цивільним законодавством.

Регулюючи окремі відносини, пов'язані з виконанням грошових зобов'язань (місце виконання грошових зобов'язань – п. 2 ч. 2 ст. 167; виконання грошового зобов'язання між організаціями – ст. 168; валюта грошових зобов'язань – ст. 169; виконання грошового зобов'язання внесенням боргу в депозит – ст. 177 ЦК УРСР), попередній ЦК у той же час не містив навіть визначення поняття грошового зобов'язання. Певну спробу сформулювати зміст цього поняття було здійснено в роз'ясненні Вищого арбітражного суду України від 29 квітня 1994 р. № 02-5/293 "Про деякі питання практики застосування майнової відповідальності за невиконання чи неналежне виконання грошових зобов'язань", зі змісту якого випливало, що грошові зобов'язання мають місце при розрахунках за поставлену (продану) продукцію (товари), виконані роботи, надані послуги з усіх видів зобов'язань (абз. 2 п. 2 роз'яснення). Проте в роз'ясненні Вищого арбітражного суду України від 18 листопада 1997 р. № 02-5/445 під грошовим зобов'язанням розумілося вже зобов'язання, у силу якого боржник зобов'язаний сплатити певну грошову суму за будь-якою цивільно-правовою угодою (очевидно, керуючись подібним підходом, деякі суди визнавали невиконанням грошового зобов'язання відмову банку видати кредит). Таке визначення поняття грошового зобов'язання в зазначеному роз'ясненні існує і нині, але у зв'язку зі зміною характеру роз'яснень Вищого господарського суду України (згідно з п. 3 ст. 39 Закону України від 7 лютого 2002 р. "Про судоустрій України"[1] вищий спеціалізований суд дає спеціалізованим судам нижчого рівня *рекомендаційні* (виділено нами – Т.Б.) роз'яснення з питань застосування законодавства щодо вирішення справ відповідної судової юрисдикції) вони з прийняттям Закону України від 21 червня 2001 р. "Про внесення змін до Закону України "Про арбітражний суд"[2] перестали бути обов'язковими для суддів і учасників господарських правовідносин, що застосовують законодавство, з якого дано таке роз'яснення.

Новий ЦК України, збільшивши кількість статей, що регулюють грошові зобов'язання (ст. 532, 533, 534, 535, 549, 613, 625), не позбувся недоліку свого попередника: як і в ЦК УРСР, у новому ЦК України відсутнє визначення поняття грошового зобов'язання, що, на нашу думку, може призвести до різного розуміння цього виду зобов'язань у комерційній та судовій практиці.

Варто відзначити, що в законодавстві України все ж існує легальне визначення поняття "грошове зобов'язання". Згідно з абз. 7 ст. 1 Закону України від 14 травня 1992 р. (у ред. Закону від 30 червня 1999 р.) "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" грошове зобов'язання – це зобов'язання боржника заплатити кредитору певну грошову суму відповідно до цивільно-правового договору та на інших підставах, передбачених цивільним законодавством України.

Зазначений Закон встановлює примірний склад грошових зобов'язань (заборгованість за передані товари, виконані роботи і надані послуги, сума кредитів з урахуванням відсотків, які зобов'язаний сплатити боржник), водночас застерігаючи, що до складу грошових зобов'язань боржника не зараховуються недоїмка (пеня та штраф), визначена на дату подання заяви до господарського суду, а також зобов'язання, які виникли внаслідок заподіяння шкоди життю і здоров'ю громадян, зобов'язання з виплати авторської винагороди, зобов'язання перед засновниками (учасниками) боржника – юридичної особи, що виникли з такої участі.

Наведені норми певним чином компенсують відсутність визначення поняття грошового зобов'язання в ЦК, проте слід зважати на те, що визначені в Законі України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" термін "грошове зобов'язання" і його зміст вживаються лише для цілей цього Закону, а тому у зв'язку з певним обмеженням кола грошових зобов'язань, установленим зазначеним Законом, навряд чи

© Т.В.Боднар, 2004

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

можуть бути за аналогією закону застосовані щодо всіх видів цивільно-правових грошових зобов'язань.

В українській юридичній літературі не лише не приділялося належної уваги виконанню грошових зобов'язань, але навіть не завжди наводиться їх визначення[3]. У російській юридичній літературі поняттям "грошове зобов'язання" охоплюють групу досить різнорідних (простих і складних) зобов'язань, що виникають як з будь-яких оплатних договорів (щодо оплати товарів, робіт, послуг тощо), так і з неправомірних дій (сплата сум за заподіяння шкоди чи повернення безпідставно отриманих грошових коштів)[4].

Робляться спроби вивести визначення цього поняття, виходячи із загального легального визначення поняття зобов'язання. Так, В.А.Бєлов визначає грошове зобов'язання як цивільне правовідношення, змістом якого є право вимоги кредитора і юридичний обов'язок боржника, що йому кореспондує, здійснити оплату або платіж, тобто дію (або дії) з передачі певної суми грошей (валюти)[5]. Очевидно, що таке визначення, як найбільш загальне щодо всіх грошових зобов'язань, може бути застосовано і щодо договірних грошових зобов'язань.

З урахуванням положень ст. 509 і ст. 11 ЦК України грошове зобов'язання можна визначити як правовідносини, що виникли з договору, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана сплатити гроші на користь другої сторони (кредитора), а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку.

З наведеного визначення випливає, що для грошового зобов'язання не властивий обов'язок боржника утриматися від певної дії *(non facere).*

Специфіка грошових зобов'язань полягає, на нашу думку, у тому, що до них не може бути беззастережно застосовано класифікацію цивільно-правових зобов'язань на типи, групи, види, підвиди і форми[6], оскільки грошові зобов'язання існують у рамках кожної з підсистем зобов'язань: договірних і позадоговірних, регулятивних і охоронних[7].

Предметом дослідження в цій статті є особливості виконання договірних грошових зобов'язань, які з прийняттям Цивільного та Господарського (далі – ГК) кодексів отримали детальніше правове регулювання на рівні закону.

Специфіка як грошових зобов'язань, так і їх виконання, у першу чергу, обумовлюється особливим *предметом виконання*, яким є гроші. Згідно з ч. 1 ст. 524 ЦК зобов'язання має бути виражено в грошовій одиниці України – гривні. Ця вимога цивільного закону ґрунтується на положенні ст. 99 Конституції України, згідно з якою грошовою одиницею України є гривня, та п. 3.3 ст. 3 Закону України від 5 квітня 2001 р. "Про платіжні системи та переказ грошей в Україні"[8], яким встановлено, що гривня як грошова одиниця України (національна валюта) є єдиним законним платіжним засобом в Україні, приймається всіма фізичними і юридичними особами без будь-яких обмежень на всій території України для проведення переказів[9].

Водночас ч. 2 ст. 524 ЦК передбачає, що сторони можуть визначити грошовий еквівалент зобов'язання в іноземній валюті. Наведену норму слід розуміти лише як надання сторонам зобов'язання права визначати його грошовий еквівалент в іноземній валюті, а не як дозвіл в усіх без винятку випадках здійснювати розрахунки (платежі) в іноземній валюті. Такий висновок випливає з порівняльного аналізу норм ст. 524 ЦК і ст. 533 ЦК, в яких йдеться про валюту виконання грошового зобов'язання.

Згідно з ч. 1 ст. 533 ЦК грошове зобов'язання має бути виконано в гривнях.

Якщо у зобов'язанні визначено грошовий еквівалент в іноземній валюті, сума, що підлягає сплаті у гривнях, визначається за офіційним курсом відповідної валюти на день платежу, якщо інший порядок її визначення не встановлений договором або законом чи іншим нормативно-правовим актом (ч. 2 ст. 533 ЦК).

Згідно з ч. 3 ст. 533 ЦК використання іноземної валюти, а також платіжних документів в іноземній валюті при здійсненні розрахунків на території України за зобов'язаннями допускається у випадках, порядку та на умовах, установлених законом.

Порядок організації розрахунків в іноземній валюті встановлено ст. 7 Декрету Кабінету Міністрів України від 19 лютого 1993 р. № 15-93 "Про систему валютного регулювання і валютного контролю"[10], згідно з якою у розрахунках між резидентами і нерезидентами в межах торговельного обороту використовується як засіб платежу іноземна валюта. Такі розрахунки здійснюються лише через уповноважені банки (ч. 1 ст. 7 Декрету).

Цивільне законодавство не містить прямої заборони фізичним особам виконувати грошові зобов'язання (здійснювати розрахунки (платежі) в іноземній валюті, але слід мати на увазі, що Законом від 28 січня 1994 р. "Про внесення змін і доповнень до Кримінального кодексу України і Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо посилення відповідальності за порушення законодавства про валютне регулювання" було встановлено адміністративну (ст. 162 КУАП) і кримінальну (ст. 80 КК) відповідальність за незаконне використання валютних цінностей як засобу платежу або як застави. Згодом Законом України від 14 вересня 2000 р. ст. 80 з Кримінального кодексу України була виключена, проте адміністративна відповідальність за зазначені дії, яка настає незалежно від вартості предмета незаконної операції, збереглася.

Отже, незаконне використання валютних цінностей як засобу платежу або як застави є згідно зі ст. 203 та 215 ЦК підставою недійсності правочину, тому кожна із сторін грошового зобов'язання має повернути другій стороні в натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину (зобов'язання), а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає в користуванні майном, виконаній роботі, наданій послузі, – відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування (абз. 2 ч. 1 ст. 216 ЦК).

В яких же випадках використання іноземної валюти допускається як засіб платежу?

Відповідь на це запитання можна знайти у вже відомому Декреті Кабінету Міністрів України "Про систему валютного регулювання і валютного контролю" та в актах чинного законодавства, що містять окремі положення щодо валюти грошових зобов'язань. Так, акції оплачуються в іноземній валюті у випадках, передбачених статутом акціонерного товариства (ч. 1 ст. 8 Закону України "Про цінні папери і фондову біржу")[11], а облігації зовнішніх державних позик України оплачуються *виключно* в конвертованій іноземній валюті відповідно до умов їх випуску (ч. 4 ст. 14-1 Закону України "Про цінні папери і фондову біржу"). Проте незалежно від виду валюти, якою проведено оплату цінних паперів, їх вартість виражається у гривнях.

Новелою в цивільному законодавстві і водночас особливістю виконання грошових зобов'язань є встановлення в ст. 534 ЦК *черговості погашення вимог* за грошовими зобов'язаннями. Згідно з цією статтею в разі недостатності суми проведеного платежу для виконання грошового зобов'язання в повному обсязі ця сума

погашає вимоги кредитора в такій черговості, якщо інше не встановлено договором:

- *у першу чергу* відшкодовуються витрати кредитора, пов'язані з одержанням виконання;
- *у другу чергу* сплачуються відсотки і неустойка;
- *у третю чергу* сплачується основна сума боргу.
- Черговість, установлена ст. 534 ЦК, має дотримуватися, якщо інше не встановлено договором. Тому, якщо кредитор не погоджується на іншу, ніж встановлена ст. 534 ЦК, черговість (у разі відсутності домовленості), діє черговість, визначена законом.

Цивільним законодавством інших держав (наприклад, у ст. 44 Книги 6 Цивільного кодексу Нідерландів) також передбачена можливість установлення іншої черговості договором між сторонами грошового зобов'язання. Проте подібні норми відсутні, наприклад, у ЦК Російської Федерації (ст. 319), у ЦК Республіки Казахстан (ст. 282).

Наступною особливістю виконання грошових зобов'язань, на думку деяких вчених, є *принцип номіналізму*, сутність якого, на думку Л.А.Лунца, полягає в тому, що незважаючи на можливі в майбутньому зміни в грошовій одиниці, в якій обрахована сума грошового зобов'язання, номінальна сума цього зобов'язання залишається незмінною[12].

У той же час, щодо деяких видів грошових зобов'язань (у тому числі й договірних) за участю фізичних осіб дія принципу номіналізму обмежується законодавством. Так, згідно з ч. 1 ст. 535 ЦК у разі збільшення встановленого законом неоподатковуваного мінімуму доходів громадян сума, що виплачується за грошовим зобов'язанням фізичній особі (на відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, за договором довічного утримання (догляду) та в інших випадках, установлених договором або законом), пропорційно збільшується.

На відміну від ст. 170 ЦК УРСР, яка не допускала відсотків з грошових зобов'язань, за винятком операцій кредитних установ, зобов'язань із зовнішньої торгівлі та інших випадків, зазначених у законі, ч. 1 ст. 536 нового ЦК прямо передбачає, що за користування чужими грошовими коштами боржник зобов'язаний сплачувати відсотки, якщо інше не встановлено договором між фізичними особами.

Розмір відсотків за користування чужими грошовими коштами встановлюється договором, законом або іншим актом цивільного законодавства (ч. 2 ст. 536 ЦК). У цьому зв'язку не можна погодитися з невизначеністю терміна "відсотки за грошовими зобов'язаннями учасників господарських відносин", що його вжито в ч. 3 ст. 198 ГК.

Відсотки, щодо яких йдеться в ст. 536 ЦК, слід відрізняти від відсотків, що їх сплачує боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, відповідно до ч. 2 ст. 625 ЦК. Якщо перші є платою за користування чужими грошовими коштами, яка може і не встановлюватися договором між фізичними особами, то другі є одним з видів санкцій, що підлягають обов'язковій сплаті в розмірі трьох відсотків річних від простроченої суми. Інший розмір відсотків може бути встановлений договором або законом, проте боржника не може бути звільнено від сплати цієї суми.

Розмежування цих двох видів відсотків, пов'язаних з виконанням грошового зобов'язання, має практичне значення: залежно від того, про які відсотки йдеться, має застосовуватися різна позовна давність. Так, якщо стосовно вимоги про стягнення несплачених відсотків за користування чужими грошовими коштами застосовується загальна позовна давність тривалістю в три роки, то щодо вимоги про сплату 3 % річних від простроченої суми має застосовуватися позовна давність в один рік, оскільки останні за своєю природою є неустойкою.

Як виняток із загального правила, установленого ст. 607 ЦК, згідно з яким зобов'язання припиняється неможливістю його виконання у зв'язку з обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає, *неможливість виконання* не може мати місця відносно грошових зобов'язань. Цю особливість виконання грошових зобов'язань Л.А.Лунц пояснював тим, що гроші завжди залишаються в обігу і в цьому розумінні ніколи "не гинуть"[13].

Ось чому ст. 625 ЦК України (до неї – ст. 212 ЦК УРСР) встановлює правило, за яким боржник не звільняється від відповідальності за неможливість виконання ним грошового зобов'язання.

Законом встановлено особливості щодо місця виконання *грошового зобов'язання* (п. 4 ст. 532 ЦК). Місцем, де провадиться виконання грошового зобов'язання, визнається місце проживання кредитора на момент виникнення зобов'язання, під яким закон, за загальним правилом, розуміє житловий будинок, квартиру, інше приміщення, придатне для проживання в ньому (гуртожиток, готель тощо), у відповідному населеному пункті, в якому фізична особа проживає постійно, переважно або тимчасово (ч. 1 ст. 29 ЦК).

Якщо кредитором в грошовому зобов'язанні є юридична особа, місцем виконання такого зобов'язання є її місцезнаходження на момент виникнення зобов'язання. Згідно з ч. 1 ст. 93 ЦК місцезнаходження юридичної особи визначається місцем її державної реєстрації, якщо інше не встановлено законом.

Якщо на момент виконання грошового зобов'язання місце проживання (місцезнаходження) кредитора змінилося, про що він сповістив боржника, місцем виконання є нове місце проживання (місцезнаходження), але на кредитора відносяться всі витрати, пов'язані зі зміною місця виконання. Якщо ж кредитор не сповістив боржника про зміну місця проживання (місцезнаходження), боржник вправі здійснити виконання за попередньою адресою, а в разі відсутності кредитора або уповноваженої ним особи в місці виконання зобов'язання – внести борг у депозит нотаріуса відповідно до п. 1 ст. 537 ЦК.

Певні особливості щодо місця виконання грошових зобов'язань встановлені ст. 197 ГК. Загалом норми цієї статті відповідають положенням ст. 532 ЦК, проте існування окремих відмінностей між визначенням місця виконання грошового зобов'язання в ст. 532 ЦК і в ст. 197 ГК викликає сумніви і заперечення, оскільки вони ніяким чином не обумовлені особливостями виконання господарських зобов'язань.

Так, на нашу думку, у ч. 2 ст. 197 ГК безпідставно застосовано термін "місцерозташування" управненої сторони, зміст якого в інших статтях ГК не розкривається. Більше того, в інших випадках, коли йдеться про суб'єктів господарювання або їхні окремі види, у ГК (ст. 57, 58, 59, 177, 197 та ін.) вживається (як і в п. 4 ст. 532 ЦК) термін "місцезнаходження", давно відомий нашому цивільному законодавству. Слід враховувати і те, що цим терміном оперує і Закон України від 15 травня 2003 р. "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців"[14] (ст. 1, 5, 8, 9, 10 та ін.).

На нашу думку, доцільно було помістити ч. 3 ст. 197 ГК, в якій встановлені положення, що стосуються не місця виконання грошового зобов'язання, а способу його виконання в разі відсутності управненої сторони, ухилення її від прийняття виконання або іншого прострочення виконання нею зобов'язання, до ст. 198 ГК, яка регулює особливості виконання грошових зобов'язань, що забезпечило б органічний зв'язок норм про грошові зобов'язання.

Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки

Крім того, ч. 3 ст. 197 ГК вважає виконанням зобов'язання внесення грошей до депозиту *нотаріальної контори* (виділено нами – Т.Б.), тоді як у ст. 537 ЦК йдеться про депозит нотаріуса.

Аналіз норм Закону України від 2 вересня 1993 р. "Про нотаріат"[15] свідчить, що нотаріальні дії у вигляді прийняття в депозит грошових сум та цінних паперів вчиняють не лише державні нотаріальні контори (згідно з п. 16 ст. 34 Закону), але й приватні нотаріуси (згідно зі ст. 36 Закону), що не відображено в ст. 197 ГК, та консульські установи України (згідно з п. 12 ст. 38 Закону). Остання обставина не знайшла свого закріплення ні в ст. 537 ЦК, ні в ст. 197 ГК.

Уявляється, що зазначені недоліки мають бути усунені шляхом приведення термінології ГК у відповідність до термінів, що їх вжито в ЦК України, а також шляхом внесення відповідних змін до Цивільного та Господарського кодексів.

Підбиваючи підсумки здійсненого в цій статті дослідження, до особливостей виконання договірних грошових зобов'язань в українському цивільному праві можемо віднести наступні:

- особливий предмет виконання, яким є гроші;
- встановлена законодавством черговість погашення вимог у разі недостатності суми платежу;
- встановлені законодавством відсотки за користування чужими грошовими коштами як загальне правило;
- відносно грошових зобов'язань не може мати місця неможливість виконання як підстава припинення зобов'язання;
- особливе місце виконання грошового зобов'язання;
- особливий спосіб виконання грошового зобов'язання в разі відсутності кредитора – шляхом внесення боргу в депозит нотаріуса.

[1] Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 27-28. – Ст. 180. [2] Там само. – 2001. – № 40. – Ст. 194. [3] Див. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзера (керівник авт. кол.), Д.В.Боброва, А.С.Довгерт та ін.; За ред. О.В.Дзери, Н.С.Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 2002; [4] Див.: Гражданское право: В 2 т. Том II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е.А.Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во БЕК, 2000, С.23; [5] Див.: Белов В.А. Денежные обязательства. – М.: АО "Центр ЮрИнфоР", 2001, С.14; [6] Про класифікацію цивільно-правових зобов'язань див.: Гражданское право. Том 1. Учебник. Изд. 5-е, перераб. и доп. / Под ред. А.П.Сергеева, Ю.К.Толстого. – М.: "ПБОЮЛ Л.В.Рожников", 2001, С. 477-479; [7] Див.: Лунц Л.А. Денежные обязательства в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран. – М., 1948, С.18; Лавров Д.Г. Денежные обязательства в российском гражданском праве. – СПб.: Изд-во "Юридический центр Пресс", 2001, С. 5, 38; [8] Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 29. – Ст. 137; [9] Див. також п. 1 ст. 3 Декрету Кабінету Міністрів України від 19 лютого 1993 р. "Про систему валютного регулювання і валютного контролю"; [10] Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 17. – Ст. 184; [11] Там само. – 1991. – № 38. – Ст. 508; [12] Див.: Лунц Л.А. Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран, С. 54; [13] Там само, С. 191; [14] Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 31-32. – Ст. 263; [15] Там само. – 1993. – № 39. – Ст. 383.

Надійшла до редколегії 18.02.04

Г.В.Панова, асп.

ПРАВОВИЙ СТАТУС БІЖЕНЦІВ В УКРАЇНІ ТА РОСІЇ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Аналізуються основні положення правового статусу біженців в Україні та Росії в порівняльно-правовому аспекті. Характеризуються особливості правового статусу такої категорії осіб, як "біженець" та "вимушений переселенець", а також інституту "тимчасового притулку".

The main fundamentals of the law statuse of refugees in Ukraine and Russia in the comparative law aspects. The spesial features of the law statuse of such person categories as the refugee, enforced migrant and the institution of temporary asylum.

Прм визначенні особливостей статусу біженців в Україні й Росії надається можливість у процесі порівняльно-правового аналізу окреслити характерні відмінності в регулюванні правового статусу цієї категорії осіб, а також провести розмежування поняття "біженець" від інших суміжних категорій мігрантів. Дана стаття висвітлює проблеми подальшого вдосконалення на законодавчому рівні положень щодо біженців в Україні. У процесі дослідження використовуються наукові здобутки таких українських та російський вчених, як: С.Бритченко, М.Бурменський, О.Кузьменко, О.Малиновська, Л.Андріченко, Е.Бєлоусова, А.Куракіна.

Проблема біженців в Україні залишається однією з найактуальніших у сфері регулювання правового статусу особи. В юридичній літературі справедливо констатується, що поняття "особа" – узагальнююче, яке підкреслює наявність певного зв'язку між людиною та державою. Залежно від ступеня цього зв'язку особа виступає в різних правових станах відносно належності до конкретної держави: громадяни – у стані громадянства, іноземці та особи без громадянства – у стані без громадянства. Кожний з цих станів передбачає свій вид правового статусу особи (зокрема громадянина, іноземця й особи без громадянства). Отже, проблему особи в державі не можна зводити до проблем громадянина як носія прав і обов'язків, рівною мірою це проблема іноземних громадян та осіб без громадянства[1]. Одними з таких, зокрема в Україні, є особи, які отримали статус біженця чи мають намір отримати останній.

Для України, як для держави, яка згідно з Декларацією про державний суверенітет України зобов'язалася поважати права людини, з перших місяців існування виникла проблема розробки та прийняття власного міграційного законодавства. Такими законами стали Закон України "Про громадянство України", Закон України "Про біженців", Закон України "Про правовий статус іноземців", Закон України "Про імміграцію" та ін[2].

Однак Україна не була єдиною державою колишнього Радянського Союзу, яка зіткнулася з питанням правового регулювання статусу даної категорії осіб. Так, зокрема, однією з найпривабливіших країн для них стала Росія. Адже приплив біженців у цю країну залишається практично стабільним – приблизно 230–250 тис. осіб щорічно[3].

Крім того, активна законотворчість російського законодавця у цій сфері свідчить про необхідність дослідження та вивчення положень правового статусу біженців у Росії, оскільки це має як теоретичне, так і практичне значення для нашої держави, тим більше що як Росія, так і Україна досить часто вимушені розв'язувати аналогічні проблеми.

Порівняльний аналіз становлення та розвитку законодавства України і Росії про біженців підкреслює наявність певних схожих рис. Так, зокрема, як Федеральний Закон "Про біженців" від 19.02.93, так і Закон України "Про біженців" від 24.12.93 були прийняті до прийняття Основного Закону держав, а саме Конституції. Звичайно, для обох країн це був вимушений крок, оскільки великий наплив мігрантів вимагав швидкого реагування саме на рівні Закону, а не підзаконних актів.

Відповідно до ст. 62 та 63 Конституції РФ іноземні громадяни та особи без громадянства користуються в

© Г.В.Панова, 2004

Kharkiv National Shevchenko University

Російській Федерації правами та несуть обв'язки нарівні з громадянами Російської Федерації, крім випадків, установлених федеральними законами або міжнародними договорами Російської Федерації. Російська Федерація надає політичний притулок іноземним громадянам та особам без громадянства відповідно до загальновизнаних норм міжнародного права[4].

Схожі положення містить і ст. 26 Конституції України, в якій зазначено, що іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України. Іноземцям та особами без громадянства може бути надано притулок у порядку, встановленому законом[5].

Виходячи зі змісту ст. 4 Закону України "Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства", відповідно до Конституції та законодавства України іноземцям та особам без громадянства може надаватися притулок[6]. Проте, на жаль, жодного нормативно-правового акта, який би регулював порядок надання притулку в Україні, поки ще не прийнято. Отже, притулок в Україні іноземцям та особам без громадянства надається шляхом реалізації Закону України "Про біженців"[7]. Хоч, з іншого боку, це суперечить Основному Закону держави, оскільки відповідно до п. 26 ст. 106 Конституції України Президент України приймає рішення про надання притулку в Україні.

Дещо по-іншому склалася ситуація щодо реалізації положень Конституції Російської Федерації. Так, крім Федерального Закону "Про біженців", Указом Президента Російської Федерації від 21 липня 1997 р. № 746 було затверджено Положення про порядок надання Російською Федерацією політичного притулку, яке визначило порядок отримання політичного притулку, підстави за якими такий притулок не надається, а також втрачається, та в яких випадках особа може бути позбавлена останнього.

У даному Положенні зазначено, що політичний притулок надається іноземним громадянам та особам без громадянства з урахуванням державних інтересів Російської Федерації на основі загальновизнаних принципів та норм міжнародного права відповідно до Конституції Російської Федерації та цього Положення (ст. 1). У ньому встановлюється, що Російська Федерація надає політичний притулок особам, які шукають притулок та захист від переслідування або реальної загрози стати жертвою переслідування в країні своєї громадянської належності або в країні свого звичайного місця проживання за суспільно-політичну діяльність та переконання, які не суперечать демократичним принципам, визнаним світовим співтовариством, нормам міжнародного права[8].

Крім того, вказаний вище нормативно-правовий акт визначив правовий статус осіб, яким надається політичний притулок з урахуванням подальшого врегулювання статусу членів його родини. Так, особа, якій надано політичний притулок, користується на території Російської Федерації правами і свободами та несе обов'язки на рівні з громадянами Російської Федерації, крім випадків, установлених для іноземних громадян і осіб без громадянства федеральним законом або міжнародним договором Російської Федерації. Надання політичного притулку розповсюджується і на членів родини особи, яка отримала політичний притулок, за умови їхньої згоди з клопотанням. При цьому згода дітей, які не досягли 14-річного віку, не обов'язкова[9].

Отже, на наш погляд, український законодавець має врахувати досвід російських колег та провести чітке розмежування порядку надання статусу біженця та надання притулку в Україні. Тим більше, що в зарубіжних країнах поряд з нормами конституцій про право притулку є спеціальні акти про правовий статус біженців та переміщених осіб. Загальним для законодавства цих країн є те, що регулювання питання притулку є частиною міграційного законодавства або законодавства про правовий режим іноземців[10].

Повертаючись до питання правового статусу біженців, слід підкреслити, що російське законодавство розрізняє таке поняття, як "біженець" та "вимушений переселенець", правовий статус яких регулюється Федеральним Законом "Про біженців" та Законом Російської Федерації "Про вимушених переселенців" від 19.02.93.

Перші варіанти зазначених нормативно-правових актів зазнали істотних змін. Так, зокрема, 20.12.95 було прийнято нову редакцію Закону РФ "Про вимушених переселенців", у свою чергу 28.06.97 – нову редакцію Федерального Закону "Про біженців". Це було зумовлено тим, що попередні редакції даних законів не зовсім відповідали міжнародним нормам і стандартам, які діяли в цій сфері, не визначали чіткого механізму надання статусу біженця та вимушеного переселенця, а також терміну його дії, не передбачали деяких правових гарантій для вказаних категорій осіб[11].

Крім того, необхідність приведення власного законодавства міжнародно-правовим стандартам спонукав ще й той факт, що в 1992 р. Росія приєдналася до Конвенції "Про статус біженців" 1951 р. та Протоколу до неї 1967 р.

Певною мірою теж саме відбувалося і в Україні. Перша редакція Закону України "Про біженців" від 24.12.93 виявилася досить недосконалою, зокрема як визначення самого поняття "біженець", так і процедура надання цього статусу в Україні на практиці вказувало на необхідність перегляду положень цього Закону. Саме тому 21.06.01 Верховною Радою України було прийнято нову редакцію Закону "Про біженців". Проте, на жаль, на відміну від Російської Федерації Україна приєдналася до Конвенції "Про статус біженців" 1951 р. та Протоколу до неї 1967 р. лише в 2002 р.

На сьогоднішній день Федеральний Закон "Про біженців" визначає біженця як особу, яка не є громадянином Російської Федерації, і яка в силу цілком обґрунтованих побоювань стати жертвою переслідувань за ознакою раси, віросповідання, громадянства, національності, належності до певної соціальної групи або політичних переконань знаходиться поза межами країни своєї громадянської належності й не може користуватися захистом цієї країни або не бажає користуватися таким захистом унаслідок таких побоювань; або, не маючи певного громадянства і знаходячись поза країною свого попереднього звичайного місця проживання в результаті таких подій, не може або не бажає повернутися до неї внаслідок таких побоювань[12].

Аналіз цього визначення свідчить, що за своїм змістом воно збігається з визначенням поняття "біженець", яке закріплено в Законі України "Про біженців", а також відповідає міжнародно-правовим стандартам.

Досить цікавим є також наявність у Федеральному Законі "Про біженців" такого інституту, як "тимчасовий притулок", який не має свого аналогу в редакції Закону України "Про біженців".

Зокрема ст. 1 Федерального Закону "Про біженців", яка містить основні поняття, що використовується в цьому законі, визначає тимчасовий притулок як можливість іноземного громадянина або особи без громадянства тимчасово перебувати на території Російської Федерації.

Рішення про надання тимчасового притулку приймається територіальними органами федерального органу виконавчої влади з міграційної служби за місцем подання іноземним громадянином або особою без громадянства заяви з проханням про надання можливості тимчасово перебувати на території Російської Федерації.

Стаття 12 Федерального закону чітко визначає перелік випадків, за якими може бути надано тимчасовий притулок, а саме: 1) якщо іноземний громадянин або особа без громадянства має підстави для визнання біженцем, але обмежується заявою в письмовій формі з проханням про надання можливості тимчасово перебувати на території Російської Федерації; 2) якщо іноземний громадянин або особа без громадянства не мають підстав для визнання біженцем за обставин, передбачених цим Федеральним Законом, але з гуманних міркувань не можуть бути вислані (депортовані) за межі території Російської Федерації[13].

На нашу думку, наявність у законодавстві Росії інституту тимчасового притулку досить розумний та гуманний крок у вирішенні проблем правового регулювання статусу мігрантів, адже, як виявляється на практиці, досить багато осіб, які не змогли отримати статус біженця в Україні або з певних міркувань не бажали отримувати останній, стають нелегальними мігрантами та незаконно перебувають на території України. Отже, введення даного поняття в Закон України "Про біженців" є актуальним питанням на сьогоднішній день, яке вимагає подальшого обговорення та пильнішої уваги з боку українського законодавця.

Також хотілося б звернути увагу на розмежування поняття "біженець" та "вимушений переселенець", про які вже йшлося вище.

На відміну від біженця вимушеним переселенцем визнається громадянин Російської Федерації, що залишив місце проживання внаслідок заподіяного йому або членам його родини насильства або переслідування в інших формах, або внаслідок реальної загрози бути переслідуваним за ознакою раси чи національної належності, віросповідання, мови, а також за ознакою належності до певної соціальної групи або політичних переконань, які стали приводом для проведення ворожих компаній відносно конкретної особи або групи осіб, масових порушень громадського порядку[14].

Якщо провести порівняльний аналіз понять "біженець" та "вимушений переселенець", можна чітко встановити, що основним критерієм, за яким розрізняються ці дві категорії осіб, є належність до громадянства Російської Федерації.

Проте в деяких випадках закон допускає визнання вимушеним переселенцем особи, яка не має громадянства Російської Федерації. Так, вимушеним переселенцем може бути визнаний іноземний громадянин або особа без громадянства в тому випадку, якщо він на законних підставах постійно проживає на території Росії, але в силу зазначених вище обставин йому прийшлося змінити місце проживання[15].

Відповідно до Закону РФ "Про вимушених переселенців" вимушеним переселенцем не може бути визнана ***особа***: 1) яка скоїла злочин проти миру, людства або інший тяжкий злочин, який визнаний таким законодавством Російської Федерації; 2) не звернулася без поважних причин з клопотанням про визнання її вимушеним переселенцем протягом дванадцяти місяців з дня, коли вона вибула з місця проживання або протягом одного місяця з дня втрати статусу біженця у зв'язку з придбанням громадянства Російської Федерації; 3) залишила місце проживання з економічних причин або внаслідок голоду, епідемії або надзвичайних ситуацій природного чи техногенного характеру[16].

При цьому слід підкреслити, що статус вимушеного переселенця надається на 5 років. А в разі, якщо наявні обставини, які перешкоджають вимушеному переселенцю в облаштуванні на новому місці проживання, термін дії його статусу продовжується на кожен наступний рік.

Щодо строків надання статусу біженця, то на відміну від Росії, яка встановила що статус біженця надається строком до 3 років (ст. 7), Україна в новій редакції Закону "Про біженців" у ст. 14 визначила, що статус біженця в Україні надається на період дії обставин, які зазначені в абз. 2 ст. 1 цього Закону[17], тобто доки не перестануть існувати ті обставини, які призвели до того, що особа стала біженцем.

Таке визначення є досить вдалим та, на наш погляд, є здобутком для українського законодавства.

Однак сфера правового регулювання такої категорії осіб, як біженці вимагає не тільки наявності належної нормативно-правової бази, яка б відповідала реаліям сьогодення та міжнародно-правовим стандартам, а й потребує вирішення фінансових питань.

Так, наприклад, порівняно із Законом України "Про біженців" Федеральний Закон "Про біженців" окремою статтею передбачає існування спеціального фонду допомоги біженцям, в якій вказується, що такий фонд формується за рахунок благодійних внесків фізичних та юридичних осіб, а також коштів, які надходять від іноземних держав, міжнародних та міжурядових організацій, коштів учасників фонду, і функціонує для фінансування заходів із соціальної та культурної адаптації, а також облаштування осіб, визнаних біженцями на території Росії.

На нашу думку необхідно використати світовий досвід та досвід російських колег і передбачити на законодавчому рівні існування такого фонду в Україні.

Нова редакція Закону України Про біженців" усуває багато із законодавчих прогалин, які виявилися у зв'язку з реалізацією законодавства України з питань біженців протягом останніх років, повніше забезпечує захист їхніх прав[18]. Проте, як виявляється на практиці, даний закон потребує подальшого вдосконалення з урахуванням існуючих положень, інституцій, які були апробовані на практиці іншими державами, зокрема Російською Федерацією.

[1] *Куракин А.В.* Иностранные граждане и лица без гражданства как субъект административного права России // Государство и право. – 2001. – № 6. – С.25. [2] *Буроменський М.В.* Міжнародний захист прав людини та права біженців. Навчальний посібник. – К., 2002. – С.143. [3] *Кузьменко О.В.* Адміністративно-правовий статус біженців в Україні. – К., 2001. – С.77-78. [4] Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 дек. 1993 г. – 2001. – С.17. [5] Конституція України. Прийнята на У сесії Верховної Ради України від 28 черв. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. [6] Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 23. – Ст. 161. [7] *Бритченко С.* Стан законодавства України про біженців // Біженці та міграція: Український часопис права і політики. – 1998. – № 3-4. – С.41. [8] Положение о порядке предоставления Российской Федерацией политического убежища // Собрание законодательства Российской Федерации. –1997. – № 30. – Ст. 3601. [9] Там само. [10] *Литвинова Г.И., Михалева Н.А.* Правовая защита беженцев и вынужденных переселенцев в России // Государство и право. – 1992. – № 4. – С.10. [11] *Андриченко Л.В., Белоусова Е.В.* Статус беженцев и вынужденных переселенцев: сравнительно-правовой аспект // Журн. российского права. – 1999. – № 5/6. – С.108. [12] Федеральный Закон "О беженцах" // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1997. – № 26. – Ст. 2956. [13] Там само. [14] О вынужденных переселенцах: Закон Российской Федерации // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1995. – № 52. – Ст. 5110. [15] *Андриченко Л.В., Белоусова Е.В.* Зазнач. праця. – С.110. [16] О вынужденных переселенцах: Закон Российской Федерации // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1995. – № 52. – Ст. 5110. [17] Про біженців: Закон України // Офіційний вісник України. – 2001. – № 9. [18] *Малиновська О.* Біженці у світі та в Україні: моделі вирішення проблеми. – 2003. – С.248.

Надійшла до редколегії 29.03.04

Культурна спадщина України

О.В.Совгиря, асп.

ПРАВОВИЙ СТАТУС ПАРЛАМЕНТСЬКОЇ ОПОЗИЦІЇ В УКРАЇНІ: ПЕРСПЕКТИВИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Присвячено актуальним проблемам правового регулювання діяльності парламентської опозиції в Україні. Наводиться системний аналіз поданих до Верховної Ради України законопроектів, що містять положення стосовно зазначеного питання.

Article is devoted to actual problems of legal regulation of activity of parliamentary opposition in Ukraine. In it the system analysis submitted in the Supreme Rada of Ukraine of bills which contain positions concerning the specified question is located.

Аналіз чинного законодавства України на предмет закріплення в ньому правового статусу парламентської опозиції (далі – ПО) дає можливість зробити висновок про те, що таке закріплення фактично відсутнє, натомість має місце лише встановлення окремих загальних засад на рівні міжнародно-правових актів, зокрема Загальної декларації прав людини[1], Європейської конвенції про захист прав та основних свобод людини[2], Міжнародного пакту про громадянські та політичні права[3], а також Конституції України[4], Регламенту Верховної Ради України[5] та Закону України "Про політичні партії в Україні"[6]. Звичайно, для забезпечення нормального функціонування ПО цього недостатньо.

Проаналізувавши останні дослідження та публікації українських та зарубіжних вчених на предмет висвітлення в них правових засад діяльності ПО, можна зробити висновок про те, що на сьогодні таке висвітлення є досить поверховим, оскільки має місце лише в тій частині, в якій воно пов'язано з предметом дослідження певного автора. Тобто окремі наукові роботи, присвячені даному питанню, та публікації за їх матеріалами, відсутні.

Отже, необхідність прийняття закону, що регулюватиме правовий статус ПО, є очевидною і закріплена, зокрема, у наступних актах: Угода про утворення та основні засади діяльності постійно діючої парламентської більшості у Верховній Раді України четвертого скликання[7], Послання Президента України "Україна: поступ у XXI століття. Стратегія економічної та соціальної політики на 2000–2004 рр."[8].

Відповідно до проголошених завдань було розроблено цілу низку проектів законів. Законопроекти пропонують різні варіанти поєднання закріплення правового статусу парламентської більшості, парламентської опозиції та політичної опозиції. Серед них, зокрема, наступні: про парламентську більшість та парламентську опозицію у Верховній Раді України (далі – ВРУ); про парламентську більшість та парламентську опозицію; про політичну опозицію; про політичну опозицію у ВРУ; про парламентську опозицію.

На думку автора, найдоцільнішим є прийняття закону про парламентську більшість та політичну опозицію, який визначатиме їхній правовий статус. З одного боку, якщо поглянути на цю проблему суто теоретично, то можна не погодитися з тим, що в одному законі регулюється статус двох різнопорядкових явищ – парламентської більшості й політичної опозиції. Ця різнопорядковість виявляється в тому, що поняття політичної опозиції є ширшим, ніж поняття парламентської більшості. Але, з іншого, практичного боку, тут немає ніякої суперечності, оскільки, як слушно зазначають російські вчені М.В.Баглай і В.О.Туманов[9], розмежування політичної опозиції на види (парламентську та позапарламентську) є умовним, бо в реальному політичному житті в парламенті й поза ним ця діяльність здійснюється тими самими політичними силами. Тому регулювання правового статусу парламентської більшості й політичної опозиції в одному нормативно-правовому акті є цілком логічним та обґрунтованим.

Усі існуючі проекти законів що врегульовують статус ПО, можна поділити на дві групи: 1) ті, які містять визначення поняття ПО; 2) ті, в яких таке визначення відсутнє. На думку автора, у жодному з існуючих проектів законів не наведено вдале і точне визначення поняття ПО. Тому можна запропонувати наступне власне визначення цього поняття. Парламентська опозиція – гарантоване Конституцією України добровільне об'єднання народних депутатів України – членів депутатських груп (фракцій), позафракційних народних депутатів України, які не підтримують офіційний політичний курс Президента України і (або) Кабінету Міністрів України та не є членами політичної партії (блоку), які висунули кандидатуру діючого Президента України на виборах Президента України, не представлені у складі Кабінету Міністрів України, і здійснюють діяльність, спрямовану на зміну офіційного політичного курсу та (або) легальне усунення з посади Президента України і (або) окремих членів Кабінету Міністрів України або його відставку в цілому.

У зв'язку з даним визначенням необхідно зробити застереження стосовно того, що в ньому йдеться про можливість участі в парламентській опозиційній діяльності депутатських груп, які традиційно (хоч це не відображено в чинному Регламенті) утворюються на позапартійній основі, а також позафракційних народних депутатів. Депутатські групи та позафракційні народні депутати зможуть брати участь у діяльності ПО лише в тому випадку, якщо залишиться незмінною існуюча виборча система України (мажоритарно-пропорційна). Якщо ж відбудеться перехід до пропорційної виборчої системи, зрозуміло, що всі депутати входитимуть до складу фракцій партій, за списками яких їх було обрано, а отже, лише фракції будуть тими суб'єктами, які зможуть утворити ПО.

Практично кожен із представлених законопроектів більш або менш систематизовано наводить перелік демократичних засад, на яких ґрунтується діяльність ПО. Але спільною вадою всіх законопроектів щодо цього питання є те, що ці засади прописані, виходячи виключно з того, що порушені можуть бути права тільки ПО, а те що вона сама або її члени як представники ПО так само можуть бути порушниками прав інших суб'єктів, у законопроектах не відображено. Так, у ч. 2 ст. 2 проекту Закону України "Про політичну опозицію" від 06.07.01 № 746910 зазначено, що належність до політичної опозиції не може бути підставою для обмеження прав і свобод осіб, які входять до неї. Аналогічна норма міститься і в інших законопроектах ("Про політичну опозицію у Верховній Раді України" від 28.02.2000 № 5101-111, "Про політичну опозицію" від 16.07.02 № 200712, "Про парламентську більшість і парламентську опозицію у Верховній Раді України" від 30.07.03 № 2214-113). На думку автора, зазначена норма повинна мати такий зміст: належність до політичної опозиції не може бути підставою для обмеження прав і свобод осіб, які входять до неї, а також для невиконання обов'язків, покладених на них Конституцією, цим та іншими законами України.

Щодо питання визначення суб'єктів ПО, то існуючі проекти законів вирішують його по-різному. Так, в одних законопроектах до цих суб'єктів відносяться: депутатські фракції (групи), об'єднання депутатських фракцій (груп) (в окремих законопроектах таке об'єднання має назву парламентський "опозиційний блок"), народних депутатів України, а в інших, наприклад, у законопроекті "Про політичну опозицію у Верховній Раді України" від

© О.В.Совгиря, 2004

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

28.02 2000 № 5101-1 народні депутати не розглядаються як суб'єкти парламентської опозиційної діяльності. На думку автора, останній підхід є неправильним, оскільки для народних депутатів України – членів парламентської більшості та ПО законопроектами встановлено різні права, що випливають з такого членства, а отже, вони мають бути самостійними суб'єктами парламентської опозиційної діяльності. Але в зазначеному вище законопроекті, попри його вказаний недолік, міститься дуже важлива норма (ч. 2 ст. 2), яка прямо не зазначена в інших законопроектах – про те, що суб'єкти парламентської опозиційної діяльності можуть здійснювати таку діяльність як спільно, так і окремо. В інших же законопроектах ми можемо знайти наступну норму: ПО може бути утворена за ініціативою депутатських фракцій (груп), народних депутатів України, що не ввійшли до складу парламентської більшості. Тобто за відсутності згаданої норми (ч. 2 ст. 2 законопроекту від 28.02.2000 № 5101-1) складається враження про те, що опозиційні фракції (групи) та народні депутати обов'язково повинні діяти об'єднано.

Питання стосовно порядку утворення ПО є критерієм, за яким існуючі законопроекти поділяються на три групи: ті, які передбачають, що ПО утворюється шляхом укладання Угоди про ПО за умови підписання її більш ніж 2/3 народних депутатів України, які становлять парламентську меншість, але не менше 1/5 від конституційного складу ВРУ; ті, які також містять вимогу про необхідність підписання Угоди між суб'єктами опозиційної діяльності, але незалежно від їхньої кількості; ті, які встановлюють, що для переходу до складу ПО депутатські фракції (групи) та позафракційні народні депутати повинні зробити про це заяву (прийняти рішення), яка (яке) виголошується на пленарному засіданні ВРУ. Очевидно, що останній заявочний принцип є найприйнятнішим для формування ПО, оскільки враховує можливість переходу до ПО навіть однієї фракції, групи або позафракційного депутата, тоді як Угода передбачає, що її мають укласти принаймні два суб'єкти, а якщо такий суб'єкт буде один, то за логікою даних законопроектів утворення ПО є неможливим. Навіть при утворенні опозиційного блоку має діяти саме заявочний принцип, оскільки підписання Угоди (та ще й з визначеними вимогами до неї, як це запропоновано в декількох законопроектах) є створенням формальних перешкод до утворення ПО.

Крім вимоги про підписання Угоди або прийняття заяви про утворення ПО за законопроектом від 16.02.2000 № 510114 ПО повинна прийняти Програму діяльності опозиційного формування. Міркування щодо недоцільності створення залежності між прийняттям такої Програми та створенням ПО ті ж самі, що і при укладенні Угоди про створення ПО. Але цей законопроект містить важливу норму, яка залишилася поза увагою інших законопроектів. Це норма про те, що рішення про перехід до опозиційної діяльності має прийняти не тільки сама фракція, а й вищий статутний представницький орган партії цієї фракції. Це важливо, оскільки, якщо члену цієї партії, який може і не бути народним депутатом України, буде запропонована одна з керівних посад у державі і він, за згодою партії, обійме цю посаду, то такі дії вказаної особи є підставою для припинення опозиційної діяльності як самою партією, так і її парламентською фракцією.

Чотири з десяти існуючих законопроектів, говорячи про створення ПО, встановлюють вимогу щодо несумісності перебування представників політичних партій, їхніх виборчих блоків, фракції яких у ВРУ заявили про опозиційну діяльність, з посадами керівників центральних або місцевих органів виконавчої влади України, Ради Міністрів Автономної Республіки Крим, Адміністрації Президента України. Така вимога, на думку автора, є цілком обґрунтованою, оскільки на вказаних керівних посадах повинні знаходитися представники тих політичних сил, які беруть на себе відповідальність за здійснення офіційного політичного курсу, тобто представники політичних партій (блоків), фракції яких у ВРУ входять до складу парламентської більшості.

Принциповим моментом для характеристики правового статусу ПО є визначення обсягу її прав. Законопроекти по-різному підходять до регулювання цього питання. Більшість з них подає загальний перелік прав, відносячи до них такі, як: право на критику, право на об'єднання, інформаційні права (у тому числі на використання друкованих державних засобів інформації, державного телебачення та радіомовлення, інших ЗМІ та інформаційних ресурсів, на інформування виборців про свою діяльність, на поширення інформації у ВРУ та ін.), право на заяву у ВРУ, право на доповідь у ВРУ, право на участь у парламентському контролі, право на заклик до опору, право на розробку та внесення на розгляд ВРУ альтернативних рішень щодо соціально-економічного та політичного життя суспільства, право на представлення у складі виборчих комісій та комісій з референдумів. У ч. 1 ст. 19 законопроекту "Про парламентську опозицію" від 16.02.2000 № 5101 наведено класифікацію прав ПО, відповідно до якої розрізняють такі види прав: інформаційні, організаційні, фінансово-матеріальні. Крім того, у деяких законопроектах (від 10.01.01 № 632915, від 08.11.01 № 824016, від 19.09.02 № 221417, від 20.02.03 № 2214-218) встановлено такі групи прав ПО: на зайняття посад голів або заступників голів комітетів ВРУ, на пленарних засіданнях ВРУ, на користування державними ЗМІ, на утворення опозиційного Кабінету Міністрів.

Невід'ємною складовою правового статусу будь-якого суб'єкта є гарантії реалізації його прав. До таких гарантій законопроектами віднесено наступні: незмінність закону, що регулює правовий статус опозиції в умовах воєнного або надзвичайного стану, судовий захист прав суб'єктів політичної опозиції, у тому числі право на оскарження до суду суб'єктами опозиції рішень, дій або бездіяльності органів державної влади і місцевого самоврядування та відшкодування завданих збитків, встановлення відповідальності за порушення прав ПО.

Крім прав та гарантій, до складу правого статусу суб'єкта обов'язково включаються його обов'язки. На жаль, усі десять існуючих законопроектів, що врегульовують правовий статус ПО, залишають поза своєю увагою питання стосовно її обов'язків, чим створюють підстави для висновку про те, що врегулювання в них статусу ПО є неповним. На думку автора, до обов'язків ПО можна віднести наступні: 1) додержуватися вимог Конституції України, Закону України, що визначає статус ПО, закону про Регламент ВРУ, інших законів; 2) не закликати до вчинення, не вчиняти або будь-яким чином не сприяти вчиненню дій, спрямованих на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення. Суб'єкти парламентської опозиційної діяльності не можуть створювати, матеріально утримувати або брати участь в утриманні воєнізованих формувань; 3) ПО зобов'язана не використовувати для залучення нових членів матеріальні, фінансові та інші способи, що передбачають отримання вигоди тими, кому пропонується входження до складу ПО, або іншими, пов'язаними з ними суб'єктами; 4) належність народних депутатів України, фракцій (груп) до ПО не є підставою для звільнення їх

від виконання обов'язків, передбачених Конституцією та законами України; 5) суб'єкти ПО не можуть висувати і підтримувати вимоги і пропозиції щодо питань, які не були узгоджені Координаційною радою ПО, а також зобов'язані утримуватися від дій, які можуть зашкодити реалізації спільно виробленої Програми діяльності ПО або завдати шкоди її суб'єктам.

Щодо питання фінансового забезпечення парламентської опозиції, то потрібно зазначити, що не всі законопроекти включили його до свого змісту, а лише три з них (від 16.02.2000 № 5101, від 06.07.01 № 7469, від 16.07.02 № 2007). Усі ці законопроекти здійснюють правове регулювання вказаного питання, виходячи з того, що суб'єкти політичної опозиції (у тому числі парламентської) вільні у виборі джерел фінансування своєї діяльності за умови дотримання вимог чинного законодавства. Далі два останніх з названих законопроектів повністю відтворюють перелік обмежень у фінансуванні політичних партій, передбачений ч. 1 ст. 15 закону України "Про політичні партії в Україні", доповнюючи його забороною здійснення фінансування юридичними особами та фізичними особами-підприємцями, що мають заборгованість перед бюджетами всіх рівнів. Законопроект від 16.02.2000 № 5101 детальніше регулює дане питання, встановлюючи не лише перелік заборон, а й тих джерел, з яких фінансування дозволено. До останніх за законопроектом належать: кошти опозиційного формування, кошти політичної партії (блоку партій), за рішенням якої (якого) парламентська фракція перейшла до опозиційної діяльності, кошти громадян, юридичних осіб, зареєстрованих в Україні. Законопроект встановлює також обмеження розміру внесків, що можуть бути зроблені громадянином України протягом одного календарного року 100 неоподатковуваними мінімумами доходів громадян, а юридичними особами – 1000. На думку автора, встановлення такого обмеження є дійсно необхідним, бо в країні з низьким рівнем матеріального забезпечення населення, якою є Україна, великі кошти можуть використовуватися як засіб маніпуляції суспільною думкою і політичними симпатіями суспільства. Кошти, призначені для фінансування ПО за вказаним законопроектом зосереджуються на окремому банківському рахунку, який відкривається ВРУ як юридичною особою. Розпорядником цих коштів є лідер блоку (керівник фракції або групи). Щорічно опозиційне формування має оприлюднювати фінансовий звіт у газеті "Голос України". Але суттєвим недоліком усіх трьох згаданих законопроектів є те, що вони не встановлюють відповідальність за порушення вимог щодо фінансування. На думку автора, доцільно було б доповнити вказані законопроекти нормою про те, що кошти, які надійшли парламентській опозиції з порушенням вимог, передбачених цим законом, перераховуються Верховною Радою України до Державного бюджету України або стягуються в доход держави в судовому порядку. Інформація про надходження на вказаний окремий банківський рахунок ВРУ коштів, заборонених цим законом, доводиться відповідною банківською установою до відома Міністерства юстиції України.

Щодо припинення діяльності ПО, то цьому питанню приділяють увагу всі 10 законопроектів. В основному наведені в них підстави для припинення опозиційної діяльності є спільними. До них належать: припинення повноважень ВРУ; ухвалення більшістю опозиційної депутатської фракції (групи) чи парламентського опозиційного блоку рішення про припинення опозиційної діяльності, про що офіційно оголошується на пленарному засіданні ВРУ; припинення існування суб'єкта парламентської опозиції внаслідок розпуску відповідної депутатської фракції (групи) у встановленому порядку; заборона в установленому порядку діяльності політичної партії, яка сформувала відповідну парламентську фракцію (групу). Окремі законопроекти (від 10.01.01 № 6329, від 08.11.01 № 8240, від 19.09.02 № 2214, від 20.02.03 № 2214-2) називають лише одну підставу, за наявності якої діяльність ПО може бути припинена – зменшення кількості народних депутатів України, які входять до її складу, до кількості, яка не надає право на її утворення (за цими законопроектами це 2/3 народних депутатів України, які становлять парламентську меншість, але не менше 1/5 від конституційного складу ВРУ). У ст. 38 проекту Закону України "Про парламентську опозицію" від 16.02.2000 № 5101 закріплено важливі підстави припинення парламентської опозиційної діяльності, які не відображені в інших законопроектах. Це такі підстави, як: задоволення Кабінетом Міністрів України більше половини положень, які містить Програма діяльності опозиційних формувань та згода опозиційної партії на зайняття її членом посади, несумісної зі збереженням фракцією цієї партії статусу опозиційного формування. Ці підстави мають бути обов'язково включені до переліку підстав припинення діяльності ПО, адже з досягненням зазначених цілей зникає потреба і сенс у діяльності ПО.

Отже, проаналізувавши питання законодавчого регулювання правового статусу ПО, можна зробити наступні висновки: 1) для забезпечення цивілізованого функціонування ПО в Україні вкрай необхідним є прийняття Закону України "Про парламентську більшість та політичну опозицію"; 2) при розробці проекту цього закону обов'язково мають бути враховані позитивні напрацювання, які містяться в 10 проаналізованих законопроектах, а існуючі в них недоліки – залишені поза його межами.

[1]Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2003, 00, 3. [2] Європейська конвенція про захист прав та основних свобод людини від 04.11.50, ратифікована Україною із застереженнями 17.07.97 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13 (16.04.98). [3] Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 19.12.66, набув чинності для України 23.03.76 // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2002, 00, 1. [4] Конституція України від 28.06.96 № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30 (23.07.96). – Ст. 141. [5] Регламент Верховної Ради України, затверджений постановою Верховної Ради України від 27.07.94 № 129/94-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 35 (30.08.94). – Ст. 338. [6] Про політичні партії в Україні: Закон України від 05.04.01 № 2365-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 23 (08.06.2001). – Ст. 118. [7] Угода про утворення та основні засади діяльності постійно діючої парламентської більшості у Верховній Раді України четвертого скликання від 27.09.02 // Голос України. – 2002. – 10 жовт. [8] Україна: поступ у XXI століття. Стратегія економічної та соціальної політики на 2000–2004 рр.: Послання Президента України від 23.02.2000 № 276а/2000 // Урядовий кур'єр. – 2000. – 28 січ. [9] *Баглай М.*В., *Туманов В.О.* Малая энциклопедия конституцонного права. – М., 1998. – С.289-290. [10] Про політичну опозицію: Проект Закону України від 06.07.01 № 7469 // http: // www.rada.kiev.ua (офіційний сайт Верховної Ради України). [11] Про політичну опозицію у Верховній Раді України: Проект Закону України від 28.02.2000 р. № 5101-1 // http: // www.rada.kiev.ua. [12] Про політичну опозицію: Проект Закону України від 16.07.02 № 2007. // http: // www.rada.kiev.ua. [13] Про парламентську більшість і парламентську опозицію у Верховній Раді України: Проект Закону України від 30.07.03 № 2214-1. // http: // www.rada.kiev.ua. [14] Про парламентську опозицію: Проект Закону України від 16.02.2000 № 5101. // www.rada.kiev.ua. [15] Про парламентську більшість та парламентську опозицію: Проект Закону України від 10.01.01 № 6329 // www.rada.kiev.ua. [16] Про парламентську більшість та парламентську опозицію: Проект Закону України від 08.11.01 № 8240 // www.rada.kiev.ua. [17] Про парламентську більшість та парламентську опозицію: Проект Закону України від 19.09.02 № 2214 // www.rada.kiev.ua. [18] Про парламентську опозицію: Проект Закону України від 20.02.03 № 2214-2 // www.rada.kiev.ua.

Надійшла до редколегії 28.11.04

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Л.В.Романюк, асп.

ОБМЕЖЕННЯ, ПОВ`ЯЗАНІ З ПРИЙНЯТТЯМ НА ДЕРЖАВНУ СЛУЖБУ ТА ПРОХОДЖЕННЯМ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ

Розглядаються актуальні питання поняття, види та роль обмежень, пов`язаних з прийняттям на державну службу та проходженням державної служби. Аналізуються різні погляди, які існують з приводу визначення поняття та розподілу обмежень на державній службі. Висловлюються власні позиції щодо шляхів удосконалення системи обмежень на державній службі.

The article is dedikated to the actual questions of the notion, kinds and role of the restrictions, connected with the admission to the public service and passing of it. Different points of veiw, which exist as to the determination of the notion and the division of the restrictions in the public service are analysed in the article. Our own opinion as to the ways of the refinement of the system of the restrictions in the public servise is advanced.

У ході соціально-економічних реформ і політичних перетворень в Україні особливе місце належить державній службі. Будучи важливою частиною механізму державного управління, вона має стати основним засобом практичної реалізації складних суспільних відносин і процесів демократичної, правової держави.

Концепція адміністративної реформи в Україні, основні положення якої Указом Президента України від 22 липня 1998 р. № 810 покладено в основу здійснення реформування системи державного управління, передбачає відповідний розвиток та вдосконалення державної служби, становлення її професійною, високоефективною, стабільною й авторитетною.

Проходження державної служби є однією з найважливіших складових інституту державної служби. Ефективність державної служби значною мірою залежить від професіоналізму державних службовців, їхніх моральних якостей та ділової активності. У зв`язку з цим особливо важливого значення набуває вдосконалення проходження державної служби, висвітлення питань та проблем окремих елементів, які сприяють на проходження державної служби та від яких залежить формування добре налагодженої та ефективно діючої державної служби в Україні.

Одним з таких елементів є обмеження, пов`язані з прийняттям та проходженням державної служби. В умовах переходу України до ринкових відносин та до іншої політичної системи актуальною стає проблема дослідження та оновлення системи обмежень щодо державних службовців.

Слід зазначити, що проблемам формування державної служби в Україні, питанням правового статусу державних службовців та процесу проходження державної служби значна увага приділяється в роботах багатьох вітчизняних вчених, зокрема В.Б.Авер'янова, Ю.П.Битяка, С.Д.Дубенко, Г.І.Лелікова, Н.Р.Нижник, О.Ю.Оболенського, І.П.Лаврінчука, В.Я.Малиновського, С.В.Ківалова та ін.

Аналіз літератури дає підстави стверджувати, що вже створені передумови для розуміння сучасної концепції державної служби та розробки моделі інституту проходження державної служби. Водночас можна констатувати, що стан розробленості вказаних питань є нерівномірним за своєю глибиною і комплексністю охоплення. В юридичній літературі існує багато системних досліджень інституту державної служби в Україні, але монографічного аналізу обмежень, пов'язаних з державною службою, поки що не було проведено.

Законами України "Про державну службу", "Про боротьбу з корупцією" та іншими законодавчими актами встановлено певні обмеження, пов'язані з прийняттям та проходженням державної служби. Ці обмеження діють упродовж всього терміну перебування на службі та не можуть бути відмінені або замінені іншими положеннями.

Правообмеження для державних службовців зумовлені специфікою виконуваних ними завдань, функцій держави та службових повноважень і полягають в основному в деяких заборонах для державних службовців. Головною метою правообмежень є забезпечення ефективного функціонування органів державної влади, установлення правових перепон можливому зловживанню державних службовців своїм становищем, створення умов для незалежного виконання посадових повноважень і реалізації визначених Конституцією України прав і свобод громадян. Слід також погодитися з думкою Д.М.Овсянка, який підкреслює, що однією з цілей установлених для державних службовців обмежень є забезпечення високого морального обличчя державного службовця та свободи його діяльності в межах службових повноважень[1].

У чинному законодавстві України відсутнє легальне визначення обмеження на державній службі. Але в юридичній науковій літературі існують досить багато різних поглядів з цього питання. Так, наприклад, С.В.Ківалов вважає, що під обмеженням слід розуміти визначені в Конституції України і чинному законодавстві умови, заборони, правила, які ставлять державних службовців в юридичні рамки, виходити за межі яких їм заборонено. Д.Н.Бахрах вважає, що обмеження – це обов'язки, заборони здійснювати певну діяльність, виконання яких, як правило, досягається шляхом бездіяльності[2]. Ми не схильні відкидати ту чи іншу позицію, але, на нашу думку, при визначенні поняття обмеження перш за все слід звернути увагу та підкреслити те, що їх встановлення та застосування насамперед обумовлено специфікою правового статусу та професійної діяльності державних службовців. При проведенні аналізу обмежень слід також звернути увагу на те, що їх встановлення, на думку деяких вчених, обмежує конституційні права громадян[3], які працюють на державній службі. Однак, коли розглянути цю проблему з іншого боку, то можна побачити, що такі обмеження є необхідним фактором, який забезпечує чітку роботу державного апарату. До того ж вступ на державну службу в Україні базується перш за все на одному з найважливіших принципів праці – її добровільності. Право на працю – це не обов'язок громадянина, оскільки він вступає на державну службу на основі свого власного волевиявлення. Згідно з Порядком ведення особистих справ державних службовців в органах виконавчої влади, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 25 травня 1998 р. № 731 претендент на посаду державного службовця підписує попередження про встановлені законодавством України обмеження, пов'язані з прийняттям на державну службу та її проходженням. Виходячи з цього, можна зазначити, що кандидат на державну службу сам робить свій вибір, а в цьому випадку обмеження слід розглядати не як заборони, які обмежують конституційні та політичні права громадянина, а як специфічні умови проходження державної служби.

В юридичній науковій літературі існують різні погляди щодо розподілу обмежень державних службовців на види. Виділяють обмеження політичного, вікового, фінансового характеру. Але, на нашу думку, слід погоди-

© Л.В.Романюк, 2004

Yaroslav Mudryi Law University

тися з О.Ю.Оболенським, який стверджує, що правообмеження державних службовців поділяються на два види: обмеження етичного змісту та обмеження юридичного характеру [4]. У свою чергу, обмеження юридичного характеру вчений поділяє на: обмеження, пов'язані з прийняттям на державну службу, та обмеження, пов'язані з проходженням державної служби.

Виділивши як окремий вид обмеження етичного характеру, вчений, як ми вважаємо, взяв за основу поведінку державного службовця, закріплену на законодавчому рівні (ст. 5 Закону України "Про державну службу"). Під етикою на державній службі в юридичній науці розуміють систему принципів і норм службової поведінки і діяльності державного службовця[5]. В основу етики покладено уявлення про чесність і непідкупність державних службовців, їхню вірність народу, державі та закону. У Загальних правилах поведінки державного службовця регламентовано вимоги та заборони, пов'язані з державною службою. І хоч більшість з цих обмежень закріплена відповідно до Законів України "Про державну службу" та "Про боротьбу з корупцією", деякі з них мають етичний зміст. Отже, доцільно, щоб етичні обмеження до поведінки державних службовців були сконцентровані й закріплені не в багатьох, а в одному законодавчому акті – Кодексі основних правил поведінки державного службовця України.

Обмеження юридичного характеру, як уже було зазначено, поділяються на два види. Законом України "Про державну службу" встановлено жорсткіші порівняно з Кодексом про працю умови прийняття на посади державних службовців. Так, згідно зі ст. 12 цього Закону на державну службу не можуть бути прийняті особи, визнані у встановленому порядку недієздатними. Таке обмеження пов'язано з великими повноваженнями державних службовців у прийнятті управлінських рішень, а також у зв'язку з тим, що неадекватність дій державного службовця може призвести до значних матеріальних збитків, до людських жертв, інших важких за наслідками результатів.

Ще одним обмеженням при прийнятті на державну службу є судимість, яка за рішенням суду визнана несумісною із зайняттям посади в органах державної влади.

При прийнятті на державну службу Закон України "Про державну службу" передбачає й такі обмеження, які перешкоджають розвиткові сімейності в органах державної влади. У ст. 12 ідеться про те, що не можуть бути обраними або призначеними на посади особи, які в разі зайняття ними відповідної посади будуть безпосередньо підпорядковані або підлеглі особам, які є їхніми близькими родичами чи свояками.

З цих положень можна побачити, що їхньою основною метою є поліпшення підбору кадрів на державну службу. Але, на нашу думку, ст. 12 цього Закону має деякі неточності. Так, у ст. 4 Закону України "Про державну службу" зазначено, що право на державну службу мають громадяни України, однак у ст. 12 цього Закону не встановлено заборони щодо прийняття на державну службу іноземців та осіб без громадянства. На нашу думку, це підкреслює необхідність оновлення класифікації посад на державній службі та запровадження додаткового елемента набору кадрів до органів державної служби через роботу "працівником органу державної влади", оскільки це дає можливість приймати на роботу до органів державної влади на певні посади (консультантів, радників тощо) в разі потреби іноземців та осіб без громадянства[6]. Також вважаємо слушними пропозиції щодо встановлення граничних вікових обмежень "не лише щодо перебування на державній службі, а й щодо вступу на державну службу, оскільки держава повинна ефективно "інвестувати" в професіоналізм службовців, а не отримувати невиправдане бюджетне навантаження" [7].

Крім цього, Законами України "Про державну службу", "Про боротьбу з корупцією" та іншими законодавчими актами встановлено обмеження, пов'язані з проходженням державної служби. Відповідно до них державний службовець не має права:

- займатися підприємницькою діяльністю безпосередньо чи через посередників, крім випадків, передбачених законодавством, або бути повіреним третіх осіб у справах державного органу, де він працює, а також виконувати роботу на правах сумісництва (крім наукової, викладацької творчої діяльності, а також медичної практики);
- сприяти, використовуючи своє службове становище, фізичним, юридичним особам у провадженні ними підприємницької діяльності, а також отриманні субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи пільг з метою одержання за це для себе, своїх родичів або інших осіб матеріальних благ, послуг, пільг або інших переваг;
- входити самостійно, через представника або підставних осіб до складу правління чи інших виконавчих органів підприємств, кредитно-фінансових установ, господарських товариств, організацій, спілок, об'єднань, що провадять підприємницьку діяльність;
- відмовляти фізичним і юридичним особам в інформації, надання якої передбачено правовими актами, навмисне затримувати її. Надавати недостовірну чи неповну інформацію, відмовляти у видачі або затримувати підготовку та видачу фізичним або юридичним особам передбачених законодавством довідок, посвідчень, інших документів;
- вимагати чи приймати від фізичних і юридичних осіб подарунки, послуги чи будь-які інші переваги, які є чи можуть виглядати як винагорода за рішення чи дії, що належать до його службових обов'язків.

Державні службовці не можуть брати участь у страйках та вчиняти інші дії, що перешкоджають нормальному функціонуванню державного органу.

Усі вищезазначені вимоги, на нашу думку, є доцільними, обумовленими специфікою проходження державної служби. Однак спірним залишається питання про заборону державним службовцям на участь у страйках. З одного боку, державні службовці представляють саму державу [8], звідси й наявність цього специфічного обмеження. Але в основі аналізу досвіду країн – учасниць ЄС у багатьох країнах існує право на страйк. На нашу думку, у близькому майбутньому, коли в Україні рівень надання управлінських послуг населенню буде відповідати світовим стандартам, вважаємо за необхідне розглянути доцільність надання такого права державним службовцям.

Певні обмеження, пов'язані з проходженням державної служби, встановлює також Закон України "Про боротьбу з корупцією". У ньому закріплені обмеження відносно державних службовців, які є посадовими особами, а також, визначені діяння, які є корупційними.

В Україні визнається багатопартійність, але державні службовці за характером своєї діяльності повинні бути політично нейтральними. У Законі України "Про державну службу" не закріплено принципу політичного нейтралітету, але він передбачений спеціальними законами. Так, відповідно до ст. 6 Закону "Про політичні партії в Україні" членами політичних партій не можуть бути: судді, працівники прокуратури, працівники органів внутрішніх справ, співробітники Служби безпеки України, військовослужбовці. Згідно зі ст. 414 Митного кодексу України посадові особи митної служби також не можуть бути членами партії. Закріплення в Законі України "Про державну службу" загального обмеження політич-

ної активності державного службовця є, на нашу думку, одним із факторів забезпечення нормального функціонування державної служби в Україні.

Встановлення обмежень на державній службі викликає деякі суперечки, а наявність низки проблем, які виникають у процесі прийняття та проходження державної служби, указує на недосконалість законодавства, необхідність оновлення та реформування адміністративної системи держави та інституту державної служби. На завершення необхідно зазначити, що, здійснюючи цілі держави, виконуючи функції державної служби, державний службовець завжди повинен дотримуватися прав та інтересів громадян. Лише такий підхід поверне довіру населення до інституту державної служби та, відповідно, до органів державної влади і до держави в цілому.

[1]*Овсянко Д.М.* Государственная служба Российской Федерации. – М., 2002. – С.83. [2]*Бахрах Д.Н.* Административное право России. – М., 2002. – С.235. [3]Там само. – С.120. [4]*Оболенський О. Ю.* Державна служба. – К.: КНЕУ, 2003. – С.206. [5]*Ківалов С.В., Біла Л.Р.* Організація державної служби в Україні. – Од., 2000. – С.26. [6] Виконавча влада і адміністративне право / За. ред. В.Б.Авер'янова. – К., 2002. – С.338. [7]*Там само*. – С.339. [8]*Дубенко С.Д.* Державна служба і державні службовці в Україні. – К., 1999. – С.69.

Надійшла до редколегії 25.03.04

Ю.В.Ващенко, канд. юрид. наук

ПРАВОВІ АСПЕКТИ СПРОЩЕНОЇ СИСТЕМИ ОПОДАТКУВАННЯ В УКРАЇНІ

Присвячено дослідженню правових аспектів спрощеної системи оподаткування в Україні. Проведено аналіз діючого законодавства Україні щодо оподаткування суб'єктів малого підприємництва, а також законодавства Європейського Союзу у цій сфері. На підставі проведеного дослідження сформульовано пропозиції щодо вдосконалення спрощеної системи оподаткування в Україні.

The article is devoted to research of legal aspects of nonexpert tax system in Ukraine. The author has made analyses of Ukrainian legislation connected with taxation of small-sized enterprises and European Union Legislation in this sphere. On the basis of this research the author has formulated proposals concerning improvement of nonexpert tax system in Ukraine.

Згідно зі ст. 42 Конституції України[1] кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Відповідно, механізм та гарантії реалізації цього конституційного права мають бути визначені в законодавстві України.

В умовах існуючої економічної кризи та необхідності побудови в Україні системи, заснованої на ринкових засадах, надзвичайно актуальною є державна підтримка, у першу чергу суб'єктів малого підприємництва. Зазначене положення закріплено в Господарському кодексі України[2]. Так, у ч. 2 ст. 48 Господарського кодексу України визначено, що держава сприяє розвитку малого підприємництва, створює необхідні умови для цього.

В України діє спеціальний законодавчий акт, присвячений регулюванню зазначених відносин, а саме Закон України "Про державну підтримку малого підприємництва" від 19 жовтня 2000 р. №2063-III[3]. Відповідно до п. 3 ст. 5 цього Закону одним з основних напрямів державної підтримки малого підприємництва є спрощена система оподаткування, бухгалтерського обліку та звітності.

Визначення спрощеної системи оподаткування міститься в ст. 11 цього Закону. Згідно з цією статтею для суб'єктів малого підприємництва в порядку, встановленому законодавством України, може застосовуватися спрощена система оподаткування, бухгалтерського обліку та звітності, яка передбачає:

- заміну сплати встановлених законодавством податків і зборів (обов'язкових платежів) сплатою єдиного податку;
- застосування спрощеної форми бухгалтерського обліку та звітності.

Порядок ведення спрощеної системи бухгалтерського обліку та звітності визначається Кабінетом Міністрів України.

Спрощена система оподаткування, бухгалтерського обліку та звітності може застосовуватися поряд з діючою загальною системою оподаткування, бухгалтерського обліку та звітності, передбаченою законодавством на вибір суб'єкта малого підприємництва.

Таким чином, відповідно до діючого законодавства України в державі можуть діяти дві системи оподаткування – загальна та спрощена.

Згідно зі ст. 92 Конституції України виключно законами України встановлюється система оподаткування, податки та збори. Це означає, що інші органи державної влади у своїх актах не можуть вирішувати дані питання. Вищезазначене конституційне положення знайшло своє закріплення в Законі України "Про систему оподаткування"[4]. Відповідно до ст. 1 цього Закону ставки, механізм справляння податків і зборів (обов'язкових платежів), за винятком особливих видів мита та збору у вигляді цільової надбавки до діючого тарифу на електричну та теплову енергію, і пільги щодо оподаткування не можуть встановлюватися або змінюватися іншими законами України, крім законів про оподаткування.

Таким чином, порядок застосування спрощеної системи оподаткування має визначатися виключно у відповідному законі. Однак на сьогоднішній день відповідний закон не прийнято Верховною Радою України. Правове регулювання оподаткування суб'єктів малого підприємництва за спрощеною системою здійснюється Указом Президента України "Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва" в редакції Указу Президента України від 28 червня 1999 р. № 746/99[5], а також наказами, листами та роз'ясненнями Державної податкової адміністрації України. Зазначені нормативно-правові акти не чітко регламентують порядок застосування спрощеної системи оподаткування, що спричиняє проблеми при застосуванні їхніх положень на практиці.

Крім того, на сьогоднішній день актуальним є питання приведення законодавства у сфері оподаткування суб'єктів малого підприємництва відповідно до законодавства Європейського Союзу. У зв'язку з цим Кабінет Міністрів України на виконання ст. 3 Указу Президента України від 14 вересня 2000 р. № 1072 "Про Програму інтеграції України до Європейського Союзу" своїм розпорядженням від 4 березня 2004 р. № 111-р[6] затвердив План дій щодо реалізації пріоритетних положень Програми інтеграції України до Європейського Союзу в 2004 р. У п. 4 Плану роботи з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу в 2004 р., затвердженого вказаним розпорядженням Кабінету Міністрів України, одним із першочергових заходів у цьому напрямку визначено доопрацювання проекту Податкового кодексу України в частині спрощеної системи оподаткування суб'єктів малого підприємництва (або внесення змін до нормативної бази в цій сфері відповідно до положень директив ЄС (94/390/ЄС, 94/1069/ЄС, 96/280/ЄС)).

© Ю.В.Ващенко, 2004

Kyiv National Taras Shevchenko University

Таким чином, існує нагальна потреба в удосконаленні законодавства України у сфері оподаткування суб'єктів малого підприємництва.

Звертаємо увагу, що на сьогоднішній день питання оподаткування малого підприємництва все частіше стають предметом досліджень фахівців з економічних наук. Зокрема, зазначеній проблематиці присвячені роботи Ю.Г.Дьякона[7], О.Р.Квасовського[8]. У правовій науці окремі питання спрощеної системи оподаткування аналізувалися О.Г.Свєчниковою [9] при дослідженні правових засад оподаткування фізичних осіб-підприємців. Питанням європейського права в галузі оподаткування присвячена робота В.М.Слепця[10]. Проте спеціальне дослідження правового регулювання спрощеної системи оподаткування в цілому та в контексті адаптації до законодавства Європейського Союзу зокрема у вітчизняній юридичній науці відсутнє.

У зв'язку з цим метою даного дослідження є аналіз положень законодавства Європейського Союзу, які стосуються оподаткування малого і середнього бізнесу та формулювання пропозицій з приводу адаптації законодавства України у цій сфері до законодавства ЄС.

Державній підтримці суб'єктів малого підприємництва присвячені наступні Рекомендації Комісії Європейського Союзу:

- № 94/390/ЄС від 25 травня 1994 р. про оподаткування малих та середніх суб'єктів підприємницької діяльності[11];
- № 94/1069/ЄС від 7 грудня 1994 р. про перетворення малих та середніх суб'єктів підприємницької діяльності[12];
- № 96/280/ЄС від 3 квітня 1996 р. про визначення малих та середніх суб'єктів підприємницької діяльності[13].

Звертаємо увагу, що зазначені документи є саме Рекомендаціями Комісії Європейського Союзу, а не директивами ЄС, як це визначено у вищевказаному Плані роботи з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу в 2004 р. На сьогоднішній день питання оподаткування малих та середніх суб'єктів підприємництва не врегульовані директивами Європейського Союзу.

Проаналізуємо основні положення зазначених вище актів законодавства Європейського Союзу.

Рекомендація Комісії Європейського Союзу № 94/390/ЄС від 25 травня 1994 р. про оподаткування малих та середніх суб'єктів підприємницької діяльності

Ця Рекомендація була прийнята на виконання рішень Ради Європейського Союзу № 89/490/ЕЕС від 28 липня 1989 р., № 93/379/ЕЕС від 1 липня 1993 р., резолюції Ради Європейського Союзу від 17 червня 1992 р. У зазначених документах Рада Європейського Союзу підтвердила своє рішення про підтримку суб'єктів підприємницької діяльності в цілому та суб'єктів малого і середнього підприємництва зокрема. У преамбулі до зазначеної Рекомендації звертається увага на те, що на сьогоднішній день частка малих та середніх суб'єктів підприємництва у створенні робочих місць є значною серед інших підприємств. У зв'язку з цим дуже важливо забезпечувати інвестиційний потенціал цих підприємців. У преамбулі наголошується на тому, що спосіб оподаткування приватних підприємців та партнерств головним чином зводиться до прибуткового податку, який за своєю природою є прогресивним податком, зокрема порівняно з податком на прибуток підприємств. Такий спосіб оподаткування перешкоджає розвитку власних фінансових можливостей підприємців, і в економічному просторі, де все більше ускладнюється доступ до зовнішніх джерел фінансування, суттєво знижує їхні інвестиційні можливості. Така існуюча система ставок прибуткового податку та ставок податку на прибуток підприємств негативно впливає на конкуренцію між суб'єктами підприємництва, у зв'язку із залежністю від їхньої організаційно-правової форми та заподіює шкоду приватним підприємствам та їхнім об'єднанням. Зазначена Рекомендація прийнята саме з метою ліквідації такої дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності. Згідно зі ст. 1 державам – членам ЄС пропонується вжити заходів для ліквідації стримуючого ефекту прибуткового податку, що сплачується приватними підприємцями та партнерствами стосовно реінвестованих прибутків. Зокрема, вони повинні визначити можливість:

- надання таким підприємцям та партнерствам у цій частині права вибору сплати податку на прибуток підприємств;
- зменшення розміру оподаткування реінвестованих прибутків до ставки, що відповідає податку на прибуток підприємств.

У ст. 2 цієї Рекомендації зазначено, що вказані заходи необхідно здійснити також для ліквідації податкових перешкод для зміни організаційно-правових форм підприємців, зокрема створення об'єднань приватних підприємців або партнерств.

Звертаємо увагу, що згідно із зазначеною Рекомендацією в законодавстві Європейського Союзу визнана необхідною державна підтримка суб'єктів не лише малого, а й середнього підприємництва. На сьогоднішній день у законодавстві України заходи державної підтримки стосуються лише суб'єктів малого підприємництва, а отже, існує невідповідність законодавству Європейського Союзу.

Рекомендація Європейської Комісії № 94/1069/ЄС від 7 грудня 1994 р.

У цій Рекомендації визначено заходи, які мають здійснити держави – члени ЄС для стимулювання продовження діяльності суб'єктами малого підприємництва в процесі перетворення їх в інші організаційно-правові форми з метою збереження робочих місць, створених ними. Одним з основних заходів державної підтримки малого підприємництва Європейська Комісія визначає податкове стимулювання малого та середнього бізнесу. Згідно зі ст. 1 Рекомендації держави – члени ЄС мають забезпечити успішне перетворення в межах сім'ї підприємця шляхом закріплення, що спадщина чи подарунок не стануть перешкодою для продовження підприємницької діяльності. Крім того, держави – члени ЄС мають підтримувати власника бізнесу за допомогою податкових заходів у передачі його бізнесу шляхом його продажу або перетворення на користь найманих працівників, зокрема, коли в сім'ї немає спадкоємців.

Відповідно до п. (е) ст. 4 зазначеної Рекомендації держави – члени ЄС повинні, незалежно від обов'язків, визначених законодавством ЄС, закріпити принцип податкового нейтралітету щодо операцій з підготовки перетворення бізнесу, зокрема шляхом передачі активів, об'єднання, поділу та обміну частками; принцип фіскального нейтралітету має також поширюватися на гербовий збір, реєстраційні збори та інші аналогічні обов'язкові платежі.

Стаття 6 Рекомендації присвячена оподаткуванню спадщини та подарунків при перетворенні суб'єктів малого та середнього бізнесу. У цій статті визначено, що держави – члени ЄС повинні стимулювати продовження бізнесу шляхом встановлення спеціального режиму оподаткування спадщини та подарунків. Для цього держави – члени ЄС мають здійснити одне або декілька наступних заходів:

- зменшити податки на активи, які безпосередньо використовуються в бізнесі, у випадку передачі їх шляхом

подарунка або успадкування, включаючи оподаткування спадщини, подарунків та реєстраційні збори за умови, що бізнес буде продовжуватися в мінімальні строки;

- надати спадкоємцям можливість розстрочення або відстрочування платежів з податку на подарунки або з податку на спадщину за умови, що вони будуть продовжувати бізнес, а також звільняти від оподаткування відсотки;
- гарантувати врахування при оподаткуванні бізнесу змін у прибутках через декілька місяців після смерті власника.

Згідно зі ст. 7 Рекомендації бізнесмени повинні бути зацікавлені у вирішенні питання щодо передачі бізнесу у випадку власної смерті третім особам у разі неможливості такої передачі в межах своєї сім'ї. Для цього держави – члени ЄС мають вжити такі заходи:

- не оподатковувати, як мінімум, частину прибутку від доданої вартості або приросту капіталу у випадку продажу, зокрема, якщо бізнесмен досяг 55-річного віку; застосовувати податкове стимулювання реінвестування прибутків, отриманих на продажу бізнесу в іншій компанії, яка не котується на фондовій біржі, та безпосередньо пов'язана з виробництвом і продажем товарів та послуг;
- підтримувати передання підприємства найманим працівникам шляхом зменшення податку на прибуток, отриманий в результаті передачі акцій найманим працівникам шляхом звільнення від сплати реєстраційних зборів, або через надання податкових пільг на безоплатне надання найманим працівникам ресурсів для придбання компанії, або шляхом відстрочення оподаткування до моменту продажу найманим працівником своїх акцій. Такі ж заходи мають бути застосовані для компанії або до виробничого кооперативу, створеного найманими працівниками.

Рекомендація Європейської Комісії № 96/280/ЄС від 3 квітня 1996 р. про визначення малих та середніх суб'єктів підприємницької діяльності.

Саме у зазначеній Рекомендації Європейською Комісією встановлено основні критерії визначення малих та середніх суб'єктів підприємницької діяльності, якими мають керуватися держави – члени ЄС при приведенні свого національного законодавства до законодавства Європейського Союзу.

Відповідно до ст. 1 додатку малими та середніми суб'єктами підприємницької діяльності (SMEs) визнаються суб'єкти, які:

- мають менше 250 найманих працівників;
- мають щорічний обіг не більше 40 млн ЄВРО, або щорічний загальний баланс не більше 27 млн ЄВРО;
- підтвердили критерій незалежності, як визначено в цьому додатку.

У разі необхідності розмежування малих та середніх суб'єктів підприємницької діяльності, під малими розуміються підприємства, які:

- мають менше 50 найманих працівників;
- мають щорічний обіг не більше 7 млн євро, або щорічний загальний баланс не більше 5 млн євро;
- підтвердили критерії самостійності, як це визначено в додатку.

Згідно з п. 3 цієї статті незалежними є підприємства, в яких 25 % або більше капіталу або голосів не належить іншому підприємству, або в сукупності декільком підприємствам. Ця межа може бути збільшена в наступних випадках:

- якщо підприємство належить державним інвестиційним корпораціям, компаніям з венчурним капіталом або інституційним інвесторам за умови нездійснення ними індивідуального контролю або контролю об'єднанння;
- якщо неможливо визначити, кому належить підприємство, вважається, що 25 % його капіталу або більше не належить іншому підприємству або об'єднанню інших підприємств.

При визначенні відповідності підприємства визначеним вище критеріям для малих та середніх підприємств необхідно в сукупності розглядати показники материнської компанії та всіх компаній, які прямо або опосередковано контролюються нею шляхом володіння 25 % чи більше капіталу або голосів.

У п. 5 ст. 1 додатку також окремо надається визначення "мікропідприємств", до яких належать підприємства з кількістю найманих працівників менше 10 осіб.

Необхідно враховувати, що згідно зі ст. 2 Рекомендації вищезазначені критерії є максимальними. Держави – члени ЄС мають право у визначених випадках встановлювати менші критерії. Також вони мають право обирати лише критерій кількості найманих працівників за винятком галузей, де застосовуються державні субсидії. Звертаємо увагу, що цією Рекомендацією не передбачено право держав – членів ЄС встановлювати додаткові критерії віднесення суб'єктів підприємництва до категорій малих та середніх.

Згідно з п. 7 ст. 1 при визначенні кількості найманих працівників враховуються всі щорічні робочі одиниці, тобто всі працівники з повною зайнятістю, частковою зайнятістю, а також сезонні працівники. Під *роком* розуміється останній визначений розрахунковий період.

Під *роком* для визначення фінансових критеріїв розуміється останній визначений 12-місячний розрахунковий період. Для новостворених суб'єктів підприємницької діяльності відповідність установленим критеріям визначається на підставі достовірної оцінки, зробленої в процесі фінансового року.

У п. 4 ст. 3 додатку визначено, що Європейська Комісія при перегляді Директиви Ради Європейського Союзу 78/660/EEC буде пропонувати замінити критерії, визначені в цій директиві, на критерії, визначені в зазначеній Рекомендації. Проте на сьогоднішній день такі зміни до директиви внесені не були.

Проаналізуємо, чи відповідає законодавство України законодавству ЄС в частині класифікації суб'єктів господарювання.

По-перше, у Господарському кодексі України міститься класифікація підприємств. Так, відповідно до п. 7 ст. 62 Господарського кодексу України підприємство залежно від кількості працюючих та обсягу валового доходу від реалізації продукції за рік можуть бути віднесені до малих, середніх або великих підприємств. Малими (незалежно від форми власності) визнаються підприємства, в яких середньооблікова кількість працюючих за звітний (фінансовий) рік не перевищує 500 осіб, а обсяг валового доходу від реалізації продукції (робіт, послуг) за цей період не перевищує суми, еквівалентної 500 тис. євро за середньорічним курсом Національного банку України щодо гривні. Великими підприємствами визнаються підприємства, в яких середньооблікова кількість працюючих за звітний (фінансовий) рік перевищує тисячу осіб, а обсяг валового доходу від реалізації продукції (робіт, послуг) за рік перевищує суму, еквівалентну 5 млн євро за середньорічним курсом Національного банку України щодо гривні. Усі інші підприємства визнаються середніми.

Як бачимо, класифікація, наведена у Господарському кодексі України, не відповідає класифікації, встановленій у розглянутій вище Рекомендації Європейської комісії. А отже, необхідно, з метою приведення законо-

Kyiv National Taras Shevchenko University

давства України у відповідність до законодавства Європейського Союзу, внести відповідні зміни до Господарського кодексу України.

По-друге, критерії визначення суб'єктів малого підприємництва містяться у Законі України "Про державну підтримку суб'єктів малого підприємництва". Згідно зі статтею 1 цього Закону суб'єктами малого підприємництва є:

- фізичні особи, зареєстровані у встановленому законом порядку як суб'єкти підприємницької діяльності;
- юридичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, в яких середньо облікова чисельність працюючих за звітний період (календарний рік) не перевищує 50 осіб та обсяг річного валового доходу не перевищує 500 000 євро.

Середньооблікова кількість працюючих визначається з урахуванням усіх працівників, у тому числі тих, що працюють за договорами та за сумісництвом, а також працівників представництв, філій, відділень та інших відокремлених підрозділів.

Таким чином, в Україні застосовано обидва встановлені в законодавстві ЄС критерії: кількість працюючих та обсяг річного валового доходу. При цьому, виходячи із змісту наведеної вище статті, ці критерії застосовуються лише відносно юридичних осіб та не стосуються фізичних осіб-підприємців. На наш погляд, Рекомендація Єврокомісії поширюється на всіх суб'єктів господарювання – і фізичних, і юридичних осіб. До речі, Указ Президента України "Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності" саме і встановлює такі критерії також і для фізичних осіб, що, з нашого погляду, відповідає законодавству Європейського Союзу.

Також відповідно до ст. 2 Закону України "Про державну підтримку суб'єктів малого підприємництва" дія закону не поширюється на довірчі товариства, страхові компанії, банки, ломбарди, інші фінансово-кредитні та небанківські установи, суб'єктів підприємницької діяльності, які провадять діяльність у сфері грального бізнесу, здійснюють обмін іноземної валюти, які є виробниками та імпортерами підакцизних товарів, а також суб'єктів підприємницької діяльності, у статутному фонді яких частка вкладів, що належить юридичним особам – засновникам та учасникам цих суб'єктів, які не є суб'єктами малого підприємництва, перевищує 25 %.

Винятки із загального правила також зроблено і в Указі Президента України "Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва", які проте відрізняються від тих, що викладені в ст. 2 вищезазначеного Закону України. Так, відповідно до п. 7 цього Указу Президента дія цього Указу не поширюється на:

- суб'єктів підприємницької діяльності, на яких поширюється дія Закону України "Про патентування деяких видів підприємницької діяльності" в частині придбання спеціального патенту;
- довірчі товариства, страхові компанії, банки, інші фінансово-кредитні та небанківські фінансові установи;
- суб'єктів підприємницької діяльності, у статутному фонді яких частки, що належать юридичним особам – учасникам та засновникам даних суб'єктів, які не є суб'єктами підприємницької діяльності, перевищують 25 %;
- фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності, які займаються підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи і здійснюють торгівлю лікеро-горілчаними та тютюновими виробами, пально-мастильними матеріалами;
- спільну діяльність, визначену п. 7.7 закону України "Про оподаткування прибутку підприємств".

Таким чином, у законодавстві України встановлено додаткові критерії щодо віднесення підприємств до категорії малих, що не відповідає законодавству Європейського Союзу. Крім того, закріплений в законодавстві України критерій самостійності суб'єктів, не відповідає критерію, встановленому в законодавстві Європейського Союзу, розглянутому вище.

Також вважаємо за потрібне звернути особливу увагу на п. 6 ст. 1 додатку. Відповідно до цього положення якщо в процесі діяльності підприємство в певний момент перевищить встановлені фінансові критерії або критерії чисельності найманих працівників, воно втрачає статус відповідно "середнього підприємства", "малого підприємства" або "мікропідприємства" лише у випадку, якщо таке перевищення триває протягом наступних двох фінансових років. Аналогічне положення на сьогоднішній день у законодавстві України відсутнє. Так, відповідно до п. 5 Указу Президента України "Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва" в разі порушення вимог, установлених ст. 1 Указу (вимоги щодо обсягу виручки та кількості працюючих – Ю.В.), платник єдиного податку повинен перейти на загальну систему оподаткування, обліку та звітності, починаючи з наступного звітного періоду (кварталу). Таким чином, діюче законодавство України не відповідає в цій частині законодавству Європейського Союзу, і зазначений недолік необхідно усунути в процесі розробки проекту Закону "Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності".

Підсумовуючи вищевикладене, на сьогоднішній день існує нагальна потреба в приведенні законодавства, яке регламентує відносини за участю суб'єктів малого та середнього підприємництва, відповідно до законодавства Європейського Союзу, зокрема, внесення відповідних змін до Господарського кодексу України, Закону України "Про державну підтримку суб'єктів малого підприємництва" та до податкового законодавства України.

У законодавстві України мають бути закріплені, зокрема, такі положення:

- закріплення принципу державної підтримки суб'єктів як малого, так і в тому числі середнього підприємництва шляхом створення сприятливого режиму оподаткування;
- визначення критеріїв поділу суб'єктів підприємництва на середні, малі та мікропідприємства відповідно до вимог законодавства Європейського Союзу;
- податкове стимулювання при реорганізації малого та середнього бізнесу.

Удосконалення податкового законодавства України може здійснюватися, на наш погляд, лише двома шляхами:

- шляхом внесення відповідних змін до проекту Податкового кодексу України;
- шляхом розробки спеціального закону про спрощену систему оподаткування.

Подібний висновок нами зроблено на підставі таких аргументів. Указ Президента України "Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності" було прийнято Президентом в межах повноважень, визначених у п. 4 розд. XV "Перехідні положення" Конституції України. Згідно з цими положеннями Конституції Президент України протягом трьох років після набуття чинності Конституції України має право видавати схвалені Кабінетом Міністрів України і скріплені підписом Прем'єр-міністра України укази з економічних питань, не врегульованих законами з одночасним поданням відповідного законопроекту до Верховної Ради України в порядку, встановленому ст. 93 цієї Конституції. Такий указ Президента України вступає в дію, якщо протягом 30 кале-

ндарних днів з дня подання законопроекту (за винятком днів міжсесійного періоду) Верховна Рада України не прийме закон або не відхилить поданий законопроект більшістю від її конституційного складу, і діє цей указ до набрання чинності законом, прийнятим Верховною Радою України з цих питань.

У зв'язку з тим, що на сьогоднішній день термін вищезазначених повноважень Президента України закінчився, внесення змін до Указу Президента України "Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва" є неможливим.

Необхідно зазначити, що у Верховній Раді України на даний момент зареєстровано декілька законопроектів, присвячених правовому регулюванню спрощеної системи оподаткування, у тому числі проект закону, внесений Президентом України в порядку законодавчої ініціативи, який прийнято в першому читанні. Однак зазначені законопроекти потребують доопрацювання з урахуванням вимог законодавства Європейського Союзу та тих змін, які відбулися в податковому законодавстві України.

[1] Конституція України від 28 червня 1996 року. [2] Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року. – К., 2003. [3] Про державну підтримку малого підприємництва: Закон України від 19 жовтня 2000 р. № 2063-III // Урядовий кур'єр. – 2000. – № 217. [4] Про систему оподаткування: Закон України в редакції Закону України від 18 лютого 1997 р. № 77/97 // Урядовий кур'єр. – 1997. – № 52 (з урахуванням наступних змін та доповнень). [5] Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва: Указ Президента України в редакції Указу Президента України від 28 червня 1999 р. № 746/99 // Урядовий кур'єр. – 1998. – № 128. [6] Про заходи щодо реалізації пріоритетних положень Програми інтеграції України до Європейського Союзу в 2004 році: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 4 березня 2004 р. №111-р. [7] *Д'якон Ю.Г.* Оподаткування суб'єктів малого підприємництва за спрощеною системою: Автореф. дис. ... канд. екон. наук. – К., 2002. [8] *Квасовський О.Р.* Оподаткування малого бізнесу в Україні: фіскальний і стимулюючий потенціал: Автореф. дис. ... канд.. екон. наук. – Тернопіль, 2003. [9] *Свєчнікова О.Г.* Правові засади оподаткування фізичних осіб – підприємців: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2001. [10] *Слепець В.М.* Європейське право у галузі оподаткування (загальнотеоретичні та історико-правові аспекти): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2002. [11] Рекомендація Комісії Європейського Союзу № 94/390/ЄС від 25 травня 1994 р. про оподаткування малих та середніх суб'єктів підприємницької діяльності // europa.eu.int. [12] Рекомендація Комісії Європейського Союзу № 94/1069/ЄС від 7 грудня 1994 р. про перетворення малих та середніх суб'єктів підприємницької діяльності // http://europa.eu.int. [13] Рекомендація Комісії Європейського Союзу № 96/280/ЄС від 3 квітня 1996 р. про визначення малих та середніх суб'єктів підприємницької діяльності // http://europa.eu.int.

Надійшло до редколегії 26.03.04.

О.В.Солодкіна, асп.

ПОНЯТТЯ І ЗНАЧЕННЯ БАНКІВСЬКОГО НАГЛЯДУ В СИСТЕМІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ БАНКІВСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Присвячено висвітленню проблеми формування ефективного банківського нагляду та підвищення його значення для створення стабільної фінансової системи України.

The article is dedicated to a problem of formation of effective bank supervision and increase of his value for creation of a stable financial system of Ukraine.

Ринкова економіка будь-якої країни при всьому різноманітті її моделей, відомих світовій економіці, характеризується тим, що являє собою соціальне орієнтоване господарство, яке доповнюється державним регулюванням. Успішне здійснення державної політики всередині країни можливе лише за наявності стабільної фінансової системи. Як складова частина фінансової системи банківська система країни відіграє величезну роль як у самій структурі ринкових відносин, так і в механізмі її регулювання і має забезпечити економічно виправданий розподіл фінансових ресурсів, стимулювати конкурентоспроможність суб'єктів фінансових відносин, приватизацію державного майна, утримувати в стабільному стані грошово-кредитну систему, сприяти конвертованості національної валюти тощо.

Не останню роль у проведенні економічної політики держави відіграє діяльність банків країни. В умовах ринкової економіки банки мають надзвичайно великі можливості, щоб впливати на економічні процеси як позитивно, так і негативно, що зумовлює необхідність регламентації їхньої діяльності. Саме тому так багато уваги науковцями та законодавцями нашої країни приділяється питанням створення та забезпечення ефективного функціонування банківської системи країни. За останні роки банківська система України пройшла дуже важкий, але водночас і цікавий шлях від централізованої банківської системи колишнього Радянського Союзу до створення національної банківської системи незалежної України. Протягом цього періоду відбулося становлення національної банківської системи та перші етапи її розвитку. Сьогодні вплив банківського сектора на економіку України важко переоцінити, оскільки від стабільного, а головне від прибуткового функціонування банків залежить виробнича стабільність, економічне зростання, і як наслідок – добробут кожного громадянина України.

Однією з вагомих передумов стабільності комерційних банків є існування ефективної системи, яка зменшує ризик діяльності комерційних банків, виявляє негативні тенденції розвитку, зловживання та інші порушення чинного законодавства. Саме ці функції виконують ревізія, контроль, аудит та банківський нагляд. Дослідження ролі банків у сучасній економіці дає можливість з'ясувати причини, що примушують державу взяти на себе функцію банківського регулювання та нагляду. Розглянемо основні з цих причин.

Держава в особі Центрального банку покликана забезпечувати стабільність грошового обігу і національної валюти, що неможливо без регулювання діяльності банків, а саме без обмеження здатності банків створювати платіжні засоби – гроші. У гонитві за прибутком банки здатні створити і запропонувати більше грошей, ніж у них є підстав для цього і більше, ніж потребує ринок. Інструментом регулювання діяльності банків виступає механізм обов'язкового резервування певної частини ресурсів банків (у межах заздалегідь визначеної центральним банком норми обов'язкових резервів). Якщо ж банк не дотримується встановлених правил, тобто порушує норму обов'язкових резервів, наглядові органи застосовують до нього певні заходи.

Одна з важливих функцій банків, як це випливає з вищесказаного, – це збереження грошових заощаджень суспільства. Банки – це довірчі установи, тобто в основі діяльності їх лежить довіра до них з боку суспільства. Для того щоб економічні суб'єкти розміщували в банках свої заощадження, вони повинні мати певні гарантії, що ці заощадження можна буде отримати в наперед домовлені строки і з обіцяними відсотками. У цих умовах суспільство розглядає виконання державою функції банківського регулювання та нагляду як свого роду гарантію розумної та обачливої політики банків. Крім того, з метою підвищення довіри до банківської системи в більшості ринкових економік функціонують спеціальні колективні фонди (корпорації) страхування депозитів. Вони гаран-

© О.В.Солодкіна, 2004

тують вкладникам у разі банкрутства банку повернення їхніх заощаджень у певних межах.

Банки на відміну від інших економічних суб'єктів ринку містять у собі підвищену загрозу дестабілізації власної діяльності й провокування загальноекономічної кризи, що пояснюється самою природою банків, специфікою їхньої діяльності. Так, капітал банків становить невелику частку в їхніх сукупних ресурсах, оскільки банки працюють в основному за рахунок залучення коштів великої кількості вкладників. У зв'язку з цим платоспроможність і ліквідність банків є поняттями відносними, вони базуються на допущенні, що вкладники не вилучать свої кошти з банків одночасно. Проте економічна ситуація в країні може скластися в такий спосіб, що ймовірність вилучення коштів значної кількості вкладників з банків стане реальністю, і банки, що опинились у цій ситуації, можуть збанкрутувати. Банки-банкрути, тісно пов'язані з іншими банками через систему міжбанківських зв'язків, будуть не здатні виконати свої зобов'язання перед вкладниками, перед іншими банками, що потягне за собою цілий ланцюг банківських крахів. Наслідком цього може стати порушення грошового обігу з ризиком перейти в кризу банківського сектора, а потім і в загальноекономічну кризу країни.

Ще один приклад. Банківська система виконує життєво важливу роль посередника на фінансовому ринку. Банки акумулюють заощадження економічних суб'єктів і водночас надають позички іншим суб'єктам ринку. Кредитування неминуче пов'язано передусім з ризиком неповернення позичених коштів і, як наслідок, з ризиком для банків втрати ліквідності й платоспроможності.

Отже, банки відіграють ключову роль в економіці, і водночас їм притаманна підвищена фінансова вразливість, що зумовлює необхідність розроблення та ухвалення державою заходів стосовно банківського регулювання та нагляду.

Важливою є і така зовнішня обставина. Банківська система будь-якої країни не може сприйматися світовою спільнотою як повноцінна за відсутності системи банківського регулювання та нагляду, що відповідає визнаним міжнародним стандартам.

Ефективна система банківського регулювання та нагляду потрібна і самим банкам, тому що успіх їхньої діяльності залежить від довіри до них з боку суспільства. Втрата довіри вкладників до одного банку може викликати ланцюгову реакцію, перекинутися на всю банківську систему і призвести до втрати довіри до всієї банківської системи.

До основних чинників, що заважають розвитку банківської системи України в цілому, належать:

- незадовільний стан економіки держави в цілому, спад виробництва, неплатоспроможність значної більшості підприємств. Банківський сектор не може ефективно функціонувати в умовах стагнації інших сфер економіки. Негативно позначилося на стані банківської системи те, що протягом 90-х рр. відповідно до Указів Президента України та Постанов Кабінету Міністрів Правлінням Національного банку України прийнято 13 постанов щодо встановлення індивідуальних економічних нормативів для комерційних банків;
- недосконаліть, а в окремих випадках відсутність законодавчої бази, що регулює банківську діяльність, зокрема законодавчо не врегульовано питання захисту вкладів населення;
- затримка зі створенням системи страхування від можливих втрат за позиками комерційних банків;
- відсутність у комерційних банках підготовлених фахівців;
- занадто ризикована кредитна політика керівників банків щодо отримання високих прибутків;
- недостатність власного капіталу, який є ключовим фактором надійності й конкурентоспроможності банківської системи в ринковій економіці. Саме банки, статутні фонди яких повністю формуються в грошовій формі, несуть найбільші втрати від знецінення національної валюти. При цьому значна втрата банківського капіталу і поступове його відновлення та значний приріст зі стабілізацією національної валюти припадає саме на період найбільшої інфляції;
- несвоєчасність повернення позик у зв'язку з погіршенням платоспроможності позичальників і внаслідок цього збільшення розмірів пролонгованої та простроченої кредитної заборгованості, різке зростання безнадійної до повернення кредитної заборгованості. Без вжиття кардинальних заходів щодо виправлення ситуації з поверненням кредитів посилюється загроза втрати ліквідності банківською системою України в цілому;
- значне погіршення ліквідності в банківській системі України, що ставить під загрозу забезпечення гарантії клієнтам комерційних банків здійснювати своєчасно розрахунки за їхнім дорученням та виконання інших зобов'язань банків;
- відсутність законодавчої бази та розуміння незалежними аудиторськими організаціями необхідності налагодження ефективної спільної роботи щодо здійснення нагляду за діяльністю комерційних банків. Національний банк України постійно звертає увагу на зазначену проблему і неодноразово виходив з відповідними пропозиціями до владних структур. З метою підтримки стабілізації й поступового нарощування темпів виробництва при стримуванні інфляційних процесів, впровадження ринкових механізмів на грошово-кредитному ринку, реструктуризації банківської системи та вдосконалення взаємовідносин між Національним банком України і комерційними банками, які мають ґрунтуватися переважно на економічній основі, розроблено проект Концепції реформування та розвитку банківської системи України. Вона передбачає вдосконалення структури і функцій Національного банку України, впорядкування діяльності комерційних банків, створення небанківських фінансових установ тощо.

Отже, необхідність банківського регулювання та нагляду з боку держави визначається квазісуспільною природою банків. Банки функціонують, як правило, як недержавні, приватні структури, мета діяльності яких – отримання максимального прибутку. Водночас, як уже зазначалося, вони виконують суспільно корисні й необхідні функції, що і робить регулювання та нагляд за їхньою діяльністю обґрунтованим і необхідним завданням держави. Тому, на нашу думку, дуже важливим є питання самого поняття "банківського нагляду", його структури, хто наділений повноваженнями здійснювати банківський нагляд та основні його функції. В останній час з'явилося дуже багато серйозних і актуальних публікацій з цієї тематики. Серед них досить багато українських авторів, таких як Л.К.Воронова, А.М.Мороз, І.В.Сало, В.Братчиков, О.Нетикша, І.Горячек та ін. Багато уваги цій тематиці приділяється і російськими вченими А.В.Суворовим, Г.Тосунян, Т.В.Парамоновою, В.А.Васильєвою. При цьому основна увага надається визначенню понять банківського контролю та банківського нагляду.

З'ясовуючи, що ж розуміють законодавці під банківським наглядом, зазначимо, що дуже часто, говорячи про банківський нагляд як одну з основних функцій держави, поруч вживають такі терміни, як "регулювання банківської діяльності" та "нагляд за діяльністю банків". Це відбувається, тому що вони характеризують взаємопов'язані та взаємодоповнюючі види діяльності.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Під регулюванням банківської діяльності розуміють насамперед створення відповідної правової бази. По-перше, це розроблення та ухвалення законів, що регламентують діяльність банків (наприклад, Закон про Центральний банк країни, Закон про банки і банківську систему). По-друге, це ухвалення відповідними установами, уповноваженими державою, положень, що регламентують функціонування банків, у вигляді нормативних актів, інструкцій, директив. Вони базуються на чинному законодавстві і конкретизують, роз'яснюють основні положення законів. Законодавчі і нормативні положення визначають такі межі поведінки банків, які сприяють надійному та ефективному функціонуванню банківської системи. Ефективне регулювання можна сприймати як обмеження, що накладаються на банки та інші фінансові інститути, а також як ліміти, що визначаються для них з метою гарантії безпеки і сталості при захисті вкладників. Оскільки не існує системи, яка б гарантувала безпеку і сталість банку на всі випадки, то лише раціональне регулювання, правильно організоване і запроваджене в життя, може допомогти запобігти чи принаймні обмежити втрати, що заподіяні банку недбалим керівництвом. Ефективне регулювання має бути справедливим і послідовно впроваджуватися в життя, створюючи чесний ринок конкуренції між банками. Раціональне регулювання, як правило, фокусується на таких сферах: ліцензування нових банків та інших фінансових інститутів; достатність капіталу; обмеженні на кредитні операції; вимоги ліквідності.

Регулятивно-наглядові органи наділяються повноваженнями застосовувати до банків певні коригувальні заходи, а також заходи примусового впливу з метою регулювання їхньої діяльності. Ці заходи можуть розглядатися одночасно як елемент банківського нагляду і як елемент банківського регулювання. Отже, поняття регулювання банківської діяльності та банківський нагляд дуже тісно переплітаються.

Щодо поняття "банківський нагляд", то наприклад, доктор економічних наук, професор І.В.Сало у своєму навчальному посібнику "Кредитна система України і банківські технології. Кн. 2. Бухгалтерський облік. Банківський нагляд. Контроль та аудит" дає таке визначення банківського нагляду: "Банківський нагляд – це діяльність, спрямована на забезпечення банківської ліквідності та послаблення ризику банківських операцій, яка має на меті захист вкладників та посилення довіри суспільства до банківської системи і національної валюти"[1]. Що ж до нормативного визначення поняття банківського нагляду, то його дає нам ст. 1 Закону України "Про Національний банк України" і чітко визначає його як "систему контролю та активних впорядкованих дій Національного банку України, спрямованих на забезпечення дотримання банками та іншими фінансово-кредитними установами в процесі їхньої діяльності законодавства України і встановлених нормативів з метою забезпечення стабільності банківської системи та захисту інтересів вкладників[2]. Банківський нагляд є невід'ємною частиною контролю з боку Національного банку України за діяльністю комерційних банків.

Мета такого нагляду визначається завданнями та функціями Національного банку України. Основним завданням банківського нагляду Національного банку України при цьому є підтримання довіри суспільства до надійної та здорової фінансової системи в цілому та захист інтересів вкладників і кредиторів через заохочення до підвищення конкуренції, ефективності роботи фінансового сектора.

Об'єктом банківського нагляду виступає саме банківська діяльність, тобто проведення банківськими та міжбанківськими установами та їхніми підрозділами (філіями, відділеннями, представництвами) банківських операцій на основі ліцензій, одержаних від Національного банку при здійсненні комплексу (або окремих) банківських операцій.

Суб'єктами, що здійснюють банківський нагляд, є: ревізійна комісія як виборний орган банку, що здійснює нагляд за дорученням загальних зборів або Ради банку з метою захисту інтересів учасників банку; внутрішній аудитор – підрозділ банку, що здійснює нагляд за дорученням Правління банку, інформує його про можливість банківського ризику та розробляє заходи щодо його попередження; зовнішній аудитор банку, який виконує свої функції на договірних засадах і повинен надавати об'єктивну незалежну інформацію про стан банку; Генеральний департамент банківського нагляду, його департаменти та інші підрозділи Національного банку України, що наглядають за діяльністю банків, розробляють методологію нагляду та контролюють адекватність і якість виконання своїх обов'язків іншими суб'єктами банківського нагляду[3]. Діяльність служби банківського нагляду дає позитивні результати тільки тоді, коли вона підкріплена міцним законодавством і чіткими правилами регулювання діяльності, а наглядовий орган має право і владу здійснювати дієвий нагляд, чинити швидкі та ефективні дії відносно проблемних банків.

Як бачимо, з визначення банківського нагляду випливає, що він складається із системи контролю та активних упорядкованих дій Національного банку України, спрямованих на забезпечення дотримання банками та іншими фінансово-кредитними установами в процесі їхньої діяльності законодавства України і встановлених нормативів.

Система контролю як складова частина нагляду в суспільстві проявляється як функція управління суспільними процесами. Це система спостереження і перевірки процесу функціонування відповідного об'єкта для встановлення відхилення його від заданих параметрів[4]. При цьому контроль об'єктивно необхідний при здійсненні будь-якого з видів управління в державі, включаючи й управління в банківській сфері. Суть контролю полягає в тому, що суб'єкт управління здійснює облік і перевірку того, наскільки об'єкт управління виконує його настанови. Основною метою контролю є блокування відхилень діяльності комерційних банків від заданої законодавством програми їх функціонування, а в разі виявлення аномалій – приведення банківської системи в стійке положення за допомогою всіх важелів, які є в розпорядженні контролюючих органів. Отже, визначимо, що ж слід розуміти під поняттям контролю у сфері банківської діяльності.

Контроль за банківською діяльністю – це комплекс заходів, спрямованих на забезпечення регулярного спостереження і періодичних перевірок фінансово-господарської діяльності й організації роботи банку та його підрозділів.

До головних цілей банківського контролю відносять захист акціонерів і вкладників кожного конкретного банку від нефахового управління та зловживань, підтримку стабільності на фінансовому ринку шляхом попередження "системного ризику", який полягає в тому, що банкрутство одного банку може призвести до банкрутств декількох банків, у результаті чого втрачається довіра до банківської системи в цілому.

Для досягнення цих цілей і утворюється своєрідна *система контролю за діяльністю комерційних банків,* під якою розуміють у першу чергу основні принципи, форми і методи контролю, а також установи, що організують цей контроль.

У системі державного контролю за діяльністю комерційних банків головне місце належить *Національному банку України,* його Департаменту банківського нагляду. У

регіональних управліннях НБУ утворені відділи з нагляду за діяльністю комерційних банків.

Основними формами банківського нагляду, що виділяються в сучасній правовій літературі, є: вступний контроль; попередній контроль (документальна ревізія); поточний контроль (інспекція на місці).

Вступний контроль – здійснюється на стадії реєстрації нових банків та їхніх філій і дає змогу ще до вирішення питання про відкриття банку впевнитися в його майбутній надійності. Головна мета контролю – допустити на ринок фінансових послуг України лише ті банки, умови діяльності яких відповідають установленим НБУ обов'язковим вимогам та діяльність яких не загрожує інтересам їхніх клієнтів. Починається контроль з чіткого і вичерпного визначення вимог, необхідних для отримання установами банків ліцензій на проведення банківських операцій, а також з порядку та терміну цієї процедури. Вступний контроль включає в себе: вступні вимоги щодо розміру капіталу, джерел внеску та складу учасників банку, очікувані кваліфікаційні та професійні якості середньої та вищої ланки управління, бізнес-план діяльності банку на найближчу перспективу (рік чи два), положення та вимоги щодо філій, політику банку та очікувану корисність для економіки України, конкурентоспроможність, вимоги до іноземних кандидатів щодо резидентів, технічні вимоги щодо ефективної діяльності. Усі документи, необхідні для реєстрації комерційного банку, першочергово надходять до відділу нагляду, який після перевірки їх дає свій висновок про дозвіл на ліцензування чи відмову.

Попередній контроль – базується на перевірці та аналізі звітності, що подається комерційними банками до Національного банку України *(документальна ревізія).* Він передбачає визначення вимог розумного з оптимальним ризиком ведення справ, заборону або обмеження окремих видів діяльності, встановлення штрафних санкцій, відрахувань до резервів страхування активних операцій банку. Для цього необхідно визначити відповідну форму звітності та її періодичність, контроль за визначеними обстеженнями та вимогами. Крім того, попередній контроль включає аналіз звітності та розробку методології розрахунків відповідних показників, створення інформаційної бази для застосування поточного контролю, розробку методології розрахунку штрафних санкцій. У ході попереднього контролю на підставі отриманої від банків інформації (балансів, звітів) розраховуються й аналізуються різні нормативні показники, оціночні коефіцієнти діяльності банків, з'ясовується фактичний стан банку.

Поточний контроль за діяльністю комерційних банків здійснюється шляхом інспектування банків та їхніх установ, проведення перевірок поточної діяльності банків та їхніх установ на місцях *(ревізії на місцях),* а також розробки і вживання заходів щодо організаційного зміцнення та фінансового оздоровлення цих установ. У ході поточного інспектування перевіряється: законність виконуваних операцій; діяльність служби внутрішнього банківського аудиту; стан бухгалтерського обліку; достовірність звітів, установчих та інших документів. Як правило, він зводиться до визначення методів перевірки для забезпечення належного нагляду та використання їх шляхом інспектування, а також виявлення засобів та заходів їх втілення щодо оздоровлення банку в межах повноважень, збирання даних через використання різних інформаційних баз та засобів масової інформації, рейтинг банків; визначення мети, засобів і методів перевірки діяльності банків та проведення комплексних і тематичних перевірок; консультація керівництва банку за результатами перевірки та застосування штрафних санкцій до порушників; прийняття рішень за результатами обстежень та періодичне інформування Правління Національного банку України про стан справ у системі банківського нагляду[5]. Важливим елементом банківського нагляду є здатність наглядових органів здійснювати нагляд на консолідованій основі, тобто вони мають розглядати діяльність банку як усередині країни, так і за її межами, аналізувати операції, що провадяться безпосередньо банком, і ті, що провадяться через дочірні організації банку.

Не останнє місце в системі банківського нагляду приділяється системі внутрішнього контролю банку, основним завданням якого є аналіз дії механізмів поточного контролю на робочих місцях та в процесі проведення банківських операцій, виявлення ступенів ризику для кожного типу банківського продукту чи операції, визначення способів контролю за цими ризиками та встановлення меж відхилень ризиків від нормативних вимог. Внутрішній контроль – це сукупність процедур, які забезпечують достовірність та повноту інформації, яка передається керівництву банку, дотримання внутрішніх та зовнішніх нормативних актів при здійсненні операцій банку, збереження активів банку і його клієнтів, оптимальне використання ресурсів банку, управління ризиками, забезпечення чіткого виконання розпоряджень органів управління банку в досягненні мети, яка поставлена в стратегічних та інших планах банку[6].

Отже, як ми бачимо, значення банківського нагляду в сучасній світовій економіці в цілому та зокрема в економіці України і справді досить важко переоцінити, оскільки він справді відіграє ключову роль у забезпеченні стабільності функціонування не тільки банківської системи, а й усієї фінансової системи країни. Саме тому останнім часом науковцями та законодавцями України так багато уваги приділяється визначенню змісту поняття банківського нагляду, його структури та значення в системі правового регулювання економіки, а також визначення форм та меж його існування і застосування, створенню механізмів його ефективного використання. Особливу увагу слід звернути на процеси формування в банківській сфері системи ефективного нагляду з боку наглядових органів, створення єдиного підходу до розуміння системи банківського нагляду і контролю, її змісту та порядку застосування на практиці як наглядовими органами, так і комерційними і некомерційними банками, наголошуючи перш за все на створенні всередині самих банків ефективних служб внутрішнього контролю. Наявність у банку такої служби дала б змогу координувати роботу не тільки самого банку, а й його відносини з контролюючими органами, відстежувати б усі банківські ризики, що мають місце в роботі банку. Усе це в свою чергу значно полегшило процеси здійснення департаментами Національного банку України та іншими контролюючими органами попереднього та поточного контролю, а також виїзного та безвиїзного інспектування банків.

[1] Кредитна система України і банківські технології: У 3 кн. / За ред. В.Сала. – Л., 2002. – С.165. [2] Див.: Ст.1. Про Національний банк України: Закон України від 20.05.99 // Відомості Верховної Ради. – 1999. – № 29. – Ст.238. [3] Кредитна система України…. – С.161-162. [4] Тим, хто не нехтує законом. Контроль, ревізія та аудит у комерційних банках України / За ред. Г.Г.Муміної-Савіної. – К., 2001. – С.7. [5] Банківський нагляд і аудит. Національний банк України: Навчальний модуль / Ред. Л.М.Гребінкова. – К., 1999. – С.34. [6] Про затвердження Положення про організацію внутрішнього аудиту в комерційних банках України: Постанови Правління НБУ України від 20.03.98 № 114 п. 7 ст. 2.

Надійшла до редколегії 12.04.04

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Р.І.Марусенко, асп.

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ ЗЕМЕЛЬНОГО СЕРВІТУТУ

Розкривається правова природа земельного сервітуту, з'ясовується зміст поняття "земельний сервітут".
Article is dealt with researching of easement's legal nature and ascertaining of content of term "easement appurtenant".

Однією з новел чинного Земельного кодексу України (надалі – ЗК України)[1] є запровадження земельного сервітуту. Належна правова регламентація останнього в рамках земельного законодавства неможлива без попереднього теоретичного аналізу цієї категорії правовою наукою, з'ясування правової природи, розкриття змісту поняття земельного сервітуту тощо.

Спроби з'ясувати місце земельного сервітуту в системі інших правових категорій, указати на його правову природу мали місце, зокрема, у роботах Я.В.Абрамова, В.К.Гуревського, В.Є.Збирита, П.Ф.Кулинича, О.О.Михайленко, М.В.Шульги. Проте здебільшого увага зосереджувалася на інших питаннях, або не досліджувалися теоретичні передумови для визначення правової природи земельного сервітуту[2].

Для з'ясування правової природи земельного сервітуту автор вважає за необхідне проаналізувати етимологію поняття, його сутність. Тільки, маючи узагальнене розуміння мети та призначення земельного сервітуту, можна визначити його місце в правовій системі України, а отже, галузеву належність. На основі існуючих підходів до розуміння земельного сервітуту з урахуванням висновків щодо його правової природи та призначення в сучасній правовій системі України вважаємо за необхідне дати узагальнене визначення земельного сервітуту.

Етимологічно термін "сервітут" походить від лат. servitus, servitutis – повинність, обов'язок, зобов'язання[3].

У правовій науці існують різні підходи до визначення сервітуту взагалі та земельного сервітуту зокрема. Так, наука римського права визначала реальний сервітут[4] як функціонально визначене безстрокове обтяження одного маєтку, господарства на користь іншого[5]. Власне земельний (або предіальний) сервітут визначався як право землеволодільця користуватися чужою земельною ділянкою в тому чи іншому відношенні[6].

У дореволюційному праві (до 1917 р.) земельний сервітут розглядався як повинність, що лежить на одному маєтку для користі та потреб іншого, який належить іншому власнику[7].

Видатний дослідник сервітутного права І.Горонович визначав реальний сервітут як право користування плодами речі, право споживання її, коли вона не знаходиться у власності вповноваженої на це особи, встановлене в інтересі конкретного нерухомого майна[8].

З появою та розвитком науки земельного права категорія земельного сервітуту знайшла відображення і у відповідних дослідженнях її представників. Так, Ю.Г.Жариков визначає земельний сервітут як право обмеженого користування однією чи декількома сусідніми земельними ділянками[9]. На думку О.А.Самончик, сервітут можна визначити як речове право користування чужою річчю в якомусь відношенні[10]. В.К.Гуревський доходить висновку про те, що земельний сервітут – це такий сервітут, який може бути встановлений на вимогу власника чи користувача земельної ділянки для її обслуговування шляхом використання корисних властивостей сусідньої земельної ділянки за домовленістю між власниками цих ділянок[11].

Визначення земельного сервітуту, викладене в Класифікаторі земель України за цільовим призначенням, яке також містилося в одній з редакцій проекту ЗК України 2001 р., дефініціює земельний сервітут як право обмеженого користування чужими земельними ділянками, яке встановлюється для однієї або декількох осіб (приватний земельний сервітут) чи для необмеженого кола осіб (публічний земельний сервітут)[12].

Вищевикладені визначення різняться в деяких ознаках земельного сервітуту, що зумовлено підходами, які застосовуються для їх виведення. При цьому представники науки цивільного права відносять земельний сервітут до сфери регулювання цивільного права, тоді як представники науки земельного права – до сфери регулювання земельного права[13]. Очевидно, що оскільки одним із критеріїв вичленування галузей права є *спеціальний* предмет правового регулювання, то і земельний сервітут апріорі не може одночасно регулюватись обома галузями права, а отже, аналізуватись обома галузевими науками.

Деякі науковці допускають можливість регулювання земельного сервітуту одночасно як земельним, так і цивільним правом[14]. На нашу думку, земельний сервітут не є "пограничним" інститутом[15], а тому не може регулюватись обома галузями права одночасно. Вважаємо, що до земельних сервітутних відносин норми цивільного права можуть застосовуватися тільки у випадках, по-перше, визначення основних категорій цивільного права, як-то: "правочин", "перехід права", "власник", "володілець" та деяких інших, які застосовуються при регулюванні земельних сервітутних відносин, та, по-друге, у випадку аналізу суміжних із земельними сервітутними правовідносин, що мають цивільно-правовий характер.

Спробуємо визначити правову природу земельного сервітуту на основі існуючих підходів до розмежування предметів правового регулювання розглядуваних галузей права та користуючись узагальненим розумінням сутності земельного сервітуту.

Необхідність регулювання земельних сервітутних відносин саме земельним правом підтверджується перш за все пріоритетами, встановленими Конституцією України, в якій закріплено наступні положення: "власність зобов'язує і не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству" та "земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави" (ст. 13, 14 Конституції України)[16]. Викладені положення вказують на екологічну цінність землі для всього українського народу.

На думку академіка В.І.Андрейцева, з якою не можна не погодитись, на специфіку землі як природного об'єкта вказують наступні особливості, які беззаперечно доводять, що відносини з приводу її використання, відтворення та охорони потребують специфічного правового регулювання в рамках земельного права. Так, земля є, зокрема, головною матеріальною базою навколишнього природного середовища, територіально розгалуженим простором, що визначається особливістю природної структури (рельєфу); частиною довкілля з наявним різноманітним ґрунтовим покривом, що формує природні та антропогенні ландшафти; базою для формування, розвитку і поширення рослинності, водних об'єктів, корисних копалин, інших природних компонентів; основним засобом виробництва в деяких галузях господарювання; операційною основою для систем розселення, розміщення галузей народного господарства тощо. Вона ви-

© Р.І.Марусенко, 2004

Київський національний університет

конує роль місця, джерела, засобу й умови існування живих організмів, життєдіяльності людини, забезпечення її духовних та матеріальних потреб[17].

Регламентація земельних сервітутних відносин, пов'язаних із землею як диференційованим об'єктом правового регулювання, у силу викладених особливостей може здійснюватися тільки в рамках специфічної галузі права – земельного права.

Якщо розглядати землю тільки як вид майна, нерухомості та нівелювати її природне походження, то, погоджуючись з думкою проф. В.В.Петрова та інших дослідників, вважаємо, що внаслідок недооцінки або ігнорування її поліфункціонального характеру неминуча екологічна криза і навіть деградація навколишнього природного середовища[18]. Земельне право на відміну від цивільного виходить з наявності обов'язку *раціонально використовувати* землю *відповідно до цільового призначення* земельної ділянки, з *державного контролю за раціональним використанням* та *охороною* земель, необхідності *державного контролю за укладанням правочинів* з приводу земельних ділянок, необхідності *просторово-територіального планування* земель.

Усі перелічені особливості так чи інакше знаходять свій вияв при встановленні земельних сервітутів та реалізації земельних сервітутних прав.

Як зазначає проф. Н.Н.Осокін, у тріаді (об'єкт, суб'єкти, зміст) земельних правовідносин на сучасному етапі розвитку правової науки головний акцент зміщується зі змісту на об'єкт[19], що знову ж таки зумовлює необхідність регламентації земельних сервітутів земельним правом.

Право земельного сервітуту на рівні суб'єктивної юридичної конструкції є правом на земельну ділянку, котре опосередковано специфічними вимогами щодо охорони земель, цільового та ефективного використання останніх тощо. На нашу думку, необхідність дотримання таких вимог випливає зі змісту земельного сервітутного права – фактичного впливу на субстанцію земельної ділянки.

Історично категорія земельного сервітуту тривалий час аналізувалася виключно в цивільному праві. Це було зумовлено, на нашу думку, деякою мірою поверховим аналізом сутності та необхідного правового режиму здійснення земельного сервітуту, а також відсутністю земельного права як спеціальної правової галузі на початковому етапі розвитку цивільного права. У таких умовах дослідження земельного сервітуту могло і мало проводитися відповідно до реалій розвитку тогочасної науки. І в цьому немає нічого суперечливого, адже такі правові уявлення ми сьогодні розглядаємо в історичному контексті.

Сучасна динаміка розвитку земельного права дозволяє врахувати специфіку землі як природного об'єкта, який потребує особливої уваги та охорони, дотримання специфічного правового режиму при здійсненні земельних сервітутних прав. Неспроможність цивільно-правових підходів врахувати зазначені особливості зобов'язує нас до переосмислення постулатів, усталених у силу звички, а не міцності доктринального підґрунтя.

Цивільне право як фундаментальна галузь приватного права визначає основні принципи, категорії та інститути, які, безумовно, використовуються та конкретизуються у відповідних нормах земельного права, враховуючи специфіку об'єкта правового регулювання.

Зауважимо, що віднесення земельного сервітуту до сфери регулювання земельного права не впливає на місце в системі права родового поняття сервітуту та інших його різновидів. Так, наприклад, особистий сервітут має підпорядковуватися цивільно-правовому регулюванню, а міжнародний – регулюванню в рамках міжнародного публічного права. Регламентація окремих різновидів сервітутів різними галузями права є нормальним явищем, адже це зумовлено їхньою відмінною правовою природою.

Отже, на нашу думку, *правова регламентація земельного сервітуту як і опосередковуваного ним права має бути віднесена до сфери земельного права, так само як аналіз та розробка теоретичних аспектів – до науки земельного права.*

У правовій літературі категорія земельного сервітуту розглядається в декількох значеннях:

по-перше, як право на чужу земельну ділянку. Прихильники різноманітних варіацій такого розуміння становлять найчисленнішу групу[20];

по-друге, земельний сервітут розглядається як правовідносини, зміст яких конкретизується в правах та обов'язках сторін, виявляючи сутність земельного сервітуту[21];

по-третє, під земельним сервітутом розуміють функціонально визначене обтяження однієї земельної ділянки на користь іншої[22].

Для того щоб з'ясувати, який з наведених поглядів є найбільш прийнятним, необхідно з'ясувати зміст та розмежувати поняття "земельний сервітут", "право земельного сервітуту", "обтяження".

Перш за все вважаємо за доцільне співвіднести зміст понять "земельний сервітут" та "право земельного сервітуту".

Деякі вчені не розрізняють наведені поняття, у зв'язку з чим нівелюється різниця між останніми, змішуються їхні ознаки, що унеможливлює правильне розуміння сутності земельного сервітуту та права земельного сервітуту[23].

Убачається, що недоцільно змішувати поняття "земельний сервітут" із "правом земельного сервітуту", так само, як, наприклад, поняття "власність" і "право власності". Установлення земельного сервітуту обтяжує земельну ділянку, на яку він установлюється, додатковим правом – правом на чужу земельну ділянку. Таке право і є, на нашу думку, власне *правом земельного сервітуту*.

Під правом земельного сервітуту необхідно розуміти суб'єктивне право особи, уповноваженої на вчинення певних дій відносно обтяженої сервітутом земельної ділянки. Земельним сервітутом є територіально та функціонально визначене обтяження однієї земельної ділянки правом обмеженого часткового використання її благ чи вигод володільцем іншої земельної ділянки, яка позбавлена таких благ та вигод, задля ефективного та раціонального використання останньої. Таке тлумачення дозволяє не змішувати ознаки, притаманні земельному сервітутові як правовій категорії, та ознаки, які характеризують суб'єктивне право, що виникає в уповноваженої особи завдяки встановленню земельного сервітуту.

Земельний сервітут розглядається і як правовідносини, в яких реалізується право земельного сервітуту.

Правовідносини – це правовий зв'язок, що визначає правила та принципи взаємодії пов'язаних ним суб'єктів у рамках певної юридичної конструкції, у даному випадку конструкції земельного сервітуту. Безпосереднім об'єктом таких правовідносин[24] є територіально визначена, юридично індивідуалізована земельна ділянка. Очевидно, що власне земельний сервітут та правовідносини, які ним опосередковуються, і в якому земельний сервітут функціонує як явище правової дійсності, – суть різні речі.

На нашу думку, немає підстав для однозначного розгляду земельного сервітуту як правовідносин, адже правовідносини – це форма реалізації потенційних, закладених у нормах права юридичних можливостей. Хоч, безумовно, зазначений аспект має важливе значення для аналізу категорії земельного сервітуту.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Отже, *з одного боку*, земельний сервітут є правовою категорією, яка характеризується відповідними ознаками та опосередковує певне явище правової дійсності. *З іншого* – можна говорити про *реалізацію* земельного сервітуту *в правовідносинах* та відповідно про характер і особливості земельних сервітутних правовідносин.

Відповідно до третьої позиції земельний сервітут є обтяженням земельної ділянки, існування якого породжує певні права та обов'язки для землевласників та землекористувачів.

Унаслідок встановлення земельного сервітуту земельна ділянка обтяжується правом обмеженого користування. При цьому можливість здійснення права власності, постійного користування, оренди на ділянці, що обтяжується земельним сервітутом, лімітується певними межами, зменшується порівняно зі станом, коли земельний сервітут відсутній. Крім того, як уже зазначалося, сам термін "сервітут" означає повинність, обов'язок, що вказує на обтяження земельної ділянки.

Як бачимо, теза про те, що земельний сервітут є обтяженням, відбиває одну з основних сутнісних ознак земельного сервітуту, тому вона має бути відображена в його дефініції.

Проаналізувавши існуючі визначення земельного сервітуту та спираючись на розуміння його призначення, мети встановлення, можна виділити основні ознаки, притаманні земельному сервітутові.

Земельний сервітут є передбаченим чинним законодавством *обтяженням*, встановлюваним на земельну ділянку. Обтяження полягає, по-перше, у фізичному здійсненні певних дій на цій земельній ділянці сервітуарієм. Це в більшості випадків ускладнює, або унеможливлює здійснення повноважень власника чи користувача на території поширення земельного сервітуту. По-друге, встановлюється додаткове право на конкретну земельну ділянку. Відбувається певна взаємодія між земельним сервітутом та правами власності, користування, яка зумовлює необхідність встановлення пріоритетів та застережень, необхідних для їх несуперечливої реалізації. По-третє, земельний сервітут є *обмеженням інших прав* на земельну ділянку.

Сервітутне користування чужою земельною ділянкою є *частковим* відносно прав власності, постійного користування, оренди, по-перше, *за територіальним поширенням*, адже має здійснюватись у чітко встановлених на місцевості межах, які хоч і обмежують здійснення основних прав на земельну ділянку, проте не позбавляють їх. По-друге, сервітутне користування є *частковим* відносно вказаних прав на земельну ділянку *за дозволеними способами використання* земельної ділянки. На відміну від перерахованих прав земельний сервітут може передбачати тільки чітко обумовлені способи впливу на субстанцію земельної ділянки, перелік яких залежить від мети конкретного встановлюваного сервітуту.

Земельний сервітут є *поліфункціональною категорією*. Його встановлення в кожному випадку може мати на меті різні цілі: необхідність проходу, проїзду, проведення води, різноманітних комунікацій тощо. Відповідно до характеру таких цілей земельний сервітут диференціюється на окремі різновиди, які, не зважаючи на свою зовнішню відмінність, споріднені спільною метою – найефективнішим використанням однієї земельної ділянки завдяки частковому користуванню іншою.

Оскільки земельний сервітут становить потенційну загрозу для повноцінної реалізації інших земельних прав та для можливості використання земельної ділянки відповідно до її цільового призначення, то це зумовило встановлення певних вимог до земельного сервітуту. Такі вимоги знайшли свій вияв у постулаті – земельний сервітут має *якнайменше обмежувати інші права та обтяжувати земельну ділянку*, на яку встановлюється.

Усвідомлення чіткого, конкретного обсягу обтяження, що зумовлюється сервітутом, є запорукою стабільності земельних відносин, що виникають у зв'язку з використанням земельної ділянки, та гарантією відсутності небажаних конфліктів. Баланс інтересів землевласників та землекористувачів щодо користування земельними ділянками, які їм належать, є критерієм можливості та доцільності використання чужої земельної ділянки іншою особою. З одного боку, земельний сервітут має пріоритет перед реалізацією прав на земельну ділянку її володільцем, що не дозволяє такій особі чинити перешкоди до його здійснення. З іншого боку, встановлення земельного сервітуту *не повинно позбавляти власника земельної ділянки права володіти, користуватися, розпоряджатися* нею.

Земельна ділянка має задовольняти інтереси свого власника. Проте, залишаючись частиною інтегрованого об'єкта – землі, вона повинна задовольняти також інтереси суспільства та володільців сусідніх земельних ділянок як територія, що має певні блага (водні ресурси, комунікації). Фактично штучне виокремлення земельної ділянки з цілого земельного масиву, а також локалізованість конкретної земельної ділянки за місцем розміщення[25] не дозволяє повною мірою виявити природний потенціал та можливості окремої земельної ділянки, розглядаючи її відірвано від усього земельного масиву, в якому вона розміщена. Земельний сервітут є засобом, що усуває штучні незручності поділу земель на відокремлені ділянки, надаючи можливість володільцю однієї скористатися перевагами іншої. Отже, *потреба в земельному сервітуті має здебільшого постійний характер*.

Для забезпечення стабільності земельних відносин законодавець визначив, що земельний сервітут не може бути відокремлений від земельної ділянки, до якої має відношення. Зміна власника земельної ділянки зумовлює збереження земельного сервітуту для даної ділянки, а не для особи. Тобто суб'єктом сервітутних правовідносин стає новий власник земельної ділянки замість колишнього власника, який перестає бути суб'єктом сервітутних правовідносин. Викладене правило *невідчужуваності земельного сервітуту* відрізняє його від суміжних категорій.

Земельний сервітут не може мати своєю метою використання чужої земельної ділянки для особистої вигоди, задоволення комерційних інтересів сервітутоволодільця, які не пов'язані із земельною ділянкою, що йому належить. Адже такі дії суперечать призначенню земельного сервітуту – ефективному господарюванню на одній земельній ділянці за рахунок часткового використання благ чи вигод іншої.

Виходячи з правової природи земельного сервітуту та враховуючи його особливості і суттєві ознаки, вважаємо за необхідне дати узагальнене визначення цієї категорії.

Земельний сервітут – це територіально та функціонально визначене обтяження однієї земельної ділянки правом обмеженого часткового використання її благ чи вигод володільцем іншої земельної ділянки, яка позбавлена таких благ та вигод, задля ефективного та раціонального використання останньої.

Концептуальні положення щодо правової природи земельного сервітуту та його визначення безумовно мають стати базою для подальших наукових досліджень, спрямованих на з'ясування особливостей реалізації права земельного сервітуту, співвідношення його з правами власності й користування та розробку і закріплення відповідних положень у нормах чинного земельного законодавства України.

[1] Урядовий кур'єр. – 2001. – 15 листоп. [2] *Абрамов В.Я.* Сервітут у новому Цивільному кодексі та його аналіз з точки зору римського приватного права // Наукові записки. – К., 2002. – Т. 20. Спец. випуск : У 2 ч. – Ч. 2. – С.326; *Збырыт В.Е.* Историко-правовые аспекты становления и развития земельных сервитутов // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В.Я.Таційї. – Х., 2000. – Вип. 41. – С. 37; *Гуревський В.К.* Поняття та види земельних сервітутів // Земельне право України / За ред. О.О.Погрібного, І.І.Каракаша. – К., 2003. – С.112-117; *Кулинич П.* Что такое земельный сервитут? // Юрид. практика. – 2003. – № 24. – С.11; *Шульга М.В.* Правовий режим земель сільськогосподарського призначення // Земельне право / За ред. В.І.Семчика, П.Ф.Кулинича. – К., 2001. – С.322-323; *Михайленко О.О.* Речово-правові обмеження права приватної власності за стародавнім римським та сучасним цивільним правом України. – Дис. … канд. юрид. наук. – Х., 2003. – С.143-168. [3] Словарь русского языка: В 4 т. / Под. ред. А.П.Евгеньевой. – М., 1988. – Т. 4 – С.79. [4] Вважаємо, що реальні сервітути можна поділити на земельні, предметом яких є земельна ділянка, та інші реальні сервітути, які встановлюються відносно іншого нерухомого майна (наприклад, будівель і споруд). [5] *Дождев Д.В.* Римское частное право / Под ред. В.С.Нерсесянца. – М., 1997. – С.404. [6] *Копылов В.А.* Вещные права на землю в римском, русском дореволюционном и современном российском гражданском праве. – М., 2000. – С.19. [7] *Абрамовичъ К.* О крестьянскихъ сервитутахъ въ губерніяхъ Западныхъ, Прибалтійскихъ и Царства Польскаго. – СПб, 1895. – С.3. [8] *Горонович И.* Изслѣдованіе о сервитутахъ. Докладъ читанный въ Кіевскомъ юридическомъ обществѣ 13-го ноября 1882 года. – Александрия, 1904. – С.34. [9] *Жариков Ю.Г.* Правовое регулирование земельных отношений. // Право и экономика. – 1997. – № 15-16. – С.92. [10] *Самончик О.А.* Ограничение права землепользования сельскохозяйственных предприятий. – М., 1989. – С.6. [11] *Гуревський В.К.* Зазнач. праця. – С.113. [12] *Третяк А.М.* Класифікатор земель України за цільовим призначенням. – К., 2000. – С.8; Проект ЗК України // Землевпорядний вісник. – 2000. – № 4. – Ст. 112 – С.28. [13] Щодо віднесення земельного сервітуту до сфери регулювання цивільного права див.: *Абрамов Я.В.* Зазнач. праця. – С.326; *Азімов Ч.* Сервітути в цивільному праві України // Вісн. Академії правових наук України. – 2000. – № 1. – С.107. [14] Див.: *Казанцев В.*, *Коршунов Н.* Возрождение сервитутного права в России // Российская юстиция. – 1997. – № 5. – С.24, про комплексний характер інституту земельного сервітуту див.: *Михайленко О.О.* Речово-правові обмеження…. – С.143-168. [15] Мається на увазі інститут, що утворюється на межі двох галузей права як наслідок тісної взаємодії предметів регулювання цих галузей права і в розвитку виходить за межі регулювання кожної з них. Див.: *Поленина С.В.* Взаимодействие системы права и системы законодательства в современной России // Государство и право. – 1999. – № 9. – С.7. [16] Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. [17] *Андрейцев В.І.* Земля як об'єкт інтеграційного та диференційованого правового регулювання // Андрейцев В.І. та ін. Екологічне право: Особлива частина / За ред. В.І.Андрейцева. – К., 2001. – С.205. [18] Див.: *Петров В.В.* Форма земельной собственности и предмет земельного права // Вест. Моск. ун-та. Сер. 11, право. – 1992. – № 5. – С.31; *Забелышенский А.А.* Некоторые вопросы современной концепции земельного права // Вест. Моск. ун-та. Сер. 11, право. – 1995. – №6. – С. 28. [19] *Осокин Н.Н.* Земельное право в отраслевой классификации // Вест. Моск. ун-та. Сер. 11, право. – 1994. – №2. – С.59. [20] Див.: *Третяк А.М.* Зазнач. праця. – С.8; *Жариков Ю.Г.* Зазнач. праця. – С.92. *Абрамов Я.В.* Зазнач. праця. – С.326; *Самончик О.А.* Зазнач. праця. – С.6. [21]*Манукян А.А.* Регулирование сервитутов в российском законодательстве // Журн. российского права. – 1997. – № 11. – С.97. [22] Див.: *Дождев Д.В.* Зазнач. праця. – С.404; *Абрамовичъ К.* Зазнач. праця. – С.1. [23] Так, згідно з уже наведеним визначенням Класифікатора земель України за цільовим призначенням під сервітутом розуміється "право (курсив наш – М.Р.) обмеженого користування чужими земельними ділянками ..." Див.: *Третяк А.М.* Зазнач. праця. – С.8. За визначенням Ю.Г.Жарикова, "земельний сервітут – це право (курсив наш – М.Р.) обмеженого користування однією чи декількома сусідніми земельними ділянками ..." Див.: *Жариков Ю.Г.* Зазнач. праця. – С.92. [24] *Андрейцев В.І.* Об'єкти земельних правовідносин за новим Земельним кодексом України // Законодавство України: Наук.-практ. коментарі. – 2002. – № 2. – С.14. [25] Кожна окрема земельна ділянка знаходиться в чітко визначеній географічній точці й не може бути перенесена в інше місце. Отже, обумовлені місцем розташування природні якості, наявність благ, вигод, недоліків є перманентними. Див.: *Чубуков Г.В.* Земельная недвижимость в системе российского права // Государство и право. – 1995. – № 9. – С.44.

Надійшла до редколегії 16.04.04

Т.В.Баронова, асп.

ПОНЯТТЯ ТА ЮРИДИЧНІ ОЗНАКИ ДЕРЖАВНОГО ЗЕМЕЛЬНОГО КАДАСТРУ

Аналізуються існуючі підходи до визначення поняття державного земельного кадастру, а також наводяться ознаки державного земельного кадастру та дається його визначення.

The Article Analyzes the Ways of Approach to the State Land Cadastre notion, The State Land Cadastre Legal Attributes are Presented in the Article and the Author Gives its Own Definition of the State Land Cadastre Concept.

Термін "кадастр" походить від фр. cadastre через давньогр. katastichun – лист, реєстр[1], або від середньовічного лат. catastrum, тобто capitastrum (від caput – голова), яке означало реєстр осіб, що підлягали поголовній податі[2].

У довідниковій літературі кадастр визначається як:

- систематизований звід відомостей, який включає якісне і кількісне описання об'єктів чи явищ, у ряді випадків з їхньою економічною (еколого-соціально-економічною) оцінкою[3], що складається періодично чи шляхом безперервних спостережень над відповідним об'єктом[4] офіційною установою[5], або систематизований банк кількісних і якісних даних щодо певного об'єкта[6];
- реєстр, що містить відомості про оцінку та середню прибутковість об'єктів[7] та складається офіційним органом чи установою[8].

Законодавство України передбачає ведення декількох кадастрів природних ресурсів, найважливішим серед яких є державний земельний кадастр.

Поняття державного земельного кадастру досліджувалося багатьма вченими, але єдиного підходу до визначення цієї категорії вироблено не було. У літературі існують різноманітні формулювання поняття державного земельного кадастру, які можна згрупувати наступним чином.

1. Державний земельний кадастр розглядається як *сукупність відомостей про землю.* Так, В.В.Петров розглядає кадастр природного ресурсу як сукупність відомостей про кількісний та якісний стан природних ресурсів, їх екологічну та економічну оцінку[9]. Цю позицію підтримує і О.М.Колотинська, визначаючи державний земельний кадастр як сукупність необхідних та достовірних відомостей про природне, господарське та правове положення земель, отриманих у результаті проведення певних державних заходів та відображених в установленій документації[10].

Ю.Г.Жариков під державним земельним кадастром розуміє систематизований звід необхідних відомостей про землю, які перш за все характеризують її як основний засіб виробництва в сільському господарстві[11].

В.В.Носік зазначає, що державний земельний кадастр має включати в себе систематизоване зведення документованих відомостей про місцерозташування та правовий режим земельних ділянок, оцінку їх, класифікацію земель, кількісну та якісну характеристику, розподіл серед власників землі та землекористувачів[12].

Харківські вчені визначають державний земельний кадастр як звід систематизованих, науково обґрунтованих відомостей про землі всіх категорій[13].

А.О.Варламов розглядає державний земельний кадастр як систематизований звід документованих відомостей, що одержують в результаті проведення державного кадастрового обліку земельних ділянок, про місцерозташування, цільове призначення та правове положення земель і наявність розташованих на земельних ділянках об'єктів нерухомості[14].

Підхід до визначення поняття державного земельного кадастру як систематизованого зводу відомостей про землю закріплено і в довідниковій літературі[15]. Зокрема,

© Т.В.Баронова, 2004

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Н.Ф.Реймерс та А.В.Яблоков розглядають земельний кадастр як звід відомостей про землі:

- землі як ґрунти різного типу – придатні і не придатні для культивації;
- землі як сільськогосподарські угіддя – землекористування[16].

2. Аналогічним до вищенаведеного є формулювання поняття державного земельного кадастру, запропоноване проф. Хенсеном у 1995 р. на Делфтському семінарі, як методично *сформованого державного реєстру даних* про власність в окремо взятій країні чи районі, який базується на кадастровій зйомці[17].

Подібної позиції дотримується О.М.Пащенко, визначаючи державний земельний кадастр як реєстр, що містить систему відомостей і документів про: 1) правовий режим земель, 2) їх розподіл серед власників землі й землекористувачів, у тому числі орендарів, за категоріями земель, 3) якісну і вартісну характеристики земель, 4) дані щодо реєстрації права власності на землю, права користування землею та договорів на оренду землі, 5) облік кількості земель, 6) облік якості земель, 7) бонітування ґрунтів, 8) зонування територій населених пунктів, 9) економічну та грошову оцінку земель[18].

П.Ф.Кулинич, також розглядає державний земельний кадастр у вузькому значенні як книгу (реєстр) про предмети земельного оподаткування[19].

3. А.М.Третяк розглядає державний земельний кадастр як *інформаційну систему*, яка містить необхідні відомості і документи про правовий режим земель, їх розподіл серед власників землі і землекористувачів, у тому числі орендарів, за категоріями земель, про якісну характеристику і народногосподарську цінність[20].

4. У деяких довідникових джерелах дається визначення поняття земельного кадастру як *розпису землеволодінь*, що містить реєстр землеволодільців, плани земель, дані про їх кількість і якість, а також оцінку земель за прибутковістю[21].

5. Інша група вчених розглядає державний земельний кадастр як *сукупність матеріалів, документів*, які містять у собі відомості про землю.

Так, проф. В.І.Андрейцев визначає державні кадастри природних ресурсів, зокрема і земельний, як екологічно і юридично значимі документи, що містять сукупність необхідних і об'єктивних відомостей про кількісний і якісний стан природних ресурсів, реєстрацію власників і користувачів природних ресурсів, дані про природні, екологічні та юридичні властивості щодо земель, надр, вод, лісів, тваринного світу та інших природних ресурсів[22].

Аналогічної позиції дотримується і В.В.Гречко, який розглядає державний земельний кадастр як документ, в якому містяться вірогідні відомості про природний стан ґрунтів, їхні властивості й якості, виробничу придатність земельних угідь[23].

На нашу думку, не слід ототожнювати державний земельний кадастр із сукупністю матеріалів та документів, оскільки вони є лише формою відображення земельно-кадастрових відомостей, що і становлять кадастр.

6. У літературі зустрічається розуміння державного земельного кадастру, яке поєднує в собі такі два підходи: земельний кадастр як *система відомостей і як сукупність відповідних документів*; згідно з цим підходом державний земельний кадастр розглядається як сукупність земельно-кадастрової документації, матеріалів та інформації про правовий режим земельного фонду, його розподіл за власниками землі, землекористувачами, про кількісні характеристики і народногосподарську цінність земель[24].

7. Поширеним є підхід, згідно з яким державний земельний кадастр є *системою організаційно-управлінських дій і заходів,* що складається із сукупності конкретних земельно-кадастрових заходів, дій і робіт з реєстрації, обліку й оцінки земельних ділянок[25].

Зокрема А.М.Третяк формулює поняття державного земельного кадастру наступним чином: це єдина державна багаторівнева і багатоцільова система земельно-кадастрових робіт та процедура визнання і підтвердження факту виникнення, існування або припинення існування земельних ділянок як об'єктів права власності і права користування та їх оцінки, що містить сукупність необхідних даних і документів про правовий режим земельних ділянок, їхню вартість і розподіл серед власників землі, землекористувачів, за категоріями земель, а також про кількісні, якісні й оціночні характеристики земельних ділянок[26].

О.М.Пащенко, розглядаючи державний земельний кадастр у вузькому і широкому значенні, вважає, що кадастр у широкому розумінні – це система дій щодо обліку, опису та оцінки землі, виконуваних державними органами з метою отримання відомостей про землю для земельного оподаткування та інших суспільних потреб[27]. Аналогічної позиції дотримується і П.Ф.Кулинич[28].

Подібним до цього є визначення державного земельного кадастру як певної системи державних заходів із збирання відомостей про землю[29].

Вважаємо даний підхід до розуміння поняття державного земельного кадастру хибним, оскільки сукупність заходів, дій, земельно-кадастрових робіт є лише засобом отримання земельно-кадастрових відомостей, які у своїй сукупності й становлять кадастр.

8. Аналогічним є визначення терміна "кадастр", сформульоване в 1985 р. міжнародною групою експертів з кадастру і земельної інформації, як методично упорядкованого *державного обліку даних* із земельної власності в межах держави, району, що базується на результатах зйомки меж земельних ділянок, які перебувають у власності або користуванні[30].

Видається, що в даному визначенні поняття державного земельного кадастру увага акцентується на процесі ведення державного земельного кадастру, а не на його сутності.

9. П.Д.Індиченко визначав земельний кадастр як *економічно-юридичний інститут*, в якому комплексно врегульовується система державних організаційно-економічних і правових заходів, що стосуються реєстрації землекористувань, кількісного й якісного обліку землі, порівняльної оцінки ґрунтів (бонітування) і економічної оцінки землі з метою правильного використання і охорони земельних ресурсів[31].

Слід зазначити, що деякі вчені (проф. І.В.Дегтярьов, О.М.Колотинська) розглядають систему правових норм, які регулюють відносини з ведення державного земельного кадастру, як правовий інститут земельного права, якому притаманні всі ознаки системного утворення, відносна самостійність, стійкість та автономність функціонування. Вони підкреслюють, що правовий інститут державного земельного кадастру включає комплекс взаємопов'язаних та взаємодіючих правових норм[32].

З цими положеннями не можна погодитися, оскільки інститутом земельного права є інститут управління в галузі використання, відтворення і охорони земель, а ведення державного земельного кадастру є лише однією з функцій управління.

10. А.М.Третяк розглядає державний земельний кадастр ще в одному аспекті – як **науку**, яка вивчає загальні властивості, принципи і закономірності формування і функціонування земельних ділянок як об'єктів земельно-правових відносин, просторового базису, голо-

Kyiv National Taras Shevchenko University

вного засобу виробництва в сільському і лісовому господарствах та природного ресурсу[33].

На нашу думку, з усіх наведених позицій підхід О.М.Колотинської, В.В.Петрова та інших щодо визначення поняття державного земельного кадастру як сукупності відомостей про землю є найбільш обґрунтованим і найповніше відображає сутність і призначення кадастру, оскільки головним і основним, заради чого складається кадастр, проводяться всі кадастрові заходи і оформлюється документація, є самі відомості про землю. Вони і становлять кадастр. Саме сукупність документованих відомостей про землю, а не дії, документи тощо слугують основоположним моментом при визначенні сутності державного земельного кадастру та його поняття.

Немає єдності підходу до визначення поняття державного земельного кадастру і в законодавстві України. Так, Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р.[34] із змінами і доповненнями в ст. 193 визначає державний земельний кадастр як єдину державну *систему земельно-кадастрових робіт*, яка встановлює процедуру визнання факту виникнення або припинення права власності і права користування земельними ділянками та містить сукупність відомостей і документів про місцерозташування та правовий режим цих ділянок, оцінку їх, класифікацію земель, кількісну та якісну характеристику, розподіл серед власників землі та землекористувачів.

Як підкреслює В.В.Носік, закріплене в нормі цієї статті визначення поняття державного земельного кадастру не зовсім точно відображає суть та основні ознаки земельного кадастру як правового явища і юридичної категорії[35]. Дійсно, за своєю сутністю державний земельний кадастр є зведенням відповідних відомостей про землю, а система земельно-кадастрових робіт, про яку йдеться в наведеному визначенні, є лише засобом отримання цих відомостей.

Крім визначення поняття державного земельного кадастру на рівні закону (кодексу) існує визначення, закріплене підзаконним нормативно-правовим актом. Зокрема Положення про регіональні кадастри природних ресурсів, затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2001 р. № 1781[36] (далі – Постанова), у п. 1 дає поняття регіональних кадастрів природних ресурсів, зокрема і земельного кадастру. Такими регіональними кадастрами є *систематизовані зведення відомостей* про кількісні, якісні та інші характеристики всіх природних ресурсів, виявлених на території Автономної Республіки Крим, областей, м. Києва та Севастополя, а також про обсяг, характер та режим їх використання.

Слід відзначити, що поняття кадастру як систематизованого зведення відповідних відомостей, дане в коментованій Постанові, точніше відображає сутність земельного кадастру. Залишається лише незрозумілим, яким чином підзаконний нормативно-правовий акт (Постанова) міг бути прийнятий всупереч положенням Земельного кодексу України, адже поняття земельного кадастру в зазначеній Постанові не відповідає законодавчому визначенню цієї категорії, хоч і є більш вдалим.

Нарешті, Проект Закону України "Про державний земельний кадастр"[37], прийнятий в першому читанні Верховною Радою України, у ст. 1 закріплює ще одне визначення поняття державного земельного кадастру; тут він розглядається як єдина *державна система відомостей та документів*, яка містить дані про земельні ділянки та інше нерухоме майно, речові права на них та їх обмеження, про суб'єктів цих прав та правовстановлюючі документи, а також дані про оцінку земель, кількісну та якісну характеристики їх, розподіл між власниками землі та землекористувачами.

На нашу думку, і це визначення поняття державного земельного кадастру не позбавлено вад, оскільки не слід ототожнювати кадастр із системою документів, які містять відповідні дані; ці документи є лише формою відображення відомостей, що становлять державний земельний кадастр.

Позитивним видається той факт, що дане визначення врахувало новації законодавства щодо розширення складу державного земельного кадастру, адже Указом Президента України від 17 лютого 2003 р. № 134/2003 "Про заходи щодо створення єдиної системи державної реєстрації земельних ділянок, нерухомого майна та прав на них у складі державного земельного кадастру"[38] передбачено створення єдиної системи реєстрації земельних ділянок, об'єктів нерухомого майна та прав на них у складі державного земельного кадастру[39].

Безумовно, державний земельний кадастр – неодноманітна і неоднозначна категорія, до дослідження якої можна і треба підходити з різних боків. Проте бажано все ж таки внести у визначення поняття кадастру певну одноманітність.

Для того, щоб дати визначення будь-якого поняття, у тому числі й державного земельного кадастру, необхідно виділити найхарактерніші ознаки, властиві цій категорії. Так, державному земельному кадастру притаманні наступні юридичні ознаки:

- це є сукупність зведених відомостей про склад земельного фонду України, його кількісний і якісний стан, розподіл за категоріями земель, розподіл земельних ділянок серед власників землі й землекористувачів та інших даних про природні, економічні та юридичні властивості земель, а також про об'єкти нерухомого майна і права на них;
- такі відомості є документованими, тобто містяться в письмовій, електронній та іншій формі і фіксуються в спеціальних державно-правових документах – земельно-кадастровій документації;
- ці відомості є об'єктивними, достовірними, науково обґрунтованими, повними, всебічними і відкритими, оскільки базуються на проведенні комплексу топографо-геодезичних, картографічних, землевпорядних та інших робіт;
- відомості державного земельного кадастру накопичуються шляхом проведення земельно-кадастрових робіт;
- такі відомості збираються, обробляються, систематизуються, узагальнюються, зберігаються, оновлюються та надаються користувачам в однаковому порядку і є єдиними для всієї України;
- відомості державного земельного кадастру становлять певну систему, яка характеризується внутрішньою єдністю та взаємоузгодженістю і взаємозв'язком її складових частин;
- земельний кадастр є державним, тому що зміст і порядок його ведення, форма кадастрової документації, періодичність уточнення та оновлення кадастрових даних регламентується державою в нормативно-правових актах і він ведеться спеціальним уповноваженим державою органом по земельних ресурсах.

Отже, вважаємо за доцільне дати наступне визначення державного земельного кадастру. Державний земельний кадастр є єдиним державним систематизованим зведенням документованих, об'єктивних, достовірних, науково обґрунтованих, повних, всебічних і відкритих відомостей про склад земельного фонду України, про його кількісний і якісний стан, розподіл за категоріями земель, розподіл земельних ділянок серед власників землі і землекористувачів та інших даних про природні, економічні та юридичні властивості земель, а також про об'єкти нерухомого майна та права на них,

які накопичуються шляхом проведення земельно-кадастрових робіт і містяться в земельно-кадастровій документації з метою забезпечення органів держави, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій та громадян інформацією, необхідною для здійснення раціонального і безпечного використання, відтворення й охорони земель.

[1] Див.: *Барихин А.Б.* Большой юридический энциклопедический словарь. – М., 2003. – С.223; Словарь иностранных слов. – М., 1988. – С.210. [2] Див.: Энциклопедическій словарь / Ф.А.Брокгауз, И.А.Ефрон. – СПб., 1894. – Т.13. – С.872. [3] Див.: *Реймерс Н.Ф., Яблоков А.В.* Словарь терминов и понятий, связанных с охраной живой природы. – М., 1982. – С.61. [4] Див.: *Барихин А.Б.* Зазнач. праця; Словарь иностранных слов. – М., 1988. – С.210. [5] Див.: Украинский Советский Энциклопедический Словарь: В 3 т. / Редкол.: А.В.Кудрицкий (отв. ред.) и др. – К., 1988. – Т. 1. – С.728. [6] Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол. Ю.С.Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К., 2001. – Т. 3. – С.11. [7] Див.: *Барихин А.Б.* Зазнач. праця; Большой юридический словаь / Под ред. А.Я.Сухарева, В.Е.Крутских. – М., 2000. – С.241. [8] Див.: Большая Советская Энциклопедия: В 30 т. / Гл. ред. А.М.Прохоров. – М., 1973. – Т. 11. – С.127. [9] Див.: *Петров В.В.* Правовая охрана природы в СССР. – М., 1984. – С.369. [10] Див.: *Колотинская Е.Н.* Правовые основы советского земельного кадастра. – М., 1974. – Ч. 1. – С.6. [11] Див.: Комментарий к Основам земельного законодательства Союза ССР и союзных республик / Под ред. Г.А.Аксененка, Н.А.Сыродоева. – М., 1974. – С.292. [12]Див.: Земельний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. В.І.Семчика. – К., 2003. – С.598. [13] Див.: Аграрное, земельное и экологическое право Украины. Особенные части учебных курсов / Под ред. А.А.Погребного, И.И.Каракаша. – Х., 2001. – С.274. [14] Див.: *Варламов А.А.; Гальченко С.А.; Захарова С.Н.; Подколзина Н.В.; Яровой А.М.* Земельный кадастр. – М., 2001. – С.9. [15] Див.: *Барихин А.Б.* Зазнач. праця. – С.195; Большой юридический словаь / Под ред. А.Я.Сухарева, В.Е.Крутских. – М., 2000. – С.207; Российская юридическая энциклопедия. – М., 1999. – С.409; Юридический энциклопедический словарь / Гл. ред. А.Я.Сухарев. – М., 1987. – С.169. [16] Див.: *Реймерс Н.Ф., Яблоков А.В.* Словарь терминов и понятий, связанных с охраной живой природы. – М., 1982. – С.62. [17] *Третяк А.М.* Земельний кадастр XXI століття. Зарубіжні і вітчизняні погляди на розвиток земельного кадастру. – К., 1999. – С.60. [18] Див.: *Пащенко О.М.* Коментар до ст. 193 Земельного кодексу України // Земельний кодекс України, коментар. – Х., 2002. – С.498. [19] Див.: Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С.Шемшученко та ін. – К., 1999. – Т. 2. – С.127. [20] Див.: *Третяк А.М.* Земельний кадастр XXI століття... – С.96-97. [21] Див.: Украинский Советский Энциклопедический Словарь... – Т. 1. – С.644; Энциклопедическій словарь / Ф.А.Брокгауз, И.А.Ефрон. – Т.13. – С.872. [22] Див.: *Андрейцев В.І.* Екологічне право. – К., 1996. – С.164. [23] Див.: Коментар до Земельного кодексу Української РСР. – Х., 1973. – С. 202. [24] Див.: *Новаковський Л.Я., Третяк А.М.* Основні положення концепції розвитку земельної реформи в Україні. – К., 2000. – С.58; Российская юридическая энциклопедия. – М., 1999. – С.202; *Третяк А.М.* Земельний кадастр .... – С.97; *Третяк А.М.* Проблеми подальшого реформування державного земельного кадастру в Україні // Землевпорядкування. – 2001. – № 1. – С.57. [25] Див.: *Новаковський Л.Я., Третяк А.М.* Основні положення концепції розвитку земельної реформи в Україні. – К., 2000. – С. 58; *Третяк А.М.* Земельний кадастр XXI століття... – С. 97. [26] Див.: *Новаковський Л.Я., Третяк А.М.* Основні положення концепції розвитку земельної реформи в Україні. – К., 2000. – С.59; *Третяк А.М.* Земельний кадастр XXI століття.... – С.97-98; *Третяк А.М.* Проблеми подальшого реформування державного земельного кадастру в Україні // Землевпорядкування. – 2001. – № 1. – С.57; *Третяк А.М.* Управління земельними ресурсами та реєстрація землі в Україні. – К., 1998. – С.87-88. [27] Див.: Земельний кодекс України. – Х., 2002. – С.498-499. [28] Див.: Юридична енциклопедія: В 6 т. ...– Т. 2. – С.127. [29] Див.: Земельне право. – М., 1971. – С.423. [30] Див.: *Кулініч В.В.* Організаційно-економічний механізм ведення державного земельного кадастру // Землевпорядний вісник. – 1999. – № 1. – С.21. [31] Див.: *Індиченко П.Д.* Радянське земельне право / За. ред. А.П.Ткача. – К., 1971. – С.55. [32] Див.: *Колотинская Е.Н.* Правовые основы природно-ресурсовых кадастров в СССР. – М., 1986. – С.88; *Колотинская Е.Н.* Правовые проблемы теории государственных кадастров природных ресурсов в СССР: Автореф. ... дис. д-ра юрид. наук. – М., 1988. – С.14; Советское земельное право / Под ред. В.П.Балезина, Н.И.Краснова. – М., 1986. – С.51. [33] Див.: *Новаковський Л.Я., Третяк А.М.* Основні положення концепції розвитку земельної реформи в Україні. – К., 2000. – С.58; *Третяк А.М.* Земельний кадастр XXI століття. ... – С.97; *Третяк А.М.* Проблеми подальшого реформування державного земельного кадастру в Україні // Землевпорядкування. – 2001. – № 1. – С.57. [34] Див.: Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3-4. – Ст. 27. [35] Див.: Земельний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. В.І.Семчика. – К., 2003. – С.597. [36] Див.: Офіційний вісник України. – 2002. – № 1. – Ст. 10. [37] Див.: Поточний архів Державного комітету України із земельних ресурсів; [38] Про заходи щодо створення єдиної системи державної реєстрації земельних ділянок, нерухомого майна та прав на них у складі державного земельного кадастру: Указ Президента України від 17 лютого 2003 р. № 134/2003 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 8. – Ст. 301. [39] У спеціальній літературі обґрунтовується позиція щодо неможливості включення системи реєстрації прав на нерухомість до складу державного земельного кадастру – див.: *Третяк А.М.* Державний земельний кадастр: проблеми і перспективи // Землевпорядкування. – 2002. – № 3. – С.33; *Третяк А.М.* Земельний кадастр і реєстрація прав на нерухомість: їх суть і відмінності // Землевпорядкування. – 2003. – № 2. – С.46-54.

Надійшла до редколегії 26.12.03

О.А.Швець, асп.

ДЕРЖАВНЕ ЗАМОВЛЕННЯ ЯК ПРАВОВА ФОРМА РЕЗЕРВУВАННЯ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОДУКЦІЇ

Розглядаються правові аспекти державного замовлення як однієї з форм резервування державою сільськогосподарської продукції. Зазначена форма розглядається в контексті новел законодавства, а саме положень діючого Господарського кодексу України.

In article legal aspects of the state order, as are considered by one of forms of reservation of agricultural production. The specified form is considered in a context of provisions of acting Economic code of Ukraine.

Правовою основою здійснення діяльності щодо резервування державою сільськогосподарської продукції виступає Закон України "Про державний матеріальний резерв"[1] від 24 січня 1997 р. Відповідно до ст. 3 цього закону державний резерв призначається для забезпечення потреб України в особливий період, надання державної підтримки окремим галузям народного господарства, підприємствам, установам, організаціям з метою стабілізації економіки в разі тимчасових порушень термінів постачання важливих видів сировини і паливно-енергетичних ресурсів, продовольства, виникнення диспропорції між попитом і пропонуванням на внутрішньому ринку, подання гуманітарної допомоги, забезпечення першочергових робіт під час ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій. Одним із видів матеріальних ресурсів державного резерву є продукція сільськогосподарського виробництва і продукти її переробки. Забезпечення ефективного формування запасів сільськогосподарської продукції в державному резерві ґрунтується на закріплених у законодавстві правових можливостях із здійснення цієї діяльності уповноваженими суб'єктами.

В юридичній літературі як минулих років, так і в сучасній наявне широке коло публікацій, присвячених питанням формування державних запасів сільськогосподарської продукції. Зокрема, такі дослідження здійснювалися О.А.Поліводським[2], В.З.Янчуком[3], Ц.В.Бичковою[4], А.Н.Статівкою[5] та іншими вченими. Однак, враховуючи динамічність розвитку законодавства в цій сфер, виникає потреба в нових наукових дослідженнях.

Закон України "Про державний матеріальний резерв" визначає шляхи формування запасів державного резерву. Оскільки в законі не проводиться диференціація цих шляхів за видами матеріальних цінностей, сільськогосподарська продукція входить у поняття "матеріальні цінності", яким оперує закон і на неї розповсюджується встановлений законом порядок їх резервування .

Відповідно до ст. 8 Закону України "Про державний матеріальний резерв" поставка матеріальних цінностей до державного резерву і розміщення замовлень на їх

© О.А.Швець, 2004

поставку на підприємствах, в установах і організаціях незалежно від форм власності здійснюється в основному на підставі замовлень на поставку продукції для державних потреб з наступним відшкодуванням усіх витрат відповідальних зберігачів. У разі потреби для забезпечення виконання встановлених обсягів накопичення запасів державного резерву центральний орган виконавчої влади, що здійснює управління державним резервом, приймає рішення про закупівлю матеріальних цінностей, у тому числі на конкурсній основі з урахуванням якості продукції та її придатності для тривалого зберігання, за прямими зв'язками з підприємствами чи через товарні біржі або інші господарські структури та за імпортом.

Зазначені положення Закону України "Про державний матеріальний резерв" вимагають виділення і детального аналізу існуючих у законодавстві правових форм, які можуть застосовуватися для державного резервування сільськогосподарської продукції. Як видно з наведеної статті Закону України "Про державний матеріальний резерв", основною формою забезпечення накопичення запасу сільськогосподарської продукції в державному резерві є замовлення на поставку продукції для державних потреб. Зміст цієї форми державного резервування сільськогосподарської продукції визначається Законом України "Про поставки продукції для державних потреб"[6]. Відповідно до ч. 2 ст. 1 цього Закону державне замовлення – це засіб державного регулювання економіки шляхом формування на контрактній (договірній) основі складу та обсягів продукції, необхідної для державних потреб, розміщення державних контрактів на її поставку (закупівлю) серед підприємств, організацій та інших суб'єктів господарської діяльності України всіх форм власності. Державний контракт згідно з ч. 5 ст. 1 цього Закону – це договір, укладений державним замовником від імені держави з виконавцем державного замовлення, в якому визначаються економічні і правові зобов'язання сторін і регулюються взаємовідносини замовника і виконавця. Державні потреби згідно з даним законом (ч. 1 ст. 1) – це потреби України в продукції, необхідній для розв'язання соціально-економічних проблем, підтримання обороноздатності країни та її безпеки, створення і підтримання на належному рівні державних матеріальних резервів, реалізації державних і міждержавних цільових програм, забезпечення функціонування органів державної влади, що утримуються за рахунок Державного бюджету України.

Законом України "Про поставки продукції для державних потреб" (ч. 3 ст. 1) визначено виключний перелік суб'єктів, які можуть виступати державними замовниками. До них, зокрема, відносяться: Верховна Рада України та інші центральні органи державної влади України, Рада міністрів Автономної республіки Крим, обласні, Київська та Севастопольська міські державні адміністрації, державні організації та установи, визначені Законом про Державний бюджет України, а також державні організації та установи, уповноважені Кабінетом Міністрів України укладати державні контракти з виконавцями державного замовлення.

Крім державних замовників, суб'єктами відносин з державного замовлення виступають виконавці державного замовлення. Визначаючи коло цих суб'єктів, закон не дає розгорнутого їх визначення і конкретизації, а зазначає, що ними є суб'єкти господарської діяльності України всіх форм власності, які виготовляють і поставляють продукцію для державних потреб відповідно до умов укладеного державного контракту. На основі цього положення закону можна зробити висновок про те, що виконавцями державного замовлення з резервування сільськогосподарської продукції можуть виступати виробники сільськогосподарської продукції всіх форм власності. Зокрема, ними можуть виступати фермерські господарства, сільськогосподарські акціонерні товариства відкритого і закритого типу, товариства з обмеженою відповідальністю, приватні сільськогосподарські підприємства та інші аграрні товаровиробники.

Закон України "Про поставки продукції для державних потреб містить норму, яка фактично визначає окремий правовий статус сільськогосподарської продукції у відносинах державного замовлення. Частина 4 ст. 1 цього Закону передбачає, що особливості відносин, які виникають у зв'язку з поставками (закупівлею) сільськогосподарської продукції, регулюються окремими актами законодавства. Зі вступом в дію нового Господарського кодексу України[7] зазначена норма Закону України "Про поставки продукції для державних потреб" набула більшої актуальності, адже цей важливий нормативно-правовий акт містить ряд норм, пов'язаних з державним замовленням сільськогосподарської продукції. Зокрема, Господарський кодекс України містить окремий параграф під назвою "контрактація сільськогосподарської продукції", де в ч. 1 ст. 272 визначено, що державна закупка сільськогосподарської продукції здійснюється за договорами контрактації, які укладаються на основі державних замовлень на поставку державі сільськогосподарської продукції. Згідно з ч. 2 ст. 272 за договором контрактації виробник сільськогосподарської продукції зобов'язується передати заготівельному (закупівельному) або переробному підприємству чи організації (далі – контрактанту) вироблену ним продукцію в строки, кількості, асортименті, що передбачені договором, а контрактант зобов'язується сприяти виробникові у виробництві зазначеної продукції, прийняти і оплатити її. Згідно з вимогами ч. 3 ст. 272 Господарського кодексу України в договорах контрактації мають передбачатися: види продукції (асортимент), номер державного стандарту або технічних умов, гранично допустимий вміст у продукції шкідливих речовин, кількість продукції, яку контрактант приймає безпосередньо у виробника, ціна за одиницю, загальна сума договору, порядок і умови доставки, строки здавання-приймання продукції, обов'язки контрактанта щодо подання допомоги в організації виробництва сільськогосподарської продукції та її транспортування на приймальні пункти і підприємства, взаємна майнова відповідальність сторін у разі невиконання ними умов договору, а також інші умови, передбачені Типовим договором контрактації сільськогосподарської продукції, затвердженим у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України.

Господарський кодекс України передбачає ряд особливостей виконання договорів контрактації. Відповідно до п. 1 ст. 273 виробник повинен не пізніш як за 15 днів до початку заготівлі продукції повідомити контрактанта про кількість і строки здачі сільськогосподарської продукції, що пропонується до продажу, та погодити календарний графік її здачі. Статтею 273 передбачено і ряд інших особливостей договорів контрактації, що стосуються сільськогосподарської продукції, яка швидко псується, умов приймання продукції, пакування продукції. У п. 5 ст. 273 зазначено, що інші особливості виконання договорів контрактації встановлюються Положенням про контрактацію сільськогосподарської продукції, яке затверджується Кабінетом Міністрів України.

Господарський кодекс України передбачає підстави відповідальності за договором контрактації сільськогосподарської продукції, встановлені в ст. 274. Так, відповідальність настає в разі нездачі сільськогосподарської продукції в строки, передбачені договором контрактації, за невиконання зобов'язання щодо приймання сільсько-

господарської продукції безпосередньо у виробника, а також у разі відмови від прийняття продукції, пред'явленої виробником у строки і в порядку, що погоджені сторонами, у разі якщо продукцію не було своєчасно підготовлено до здавання-приймання і про це не було попереджено контрактанта.

Пунктом 4 ст. 274 передбачено, що в договорі контрактації можуть бути передбачені також інші санкції за невиконання або неналежне виконання зобов'язань відповідно до вимог господарського кодексу.

На основі зазначених положень можна зробити висновок про те, що резервування сільськогосподарської продукції в державному резерві має здійснюватись з урахуванням положень Господарського кодексу України.

При цьому виникає необхідність проаналізувати співвідношення суб'єктів державного замовлення і сторін договору контрактації. Як зазначалося, Закон України "Про поставки продукції для державних потреб" визначає виключний перелік суб'єктів, які можуть виступати державними замовниками, а також містить загальний перелік виконавців державного замовлення. При цьому вказані в Господарському кодексі учасники договору контрактації не повністю збігаються з визначеними замовниками і виконавцями державного замовлення. Так, за договором контрактації є дві сторони – виробник сільськогосподарської продукції і заготівельне (закупівельне) або переробне підприємство чи організація (контрактант). При цьому поняття виконавець державного замовлення, яке вживається в Законі України "Про поставки продукції для державних потреб", є тотожним поняттю "виробник сільськогосподарської продукції", яке вживається в господарському кодексі, оскільки виконавцями державного замовлення виступають суб'єкти господарської діяльності, які виробляють і поставляють продукцію для державних потреб відповідно до умов укладеного державного контракту. А державний замовник не є стороною договору контрактації сільськогосподарської продукції. Оскільки згідно з положеннями господарського кодексу державна закупка сільськогосподарської продукції здійснюється за договорами контрактації, що укладаються на основі державних замовлень, можна зробити висновок про те, що у відносинах державної закупівлі сільськогосподарської продукції для державного резерву виступають три суб'єкти: державний замовник, виконавець державного замовлення (виробник сільськогосподарської продукції), заготівельне (закупівельне) або переробне підприємство чи організація (контрактант). При цьому виникає закономірне питання про схему взаємодії вказаних суб'єктів у відносинах державного замовлення. На даний час діючим законодавством така схема чітко не визначена. Однак можна стверджувати, що для реалізації державного замовлення з резервування сільськогосподарської продукції необхідно укласти не менше двох контрактів між указаними суб'єктами. Це державний контракт між державним замовником і виконавцем державного замовлення, а також договір контрактації сільськогосподарської продукції. При цьому виробник сільськогосподарської продукції є стороною як державного контракту, так і договору контрактації сільськогосподарської продукції.

На основі наведених положень діючого законодавства можна зробити наступні висновки:

- Резервування сільськогосподарської продукції в державному резерві здійснюється в основному на основі державного замовлення.
- Державне замовлення ґрунтується на укладеному державному контракті між визначеними в Законі України "Про поставки продукції для державних потреб" суб'єктами.
- Договір контрактації сільськогосподарської продукції укладається на основі держаного контракту між визначеними Законом суб'єктами.
- Схема відносин між учасниками договору контрактації сільськогосподарської продукції і державними замовниками та виконавцями законодавчо не визначена.

[1] Про державний матеріальний резерв: Закон України від 24.01.97 №57/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 13. – Ст. 112. [2] Проблеми права власності та господарювання в сільському господарстві / Кол. авт. за ред. В.І.Семчика. – К., 2001. [3] Аграрне право України / За ред. В.З.Ярчука. – К., 2000. [4] *Бичкова Ц.В.* Договірні відносини по державних закупках продукції у сільськогосподарських підприємств. – К., 1969. [5] *Статівка А.Н.* Договоры в агропромышленном комплексе Украины в условиях рынка. – Х., 1997. [6] Про поставки продукції для державних потреб: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 3. Ст. 9. [7] Господарський кодекс України від 16.01.03 № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 21-22. – Ст.144.

Надійшла до редколегії 26.12.04

О.М.Шиманович, асп.

ПРОБЛЕМА СУТНОСТІ (ЮРИДИЧНОЇ ПРИРОДИ) СУДОВОГО РІШЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Розглядається актуальна проблема сутності судового рішення в цивільному процесі України. Розкриваються різні погляди, що існують з цього приводу, зокрема теорії наказу та підтвердження. Визначаються цілі та завдання цього процесуального акта, а також певні особливості, притаманні судовому рішенню.

The actual problem of the essence of the court decision in the civil process of Ukraine is in the focus of our attention in this article. Different existing points of view are analysed, in particular the theory of order and confirmation. We define the goals and tasks of this legal document and also certain peculiarities that are inherent in the court decision.

Судове рішення з цивільної справи – інститут, теоретичній розробці якого в науці цивільного процесуального права має бути приділена серйозна увага.

Інтерес, виявлений процесуальною теорією до теми судового рішення, глибина і багатосторонність досліджень дали суттєві результати. Однак було б неправильно стверджувати, що всі, навіть основні, питання вирішені, і потреба в подальшому дослідженні відсутня. Прогалини в теорії рішення суду існують. Як у будь-якій теорії цивільного процесуального права, ми зустрічаємося з різними, а іноді протилежними поглядами, і тут далеко не все зроблено для того, щоб розкрити причини суперечностей, висвітлити сутність проблеми. Актуальність даного питання полягає також у тому, що за останній час у теорії цивільного процесуального права України не було комплексних монографічних досліджень даної проблеми.

Важливим, зокрема, є питання про сутність судового рішення. У науці цивільного процесуального права проблема сутності судового рішення залишається однією з найдискусійніших. Дослідженню проблем сутності (юридичної природи) судового рішення присвячені роботи М.Б.Зейдера, М.Г.Авдюкова, М.А.Гурвича, С.Н.Абрамова, М.С.Шакарян, Д.М.Чечота, Л.В.Левшина, Н.О.Чечиної, П.П.Заворотька, М.Й.Штефана, В.В.Яркова та інших процесуалістів[1]. Проте основна проблема полягає в тому, що переважною більшістю дані дослідження сягають середини XX ст. і тому не враховують

© О.М.Шиманович, 2004

усіх змін, які мають місце в суспільних реаліях сьогодення. І саме це спонукає нагальність нового осмислення та наукового дослідження проблеми сутності судового рішення.

Слід також зауважити, що це питання є досить спірним. У науковій літературі існує безліч протилежних поглядів з цього приводу, що свідчить про складність та багатоаспектність цього питання. Розвиток цивільного процесуального права має бути безпосередньо пов'язаний з розробкою проблеми судового рішення, оскільки від визначення сутності судового рішення залежить і визначення змісту багатьох інститутів цивільного процесуального права.

Враховуючи складність даної проблеми, ми спробуємо охарактеризувати сутність судового рішення, виявити головні проблеми, яки виникають у цьому зв'язку, та способи їх вирішення. Правильне уявлення про юридичну природу судового рішення має важливе теоретичне і практичне значення, тому що постанова справедливого рішення можлива лише тоді, коли суд буде мати ясне уявлення про сутність того акта, що він постановляє. Питання про сутність судового рішення є питанням про головну ознаку, що характеризує судове рішення як правовий інститут і визначає його місце серед інших актів державних органів. Сутність судового рішення не може бути зрозумілою поза зв'язком зі змістом, формою і завданнями судової діяльності. Основою судової влади є сукупність судових органів, наділених певними повноваженнями. Суб'єктом судової влади є суд, наділений властивими тільки йому повноваженнями. Таким чином, основними моментами, що визначають сутність судового рішення, є природа судової влади і риси, що характеризують правосуддя як форму реалізації судової влади. У кожній цивільній справі завдання правосуддя конкретизуються стосовно певної справи і в рішенні – найважливішому акті правосуддя, яким вирішується спір по суті. Слід відмітити, що в рішенні одержують захист права й інтереси сторін та інших осіб, чий спір вирішувався судом. Якщо позов був цілком задоволений, то в рішенні одержують захист права й інтереси позивача; якщо в позові було відмовлено, то захист одержують права й інтереси відповідача від безпідставних вимог позивача; якщо ж позов задоволений частково рішенням в одній частині – захищаються права позивача, а в іншій – права відповідача.

Необхідно вказати на те, що проблема сутності (природи) судового рішення в процесуальній літературі конкретизувалася у вигляді спору про наявність в рішенні суду наказу чи підтвердження судом правовідносин як підтвердження конкретного права на примусове виконання присудженої судом вимоги позивача до відповідача. Спір про сутність рішення був пов'язаний з теоріями наказу та підтвердження, розробленими німецькими процесуалістами XIX ст. Так, С.Н.Абрамов вважає, що рішення суду – це наказ, звернений до сторін і до всіх інших осіб, державних органів, які мають відношення до цієї справи[2]. Крім того, питання про природу судового рішення дуже ретельно та детально розробляв у багатьох своїх роботах М.А.Гурвич[3], який, прийшов до висновку, що судове рішення є за своєю сутністю владним підтвердженням оскаржених правовідносин, у судовому рішенні немає (поряд з підтвердженням) елемента наказу, що служить джерелом зобов'язуючої сили цивільного суб'єктивного права. Правовідносини немовби переливаються у форму судового рішення, але правовідносини не змінюються рішенням, а навпаки, зберігаються, звільнені від невизначеності[4].

Необхідно зауважити, що недоліки теорій наказу та підтвердження очевидні. Зокрема, недоліки теорії наказу полягають у тому, що тут однобічно висвітлюється питання про джерело примусової сили наказу суду, і не враховується владний характер норм права, на підставі яких постановляється судове рішення. Прихильники ж теорії підтвердження недооцінюють значення обов'язку суду сприяти здійсненню встановлених прав сторін, вирішальне значення вони надають моменту підтвердження оскаржених правовідносин. Доречно буде зауважити, що вони не враховують, що головне в діяльності суду не підтвердити оскаржені правовідносини, а захистити права і свободи людини і громадянина, права і законні інтереси юридичних осіб, інтереси суспільства і держави.

Слід відмітити, що таку однобічність у визначенні сутності судового рішення пізніше усунули такі вчені, як М.Г.Авдюков, М.Б.Зейдер та ін.[5]. Розглянемо ці положення детальніше.

Так, М.Г.Авдюков вважав, що сутність судового рішення полягає в тому, що воно є актом правосуддя, який захищає права сторін, правопорядок у державі шляхом вирішення правових спорів між сторонами по суті. Судове рішення містить у собі наказ та підтвердження, а його сутність полягає в захисті прав сторін шляхом підтвердження наявності або відсутності правовідносин, взаємних прав та обов'язків сторін і в примусі до відповідної, зазначеної в рішенні поведінки[6].

Цікавий погляд з цього приводу висловив М.Б.Зейдер, який також вважає, що судове рішення характеризується тим, що наказ, який міститься в ньому, є наслідком наявності в судовому рішенні іншого елемента – підтвердження судом наявності або відсутності спірного суб'єктивного права позивача або факту, що має юридичне значення. Примусове здійснення права не може бути наслідком лише підтвердження, визнання судом цього права. Акт правосуддя – судове рішення – для здійснення захисту права повинен містити в собі веління, наказ органа державної влади, без чого порушене право не можна вважати захищеним. Однак судове рішення характеризується тим, що наказ судового органа є наслідком наявності в судовому рішенні іншого елемента – підтвердження. Таке підтвердження в судовому рішенні є обов'язковою передумовою наказу, який міститься в судовому рішенні[7].

Хотілося б додати, що, критикуючи останню позицію, Л.В.Левшин підійшов по-іншому до цієї проблеми. Він вважав, що теорії наказу та підтвердження не розкривають сутності судового рішення. Судове рішення, з одного боку, базується на конкретній правовій нормі, і є не чим іншим, як розпорядженням певної поведінки конкретним учасникам спірних правовідносин, а з іншого боку, судове рішення надає право на приведення в дію державного апарату примусу, здатного в необхідних випадках виконати дане рішення незалежно від бажання зобов'язаної особи. Розпорядження певної поведінки учасникам спірних правовідносин нічим не відрізняється від наказу суду, а навпаки, збігається з ним за змістом[8].

Однак вважаємо за неможливе погодитися з вищезазначеними твердженнями. На наш погляд, найбільш правильною є позиція А.Ф.Клейнмана, який вважав, що наказ суду не є основною ознакою судового рішення. Якщо й можливо говорити про наказ, то під наказом слід розуміти встановлення конкретного порядку виконання обов'язків, передбачених самою нормою права. Сутність рішення полягає не тільки в підтвердженні існування чи неіснування правовідносин між сторонами. Суть не в тому, що суд підтверджує наявність у позивача спірного права, а в тому, що за допомогою рішення суд захищає спірне право[9].

У результаті гострої дискусії була вироблена загальна думка про те, що рішення суду варто розглядати як різновид акта із застосування права, в якому мають бути відбиті підсумки застосування судом норм матеріального та процесуального права для вирішення спору

з метою захисту суб'єктивних цивільних прав. Це положення стає загальновизнаним, і далі дослідження проблеми сутності рішення йде в плані виявлення його специфічних особливостей[10].

Як уже було відмічено, судовим рішенням підтверджується наявність або відсутність між сторонами правовідносин, є в ньому й елементи наказу, воно є актом застосування норм матеріального та процесуального права, але зазначені риси підкреслюють лише окремі властивості судового рішення, які не дають повного уявлення про його сутність. На нашу думку, слід погодитися з А.Ф.Клейнманом, який вважає, що, з'ясовуючи сутність судового рішення в цивільному процесі, необхідно визначити цілі та основні завдання цього процесуального акта, його внутрішню природу[11].

Тому необхідно відмітити, що рішення суду є правозастасовним актом. При цьому рішення суду має певні ознаки: 1) постановлюється лише судом; 2) має індивідуальний характер та конкретних адресатів; 3) є юридичним фактом, спрямованим на виникнення, зміну, припинення правовідносин. Дані ознаки знаходяться в прямому зв'язку з нормою права, яку суд застосував судовим рішенням[12]. Однак деякі вчені вважають, що судове рішення створює на базі абстрактних норм права нові, індивідуальні, конкретні правила поведінки для суб'єктів спірних правовідносин[13]. Певною мірою рішення суду має властивості, подібні до властивостей норм права. Судове рішення також виражає волю держави, як і норма права, воно є юридично обов'язковим і становить частину механізму правого регулювання. Адже, якщо припустити, що суд своїм рішенням створює нові, конкретні правила поведінки, то виходить, що рішення суду за своїм змістом та силою подібно до норми права, оскільки рішенням, як і нормою права, встановлюються правила поведінки. Проте необхідно зауважити, що судове рішення діє тільки на основі юридичних норм. Державно-владне розпорядження, що міститься в рішенні, носить індивідуальний характер. Воно не створює особливих правил, придатних для інших випадків. Реалізація правових норм судом являє собою застосування однакового підходу до різних людей.

Тому, на наш погляд, варто погодитися з Н.О.Чечіною, яка підкреслювала, що, розглядаючи питання про сутність судового рішення, треба приділити величезну увагу значенню норми права, результат застосування якої відображений в судовому рішенні[14]. Розглядаючи дане питання, слід підкреслити, що багато процесуалістів у своїх роботах не враховують даний фактор, так, наприклад, Д.І.Полумордвинов вважає, що рішення суду – це акт, яким створюються нові конкретні правила поведінки суб'єктів спірних правовідносин на базі абстрактних норм права[15]. С.Н.Абрамов визначив сутність судового рішення як владне підтвердження спірних правовідносин та перетворення його у безспірне загальнообов'язкове правило поведінки[16].

На наше глибоке переконання, позиція вищезазначених авторів видається непереконливою, тому що у вищенаведених твердженнях рішення немовби заміняє норму права чи доповнює її своїм змістом. Але ж ніякими іншими правилами, крім тих, що встановлені нормами права, поведінка суб'єктів не регулюється. Тому судові рішення не можуть встановлювати нові правила поведінки, які заміняють чи доповнюють норми права. На нашу думку, слід приєднатися до погляду, висловленому Н.О.Чечіною, яка вважає, що створення правил поведінки для суб'єктів відносин, розглянутих судом, не становить завдання судової діяльності, а отже, і встановлення цих правил не може бути відбито у змісті рішення. Ніякими іншими правилами, крім тих, що закріплені в нормах права, поведінка суб'єктів не регулюється. Рішення не стає нормою або нормативно-допоміжним актом, воно не діє ні замість, ні паралельно з нормою. Саме по собі рішення ні загальних, ні індивідуальних правил поведінки не встановлює. Рішення є різновидом акта з примусового застосування права, яке здійснюється державними органами. Сутність рішення характеризується при цьому змістом і значенням норми права, яку застосовує суд для регулювання конкретних відносин. Ніякої додаткової чи самостійної сили рішення не має. Будь-яка норма права має силу і підлягає виконанню не тому, що є рішення суду як підстава до виконання запропонованих нормою обов'язків, а навпаки, сила самого рішення обумовлена силою норми права і залежить не від наказу суду. Рішення не заміняє і не доповнює норму права, їм не створюється для суб'єктів нових обов'язків[17].

Треба зауважити, що сутність судового рішення визначається також метою та завданням цього процесуального акта. Визначення сутності рішення суду тим, чим воно об'єктивно є в реальній дійсності серед актів суду та інших органів держави, стане можливим, якщо виходити із завдань цивільного судочинства, з особливостей правосуддя, його функцій із застосування норм права до фактичного змісту правового питання, що був предметом дослідження суду, із суб'єктивних та об'єктивних меж дії судового рішення. Судове рішення – акт правосуддя у цивільних справах, у зв'язку з чим визначення його сутності невіддільно від завдань та цілей правосуддя, на досягнення яких воно спрямовано.

Постановленням рішення завершується стадія судового розгляду. Тому судове рішення виступає цивільним процесуальним актом, який підсумовує діяльність суду. У рішенні суду відображається вся проведена судом діяльність з дослідження та оцінки доказів, із встановлення юридичних фактів, а також із застосування норм права до конкретних правовідносин та їхніх суб'єктів[18].

Рішенням суду від імені держави вирішується спір між сторонами або питання про захист прав та охоронюваних законом інтересів. У рішенні виражається воля держави – сторони зобов'язані дотримуватися певної поведінки щодо існуючих між ними правовідносин. У рішенні суду від імені України дається оцінка спірних вимог або правовідносин. Судове рішення виховує громадян, декларуючи норми, яким необхідно підкорятися, встановлюючи конкретні правила поведінки, визначаючи форми захисту прав, забезпечуючи захист.

Крім цього, потрібно підкреслити також і те, що Пленум Верховного Суду України в Постанові № 11 від 29.12.76 "Про судове рішення" звертає увагу судів на те, що судове рішення є найважливішим актом правосуддя, покликаним забезпечити захист гарантованих Конституцією України прав і свобод людини, правопорядку і здійснення проголошеного Конституцією України принципу верховенства права.

Погоджуючись з думкою процесуалістів про рішення як про акт державної влади, завдання якого визначаються завданнями судової діяльності в цілому, ми вважаємо, що найточніше визначають сутність рішення ті процесуалісти[19], які підкреслюють, що рішення суду – це в першу чергу акт із застосування права, який має певні особливості: 1) воно (рішення) має разове значення (стосується конкретної життєвої ситуації й містить індивідуальне розпорядження, адресоване конкретним особам); 2) це офіційний акт-документ, який виражає волю держави та постановлюється компетентним органом; 3) воно викликає певні юридичні наслідки індивідуального характеру; 4) розпорядження суду на основі загальних норм визнає індивідуально міру можливої й належної поведінки для конкретних осіб; 5) рішення суду є зовнішнім формальним закріпленням результату правозастосування у кожній цивільній справі; 6) це спосіб реального проведення в життя державного примусу; 7) воно має відповідати закріпленим у цивільно-процесуальному законодавстві

вимогам. Судовим рішенням підсумовується комплекс застосування судом матеріальних та процесуальних норм, причому останні регламентують діяльність суду і забезпечують тим самим правильність застосування норм матеріального права.

Отже, з усього викладеного слід зробити висновок, що рішення суду є основним і найважливішим актом правосуддя, який вирішує цивільну справу по суті, який містить державно-владне, індивідуально-конкретне розпорядження із застосування норм права до встановлених у судовому розгляді фактів і правовідносин, постановленим у передбаченому законом порядку ім'ям України і спрямованим на захист прав і свобод людини й громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства й держави, зміцнення законності та правопорядку, на запобігання правопорушенням, виховання громадян і посадових осіб у дусі поваги норм права, честі й гідності людини.

[1]*Зейдер Н.Б.* Судебное решение по гражданскому делу. – М., 1966. – С.16; *Зейдер Н.Б.* Судебное заседание и судебное решение в советском гражданском процессе. – Саратов, 1959. – С.45; *Авдюков М.Г.* Судебное решение. – М., 1959. – С.15; *Гурвич М.А.* Решение советского суда в исковом производстве. – М., 1955. – С.24; *Абрамов С.Н.* Судебное рассмотрение и разрешение гражданских дел. – М., 1944. – С.52; Советский гражданский процесс / Отв. ред. М.С.Шакарян. – М., 1985. – С.266; *Чечот Д.М.* Постановления суда первой инстанции по гражданским делам. – М., 1958. – С.6; *Левшин Л.В.* Сущность и значение судебного решения в советском гражданском процессе: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – М., 1953; *Чечина Н.А.* Норма права и судебное решение. – Л., 1961. – С.43; *Заворотько П.П., Штефан М.Й.* Судове рішення. – К., 1971. – С.25; Гражданский процесс / Отв. ред. В.В.Ярков. – М., 2000. – С.314. [2] *Абрамов С.Н.* Судебное рассмотрение и разрешение гражданских дел. – М., 1944. – С.52. [3] *Гурвич М.А.* Решение советского суда в исковом производстве. – М., 1955. – С.24; *Гурвич М.А.* Судебное решение. Теоретические проблемы. – М., 1967. – С.17; *Гурвич М.А.* Советское гражданское процессуальное право. – М., 1964. – С.248. [4] *Гурвич М.А.* Решение советского суда в исковом производстве. – М., 1955. – С.24. [5] *Авдюков М.Г.* Судебное решение. – М., 1959. – С.16; *Зейдер Н.Б.* Судебное решение по гражданскому делу. – М., 1966. – С.20. [6] *Авдюков М.Г.* Зазнач. праця. – С.16. [7] *Зейдер Н.Б.* Зазнач. праця. – С.19-20. [8] *Левшин Л.В.* Сущность и значение судебного решения в советском гражданском процессе: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – М., 1953. – С.6-9. [9] *Клейнман А.Ф.* Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права (Очерки по истории). – М., 1967. – С.83. [10] Гражданский процесс / Под ред. В.А.Мусина, Н.А.Чечиной, Д.М.Чечота. – М., 2000. – С.284. [11] *Клейнман А.Ф.* Зазнач. праця. – С.82. [12] Гражданский процесс / Отв ред. В.В.Ярков. – М., 2000. – С.316. [13] *Абрамов С.Н.* Советский гражданский процесс. – М., 1952. – С.263; *Полумордвинов Д.И.* Законная сила судебного решения. – Тбилиси, 1964. – С.15. [14] *Чечина Н.А.* Норма права и судебное решение. – Л., 1961. – С.43-44. [15] *Полумордвинов Д.И.* Зазнач. праця – С.15. [16]*Абрамов С.Н.* Зазнач. праця. – С.263. [17] *Чечина Н.А.* Зазнач. праця. – С.44. [18] *Штефан М.Й.* Цивільний процес. – К., 2001. – С.444. [19] Гражданский процесс / Отв. ред. В.В.Ярков. – М., 2000. – С.316-317; *Решетникова И.В, Ярков В.В.* Гражданский процесс. – М., 2002. – С.210.

Надійшла до редколегії 18.01.04

М.І.Скригонюк, канд. юрид. наук, доц.

ГЕНЕЗИС СУСПІЛЬНИХ (МАСОВИХ) ЗАВОРУШЕНЬ І ЙОГО ПРАВОВЕ ОБҐРУНТУВАННЯ

Розглядаються проблеми виникнення суспільних (масових) заворушень. Аналізується суспільний розвиток і заворушення у теоретико-правових вченнях.

The article deals with origin of social disorders. The author analyses social development and disturbances in theoretical and legal studies.

Суспільний розвиток нерозривно поєднаний із заворушеннями і має певні стадії. Так, перехід від первіснообщинного ладу до рабовласницького (а в деяких державах – безпосередньо до феодалізму) був першою в історії зміною суспільно-економічної формації. Первіснообщинний лад існував тисячоліттями у всіх народів на ранній стадії їхнього розвитку і зберігся в окремих місцевостях донині. Про це свідчить, наприклад, такий факт. Відомий німецький кінооператор аніматіст Хайнц Зільман, описуючи в 1970 р. життя корінного індіанського населення (народу Колорадо в Республіці Еквадор), зазначив, що у цього племені немає єдиного проводиря і спільного села. Кожний рід живе окремо у власному поселенні[1]. Причина такого застою – замкнутість, відірваність племені від загальної цивілізації, від суспільства. Перехід первіснообщинного ладу до рабовласницького полягав у тому, що це була фактично зміна докласового суспільства класовим. Декілька століть точиться полеміка щодо можливих шляхів указаного переходу. Одні вчені вважають, що зміна первіснообщинного ладу рабовласницьким пройшла еволюційним (лат. evolutio – розгортання) шляхом, інші переконані – еволюція підготувала революцію, і тільки завдяки революційному стрибку був знищений віджилий первіснообщинний лад. Ці погляди можуть мати певне значення і для розв'язання проблеми суспільних заворушень, визначення їхньої правової природи та впливу на суспільно-політичне буття. Свою думку про еволюційну зміну первіснообщинного ладу рабовласницьким у різних інтерпретаціях висловлювали видатні вчені, зокрема французький натураліст і біолог Ламарк (1744–1829), філософи: Руссо (1712–1778), Гольбах (1723–1789), російський юрист М.Ковалевський (1851–1916) та ін. Такої позиції також дотримувалися великий англійський вчений, основоположник теорії про походження і розвиток видів Ч.Дарвін (1809–1882), один із засновників нової суспільної теорії Ф.Енгельс (1820–1898), американський вчений, дослідник первіснообщинного суспільства Л.Морган (1818–1881), який, зокрема, здійснив періодизацію розвитку докласового суспільства. Так, у своїй класичній праці "Стародавнє суспільство" (1877) вчений указав, що зміна первіснообщинного ладу пройшла еволюційним шляхом, без революцій. Еволюція веде до ускладнення, диференціації, підвищення рівня організації системи, або навпаки. Еволюційний процес передбачає поступові, природні зміни певних явищ, характеристик. Поміркована позицію Г.Моргана підтримують економісти, філософи і правознавці. Дещо по-іншому висвітлювали шляхи переходу суспільства від первіснообщинного ладу до рабовласницького вчені радянської доби. Вони, зокрема, перекрутили наукові висновки Ф.Енгельса, стверджуючи, що він у своїй праці "Походження сім'ї, приватної власності і держави" показав, що класовий розподіл, який поступово складається в надрах первіснообщинного ладу, привів, у решті-решт, до революційного перевороту, повалення залишків родових відносин, що влада вельможного панства була повалена в результаті низки перетворень. Там, де ці перетворення здійснювалися революційним шляхом, розвиток суспільства тривав найшвидше, а там, де залишки родового ладу консервувалися і поступово прилаштовувалися до нових умов, суспільні відносини набирали характеру застою. У даному разі Ф.Енгельс у своїй праці веде мову не про революційний, а про суспільний переворот, який повалив залишки родового ладу, тобто забезпечив трансформацію конкретної держави від однієї суспільно-економічної формації до іншої. Така трансформація суспільства є нічим іншим, як еволюційним процесом, який поступово змінює його сутність. Поетапна зміна відносно стійких закономірнос-

© М.І.Скригонюк, 2004

Київський університет імені Тараса Шевченка

тей, внутрішніх зв'язків у суспільстві, які об'єднують його різні якості й характеристики в єдине ціле, триває на фоні масової плебсологічної активності. Тобто така трансформація суспільства супроводжувалася масовими суспільними заворушеннями, які мали в собі й елементи стихійності, й елементи свідомості.

Процес історичного розвитку завжди відбувається еволюційним шляхом і фактично є продуктом суспільного синтезу за масової плебсологічної активності (у тому числі у формі суспільних заворушень). Витворюючи теорію соціалістичної революції, її автори – філософи-матеріалісти, будучи заручниками політичної системи, штучно прищепили науковий живець революції до процесу зміни первіснообщинного ладу рабовласницьким, що вже давно став історичним. За таких умов науковці, з одного боку, затушовували дійсно природничо-історичне значення заворушень у суспільно-політичному житті народжуваної державності, з іншого – указані заворушення ними кваліфікувалися як революції. Так, при характеристиці революційного переходу від феодалізму до капіталізму, від капіталізму до радянського соціалізму феномен соціальної революції розглядається науковцями у двох значеннях: у вузькому розумінні слова – як конкретна подія в історії держави, більш-менш виразно обмежена в часі; у широкому розумінні – як епоха революційного переходу держави від однієї суспільно-економічної формації до іншої. Як бачимо, тлумачення розуміння соціальної революції щодо переходу від первіснообщинного ладу до рабовласницького цими авторами свідомо випущено, хоч переважна більшість науковців констатують, що перехід від первіснообщинного до рабовласницького ладу, як переходи до інших суспільно-економічних формацій, супроводжувалися жорсткою класовою боротьбою. Що це за класова боротьба, якщо це не соціальна революція? Якщо брати до уваги, що соціальна революція – це корінний переворот у суспільному і політичному (державному) ладі, що означає повалення віджилого, застарілого й утвердження нового, прогресивного ладу шляхом збройного повстання експлуатованих і пригноблених класів, то стає зрозумілим очевидне. При переході від первіснообщинного ладу до рабовласницького ніякі соціальні групи, ніякі класи так дружно й організовано, як ми це знаємо з історії, Бастилію і Зимовий палацу, не штурмували. Ті "революційні" процеси відбувалися у формі найпримітивніших масових заворушень, які супроводжувалися вбивствами та іншими діяннями. Саме такі суспільні заворушення Ф.Енгельс і називає революційними переворотами. Тут виникає досить цікаве – питання щодо суспільних заворушень як прискорювача ходу розвитку суспільства. Є загальновизнаним, що рух суспільства являє собою природно-історичний процес, під час якого відбувається послідовна зміна суспільно-економічних формацій. Отже, природно-історичний процес зміни суспільно-економічних формацій відбувається від нижчого до вищого, більш передового й вдосконаленого.

Ступінь суспільного розвитку як філософське поняття може розкривати характер тієї чи іншої плебсологічної ситуації в державі. У кожну суспільно-економічну формацію, у кожну історичну епоху відбувається зміна плебсологічної ситуації як остання нового якісного стану. Стан плебсологічної ситуації в державі в контексті суспільного розвитку визначається як за внутрішніми, так і за зовнішніми зв'язками. У плебсологічному значенні суспільний розвиток має дві головні тісно пов'язані між собою тенденції – прогресивну й регресивну. І все ж він завжди традиційно асоціювався зі справедливою перебудовою суспільства. Перебудувати суспільство по-новому на принципово вдосконалених засадах, але в застарілій ідеологічній формі, вдавалося не завжди. Як приклад можна навести невдалу спробу М.Горбачова перебудувати радянське суспільство, яка фактично супроводжувалася натиском плебсологічної напруги і закінчилася розпадом імперії. Проблеми справедливої перебудови суспільства впродовж століть невтомно лихоманили людство. Суспільний розвиток неможливий без народних заворушень, які, у свою чергу, супроводжуються неймовірно титанічною діяльністю філософів і політиків. Адже теорія і практика суспільного розвитку завжди знаходились у центрі уваги передових сил людства.

Внесок у розвиток теорії суспільного розвитку зробив К.Маркс, який дотримувався концепції про революційну, насильницьку зміну світу, тобто того чи іншого суспільно-політичного, а отже, і економічного устрою. Та сутність справи, на нашу думку, не в тому, щоб змінювати світ, а в тому, щоб розумно сприяти природному його розвитку. Єдність такого теоретичного підходу до проблеми суспільного розвитку і суспільно-історичної практики очевидна, класичним її варіантом є повалення царської монархії в Російській імперії 23 лютого (8 березня) 1917 р. в Петрограді. У цей день у столиці розпочалися великі демонстрації, що охопили 128 тис. осіб. Жінки, об'єднавшись у натовпи, влаштовували "летучі" мітинги, погроми хлібних крамниць[2]. Наступного дня кількість страйкуючих перевищила 200 тис. осіб. 26 лютого почався перехід армії на бік страйкуючих, а 28 лютого до них приєднався весь 127-тисячний петроградський гарнізон. У цей час 27 лютого був створений тимчасовий виконавчий комітет Петроградської Ради робітничих депутатів, який звернувся до військ і робітників заводів з пропозицією вибрати і послати в Таврійський палац своїх депутатів, де почав діяти Тимчасовий Комітет Державної думи. Уже 28 лютого Комітет призначив своїх комісарів у всі міністерства. 2 березня визначився склад Тимчасового Уряду на чолі з князем Львовим. Саме в цей день 2 березня 1917 р. у м. Пскові імператор престолу Російської держави Микола II підписав акт про зречення від престолу на користь Великого князя Михайла Олександровича. Основним аргументом зречення царя від престолу, як він сам пояснював, послужили внутрішні народні заворушення. На прикладі цих загальновідомих, грандіозних історичних подій ще раз зауважимо, що світ не потрібно змінювати, його потрібно вдосконалювати. Але теоретики були іншої думки щодо підходів до проблеми суспільного розвитку. Вони, зокрема, дали робітничому класу філософію, яка стала нетрадиційною в історії суспільної думки. Маркс писав, що подібно до того, як філософія знаходить у пролетаріаті свою матеріальну зброю, так і пролетаріат знаходить у філософії свою духовну зброю"[3]. Це твердження не можна прийняти безоглядно. Не погоджуючись з цим висновком Маркса, зазначимо, що як революційний натовп не знаходить у філософії мудрості, так і філософія не може знайти в революційному натовпі раціонально-матеріального. На підтвердження цього запитаємо, у чому полягала філософська мудрість дій жінок, які безчинствували натовпами у Петрограді, які 8 березня 1917 р. в день святкування Міжнародного жіночого дня під час демонстрацій стали чинити погроми в хлібних крамницях? Зазначені події не були випадковістю. Майже всі класові битви, як правило, розпочиналися демонстраціями, які переростали в безчинство. Що філософське (раціонально-матеріальне) можливо знайти в таких діях? За вчинене осіб, винних у погромах, притягують до кримінальної відповідальності в тому разі, коли справа революційного натовпу не завершилася державним переворотом. Однак остаточна перемога в боротьбі класів неможли-

ва, і це тому, що суспільний розвиток завжди триває. Ця теза щодо унеможливлення фіксації в суспільстві раз і назавжди перемоги в боротьбі класів підтверджується на прикладі жовтневого 1917 р. перевороту в Росії. Тут диктатура політико-економічних догм загальмувала суспільний розвиток на багато десятиліть. Отже, остаточна перемога в боротьбі класів неможлива, як і неможлива перемога над часом. На превеликий жаль, на долю Російської імперії та її поневолених народів випало велике нещастя апробувати вчення Маркса. І чи є обставиною, що пом'якшує відповідальність осіб, причетних до вказаної апробації вчення Маркса, твердження – виправдування деяких теоретиків. Наче виправдовуючись за скоєне більшовицьким режимом, вони заявляють, що великий вчитель взагалі не брав Росію до уваги і що Жовтневий переворот в 1917 р. відбувався всупереч усім його очікуванням. Однак немає нічого дивного і неабиякого в тому, що К.Маркс передбачав "грандіозну соціальну революцію в Російські імперії", яка буде мати всесвітнє значення. Адже як фахівець у відповідній сфері суспільних відносин він добре знав відому прописну істину, що всяка форма правління, за якої верховна влада в державі належить одній особі або групі осіб, де ігнорується широка участь народу в законотворчій, управлінській, контрольній діяльності, неминуче за певних умов буде повалена. Провідну роль у поваленні таких режимів завжди відіграють суспільні заворушення. Цілком справедливо з філософсько-історичної, політологічної, правової позицій кваліфікувати такі дії як державний переворот. Наприклад, Маркс вважав, що суспільна власність на засоби виробництва – це той феномен, який прийде на зміну капіталізму, тобто приватна власність має бути знищена. Але знищити приватну власність також неможливо, як і неможливо знищити взагалі сім'ю і державу. Якщо говорити про першопричини виникнення приватної власності, то вони в основі своїй мають природно-рефлексний характер (зміст). Так, перший у суспільному середовищі природно-рефлексний засіб привласнення новонародженим чужого – це володіння соском матері, а вдихання повітря – привласнення природного. Та гіпотези теоретиків зазнавали насильницької матеріалізації Так, проведення масової колективізації в СРСР повністю відповідало реалізації принципів Маркса щодо знищення приватної власності. 3 липня по жовтень 1929 р. в колгоспи було насильно втягнуто стільки ж селян, скільки за весь 12-річний період існування радянської влади. Курс більшовиків на колективізацію зустрічав дедалі більший опір селянства України. З осені 1929 р. режим розгорнув масовий примусовий вступ середняків до колгоспів. До початку жовтня в Україні налічувалося близько 16 тис. колгоспів, які об'єднували 10,4 % селянських господарств. Повсюди масово виникали селянські заворушення на знак протесту проти насильницької колективізації. Але сили були нерівні. Режим жорстоко карав масові селянські заворушення. Особливо посилилися репресії на кінець 1929 р., коли підступний режим повів політику ліквідації заможного селянства. У 1917–1920 рр. для залучення до класової боротьби широких верств селянства і завоювання влади вождями революції був використаний надто впливовий на масову свідомість селянства економіко-психологічний важіль – земля. І ось тепер влада, матеріалізуючи теоретичні постулати, повела жорстку боротьбу із селянством. У пам'яті сучасників добре закарбувалася ще одна (на цей раз мала) колективізація періоду М.Хрущова, коли до колгоспів та радгоспів рішенням влади була відібрана худоба, що належала приватним особам. І цей захід також впроваджувався на угоду теорії етичних постулатів щодо знищення приватної власності.

Таким чином, теорія приватної власності виявилася на практиці хибною. Не випадково особисто Ю.Андропов у 1983 р. був змушений визнати, що історичний досвід реального соціалізму показав, перетворення "мого", приватновласницького в "наше", спільне – справа не проста. Ще один важливий аспект – ідея та інтерес. Проблемі інтересу була присвячена значна кількість праць з філософії[4], економічної теорії[5], юриспруденції[6] та інших наук, оскільки інтерес посідає досить вагоме місце в суспільному бутті як реальна причина соціальних дій, що стоять за безпосередніми спонуканнями (помислами, мотивами) соціальних груп, класів. Наприклад, ідеолог революції французької буржуазії XVII ст. Клод Андріан Гельвецій (1715–1771) писав, що на землі інтерес є всесильний чарівник, який змінює на очах усіх істот вид усякого предмета[7]. Важливу роль у розвитку теорії інтересу відіграв представник німецької класичної філософії Георг Вільгельм Фрідріх Гегель (1770–1830). Він, зокрема, зазначав, що інтерес відіграє головну роль у діях людей[8]. У кожній ідеї природно закладено певний інтерес (матеріальний, духовний) незалежно від того, реалізується вона чи ні. Однак ідея не може відокремлюватися від інтересу, вона лише може реалізовуватися за несприятливих умов. Оскільки сам інтерес це вже є ідея, саме інтерес перебуває в найтіснішому зв'язку із суспільними відносинами, проникає у всі глибинні зв'язки, що утворюють ці відносини на всіх рівнях їх функціонування. У процесі суспільного розвитку значущим завжди є життєвий інтерес народу. Роль народу як суб'єкта суспільного розвитку висвітлювалася у творах Т.Г.Шевченка, І.Я.Франка, Лесі Українки та інших світочів національної й світової літератури, які, перш за все, бачили в ньому головну дієву силу історії. Але суспільно-історична практика доводить, що основний режим "діяльності мас" – праця. Народ завжди терпляче працював, очікуючи на добрі зміни, що начебто мали настати з центру. Сподівання народу – очікування кращих часів (наприклад, скасування кріпосного права в Російській імперії в 1861 р., розпад СРСР у 1991 р. та ін.) інколи тривало століттями і все ж збувалися. Правда, цей процес супроводжувався великою чи малою кількістю локальних суспільних заворушень. Це вдало показав Тарас Шевченко у вірші "І мертвим, і живим, і ненародженим..." (1845). Поет, зокрема, писав: "Розкуються незабаром заковані люди, настане суд, заговорять і Дніпро, і гори!". Рідко коли народ масово зорганізовано виступав на захист своїх прав. Активність народу залежала від умов (суспільно-історичної епохи), в яких він діяв, від його життєвих інтересів, від наявності лідера і т. п.

Як свідчить суспільно-історична практика, зростаюча роль мас в історії може мати не тільки позитивний, а й негативний характер. В останньому разі маємо на увазі масову участь у суспільних заворушеннях. Сила революційного натовпу, збуджена перспективою отримання землі, фабрик, заводів, шахт, копалень тощо відштовхнула на манівці масової свідомості правові та морально-етичні норми, що діяли в суспільстві. Характерно, що розумові дії окремих лідерів фактично перетворюються в умовах суспільних заворушень на засіб насильства, експлуатації інших. Ними по суті обмежується свідомість, розумова діяльність іншої частини народних мас, яка діє в натовпі за принципом: "чинити як усі". Однак заангажована (закомплексована) сліпа сила натовпу, що безчинствує, інколи спрацьовує супроти основного її лідера. Основними координаторами врегулювання відповідних суспільних відносин можуть бути другорядні лідери, які претендують на основну

роль, або потерпілі чи їхні родичі, представники, інші особи. Це показав Тарас Шевченко у вірші "Гайдамаки" (1841). У вірші говориться, як провідник повсталого проти шляхти народу Гонта в м. Умані, під час Коліївщини в присутності гайдамаків змушений був вчинити вбивство своїх двох неповнолітніх синів:

Аж ось ведуть гайдамаки
Ксьондза-єзуїта
І двох хлопців: "Гонто, Гонто"
Оце твої діти.
... Ти нас ріжеш – заріж і їх...
Вони католики.
Чого ж ти став? Чом не ріжеш?
...Поцілуйте мене, діти,
Бо не я вбиваю,
А присяга. Махнув ножем –
І дітей немає!
Попадали зарізані
"Тату, тату ... ми не ляхи!"

Як бачимо, навіть батьківські почуття поступаються перед глухонімою і сліпою силою етнічного натовпу. Викладене дає нам підстави вважати, що роль мас в історії може бути як позитивною, так і негативною.

Нинішня ринкова економіка в розвинених державах світу є соціально-орієнтованою, вона, крім усього, сприяє зайнятості населення та його соціальному захисту. Політичним барометром класової напруги в умовах соціально-орієнтованої ринкової економіки є плебсологічна ситуація, суспільні заворушення. Саме соціально-орієнтована ринкова економіка дозволяє державі оперативно й ефективно реагувати на причини та умови суспільних заворушень і запобігати таким чином класовій боротьбі. Незважаючи на це, у нинішніх капіталістичних державах світу і в республіках колишнього СРСР завжди мають місце суспільні заворушення – одна з неодмінних умов суспільного розвитку. Це дає можливість зробити висновок, що суспільний розвиток з об'єктивних причин неможливий без масових заворушень.

Заворушення доби первіснообщинного та рабовласницького ладу, як і інших суспільно-економічних формацій, є складовою частиною плебсології, яка завдяки принципу історизму дозволяє досліджувати відповідне явище в різних конкретно-історичних умовах. Суспільні заворушення фактично є якісно відмінний продукт суспільного розвитку в межах кожної суспільно-економічної формації, який постійно змінюється. Неможливо розкрити плебсологічну сутність суспільних заворушень, попередньо не вивчивши це явище в умовах минулого. У плебсології немає масових заворушень взагалі, суспільного явища, штучно відірваного від конкретно-історичних умов, різних у кожній окремій державі. У плебсологічному значенні вивчення суспільних заворушень у межах різних суспільно-економічних формацій дозволяє не тільки правильно пояснити минуле і сьогодення, а й прогнозувати тенденції можливого розвитку досліджуваного явища.

Отже, дослідження суспільних заворушень у нинішніх умовах в Україні потрібно проводити не абстрактно, відірвано від загального суспільно-історичного процесу, а у зв'язку з розвитком усієї людської практики. Чинник національної напруги (етнічності) є складним суспільно-політичним явищем, яке впливало, впливає і буде впливати на виникнення масових заворушень. Проблеми етносу, етнічних процесів постали перед суспільством не випадково. В умовах національного гноблення суспільні заворушення виникають під прапором національної ідеї. Однак, як показала практика, досить часто масові заворушення є результатом складних внутрішньоетносових процесів, які багато в чому збігаються з таким суспільним явищем, як опір народу. Опір народу – це продукт розвитку суспільства, який започатковується з виникненням державності і є її постійним супутником. Суспільні заворушення були притаманні всім етапам розвитку людства. Причини їх полягали не тільки в класово-антагоністичних суперечностях. Саме тому масові заворушення заподіювали збитки панівній системі суспільних відносин. Для вдалого прикладу знову повернемося до першої в історії людства суспільно-економічної формації – первіснообщинного ладу. Відомо, що йому був притаманний низький рівень розвитку виробничих сил, відсутність суспільного поділу праці та приватної власності, класів і держави. Уже в ранньому первіснообщинному суспільстві, коли майже все самодіяльне населення брало участь у виробництві і його розвитку та розв'язанні інших суспільних завдань, виникають заворушення. І це за відсутності класів і держави. Таким чином, перша суспільно-економічна формація не стала панацеєю від усіх випадків тих збурень, що виникали в межах того чи іншого етносу. Адже в первіснообщинному суспільстві все самодіяльне населення було народом, а його діяльність врегульовувалася звичаями. Фізична, розумова, а згодом економічна чи інша нерівність між окремими членами і групами общин у межах кожної народності сприяла виникненню заворушень. Певну роль у цьому міг відігравати протест проти існуючих звичаїв та боротьба за лідерство в общинах, громадах. Уже в умовах первіснообщинного ладу формою участі люду в заворушеннях був натовп, що безчинствував. У формі натовпу, але мирного (ватаги, юрби), відбувалися "поганські" свята та обряди у давніх слов'ян дохристиянського, а згодом і християнського періодів. Це був потужний, розвинений обрядовий комплекс, який дістався нам у спадок із сивої давнини і є у всіх народів Європи. Учені відносять його запровадження до часів індоєвропейської спільності. Розпад первіснообщинного ладу супроводжувався малими й великими суспільними заворушеннями. Особливо характерними вони були для рабовласницького суспільства і держав стародавнього світу, в яких рабовласницькі відносини досягли найвищої стадії. Причиною суспільних заворушень народів старого світу поставало прагнення звільнитися від рабства. То був соціальний протест низів проти експлуататорів. Як не прикро, але низи психологічно завжди були й є готові приєднатися до будь-якої політичної сили, внутрішньої чи зовнішньої, аби тільки тим самим полегшити свою нелегку долю. Це є яскравим прикладом того, як виявляється головна проблема буття – життєвого інтересу народу. Життєвий інтерес етносу (народу) може втрачати своє істинно природне значення. У зв'язку з цим стає помітно провідною роль інтелігенції – прошарку людей, які професійно займаються розумовою працею. Досить часто в ході масових заворушень інтелігенція відіграє роль лідерів, збудників масових ексцесів. Покажемо найбільш відомі великі суспільні заворушення повстання на прикладі виникнення, становлення і зникнення в історичному процесі трьох головних форм рабовласницької держави: монархії (Єгипет, Вавилон, імператорський Рим), аристократичної республіки (Рим, Спарта) і рабовласницької демократичної республіки (Афіни і деякі інші грецькі поліси). Так, щодо Вавилону, то в нижній течії великих азіатських рік Тигра й Євфрату, на півдні Месопотамії (Дворіччя), проживав народ шумери. У III тисячолітті до н.е. в Шумерії виникає низка міст-держав. Уже в 2370 р. до н.е. тут у місті-державі Лагаше під керівництвом Урукагіни (Уруїнімгіну) відбулося повстання народу, яке закінчилося перемогою[9]. Урукагіни провів низку реформ, його режим проіснував шість років і був ліквідований вторгненням міста-держави Умми. Згодом

у 1895 р. до н.е. в середній Месопотамії, де місто Вавилон стає центром незалежної держави, витворюється імперія Хаммурапі. У 1518 р. до н.е. внаслідок великих заворушень було захоплено гірське плем'я каситів[10].

У стародавньому Китаї великі суспільні заворушення набули масштабів грандіозних революційних війн. Одне з них (повстання 209 р. до н. е.) призвело до повалення правлячої династії (Цінської) проведення важливих реформ.

Важливим блоком у дослідженні суспільних заворушень у стародавній Греції є Спартанська держава (на півдні Балканського півострова в так званому Пелопенесі), яка набула значення своєрідної аристократичної республіки. Її виникнення бере свій початок у XII–XI ст. до н.е. Спарта після столітньої війни (VIII в. до н.е.) захопила землі Месенії, а її населення перетворила на загальнодержавних (общинних) рабів-ілотів. Суспільні заворушення ілотів у Спартанській державі відбувалися часто і навіть декілька разів переростали у великі повстання, а коли вони були придушенні – переходили в партизанські війни.

Суспільні заворушення в Стародавньому Римі необхідно досліджувати за трьома основними періодами тисячолітньої історії цієї держави. Перший період – так званий царський – тривав з 754 до 510 р. до н.е. Другий період починається зі скинення останнього римського царя Тарквінія Гордого і становлення республіканського ладу з 510 до 27 р. до н.е. І третій період – так званий період імперії – з 27 до 476 р. н.е. Східна Римська імперія (Візантійська) під проводом Константинополя існувала ще протягом тисячоліття.

Завершуючи наш екскурс у межах трьох головних класичних форм рабовласницьких держав стародавнього світу, зауважимо, що цій стадії розвитку суспільства були притаманні різні методи класової боротьби. Природним станом цієї боротьби є суспільні заворушення. Основною їхньою рушійною силою став клас рабів – найчисленніший клас, який в умовах рабовласницького ладу не був об'єктом кримінально-правової охорони. За загальним правилом, раби не розглядалися і як суб'єкти кримінально-правових відносин. Класова природа норм про злочини, до яких належали й суспільні заворушення, полягала в нерівності перед законом різних прошарків суспільства. Поза інтересами основних суб'єктів класової боротьби – рабів та їхніх нечисленних союзників – вільних громадян залишалася еліта суспільства. Проте заворушення рабів інколи мали позитивне завершення. Це той випадок, коли результатом суспільних заворушень було утворення держави. Однак з низки вищевказаних об'єктивних і суб'єктивних причин раби не змогли створити нової за якістю держави, суттєво відмінної від рабовласницької. Раби, як ми знаємо, повставали, започатковували бунти, громадянські війни, але ніколи не могли створити свідомої більшості, не могли ясно зрозуміти, до якої мети ідуть, і навіть у найбільш революційні моменти історії виявлялися пішаками в руках панівних класів.

Отже, суспільні заворушення без держави – її виробничих сил і виробничих відносин можливо розглядати лише в науковій абстракції. Це означає, що кожній суспільно-економічній формації з їх відповідною формою державотворення відповідає певна форма малих і великих суспільних заворушень, які супроводжували історію розвитку людства, починаючи з раннього періоду, з появою найдавніших державних утворень. А класи, народи (інколи соціальні групи) в разі їхнього відкритого чи прихованого поневолення завжди мають природне право на опір, у тому числі у формі суспільних заворушень, які чиняться з метою захисту їхніх прав і свобод.

[1] *Зильман Х.* В стране драконов и сказочных птиц. Пер. с нем. – М., 1979. – С.84. [2] Очерки истории КПСС: Учеб. пособие для школ основ марксизма-ленинизма. – М., 1967. – С.128. [3] *Маркс К., Энгельс Ф.* Сочинения. – Т.1. – С.428. [4] *Здравомыслов А.Г.* Проблема интереса в социалистической теории. – Л., 1964. [5] *Радаев В.В.* Экономические интересы при социализме. – М., 1971; *Каманкин В.П.* Экономические интересы развитого социалистического общества. – М., 1978. [6] *Таций В.Я.* Объект и предмет преступления по советскому уголовному праву. – Харьков, 1982. – С.72-82; *Гукасан Р.* Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. – Саратов, 1977; *Сидоренко В.Ф.* Проблема интереса в государственном управлении. – К., 1979. [7] *Гельвецький К.А.* Об уме. – М., 1938. – С.34. [8] *Гегель Г.В.Ф.* Сочинения. – М., 1935. – Т. 2. – С.29. [9] *Черниловский З.М.* Всеобщая история государства и права (история государства и права зарубежных стран). – М., 1983. – С.18-19. [10] *Гельвецький К.А.* Об уме. – М., 1938. – С.34.

Надійшло до редколегії 02.02.04

Р.С.Ляхутін, асп.

ФУНКЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПОКАРАННЯ

Присвячено проблемі співвідношення понять "функції покарання", "цілі покарання" та "мета кримінального права".

The article is devoted to the problem of correlation of the concepts "functions of punishment", "goals of punishment" and "aim of criminal law".

З'ясування сутності покарання цікавить дослідників з давніх часів. Визначенню того, для чого покарання застосовується до особи, присвячені численні дослідження як представників юридичної науки, так і соціологів, психологів, філософів. Проте, незважаючи на велику кількість теорій покарання, невизначеним залишається зміст поняття "цілі (мета) покарання" та сама обґрунтованість його застосування в кримінальному праві.

Кримінальне право являє собою історично обумовлену юридичну систему реагування суспільства на найнебезпечніші діяння. Метою існування цієї правової системи є забезпечення охорони певних соціальних цінностей. Для реалізації цієї мети в нормативних кримінально-правових актах містяться заборонні та дозвільні (необхідна оборона, затримання особи, що вчинила злочин, крайня необхідність тощо) норми, які визначають протиправність чи правомірність діяння та заходи реагування на протиправні діяння. Зазначені заходи реагування виконують певні функції в межах реалізації охоронної мети кримінального права. У Кримінальному кодексі України заходами реагування на суспільно небезпечні діяння, які підпадають під ознаки діянь, передбачених Особливою частиною цього Кодексу, є покарання, звільнення від покарання та його відбування, звільнення від кримінальної відповідальності, примусові заходи медичного характеру та примусове лікування, спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності (ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 255, ч. 3 ст. 369 Кримінального кодексу України тощо).

© Р.С.Ляхутін, 2004

На даному історичному етапі розвитку суспільства покарання, очевидно, посідає центральне місце у вищенаведеному переліку заходів реагування на протиправні діяння. "Питання про ефективність кримінального права значною мірою зводиться до питання про ефективність кримінального покарання і залежить від правильного визначення цілей покарання"[1]. Проблема покарання є стрижневою для кримінального права, оскільки, як зазначає С.В.Полубинська, без встановлення караності злочинів і застосування кримінального закону на практиці він був би лише переліком того, що держава вважає поведінкою, шкідливою для суспільства, і не міг би регулювати й охороняти суспільні відносини. Караність злочинів робить кримінальне право методом впливу на соціальні процеси, регулятором суспільних відносин[2].

Проте покарання є лише підсистемою кримінального права, воно зумовлено завданнями кримінального права і є засобом реалізації його мети. Цілі покарання це спеціальний рівень реалізації мети кримінального права. В юридичній літературі відзначається, що "цілі галузі конкретизуються в основних її інститутах, цілі яких є засобами для вирішення завдань, які стоять перед усією галуззю"[3].

З такої позиції цікавим є формулювання, вжите в п. 6 § 1.05 Кримінального кодексу штату Нью-Йорк, що визначає "загальні цілі" цього закону: "Забезпечити публічну безпеку шляхом запобігання вчиненню посягання за допомогою страхаючого впливу накладених покарань, соціального відновлення особи засуджених, а також їх ізоляції, якщо цього потребують інтереси охорони суспільства"[4]. Тобто для реалізації загальної мети (забезпечення публічної безпеки) застосовуються такі засоби, як страхання (частина спеціальної і загальної превенції), ресоціалізація (в КК України – виправлення) та ізоляція засуджених (у нашому розумінні частина спеціальної превенції).

У ч. 1 ст. 1 Кримінального кодексу України зазначено, що він має своїм завданням "правове забезпечення охорони" певних соціальних цінностей, а в ч. 2 цієї ж статті говориться, що для здійснення цього завдання Кримінальний кодекс України визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами, та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили. Тобто покарання є засобом реалізації завдання забезпечення правової охорони соціальних цінностей, визначених у кримінальному законі. Наприклад, у п. 2 § 32 Кримінального кодексу Австрії зазначено, що "при призначенні покарання суд повинен… перш за все, враховувати, якою мірою діяння пояснюється… поведінкою особи, спрямованою проти цінностей, які захищаються законом…"[5].

В юридичній літературі проблему співвідношення понять цілі й функції покарання намагаються вирішити, в основному, через їх розмежування й порівняння. Такий підхід, зрештою, призводить до суперечливих висновків, розриває зв'язок покарання з кримінальним правом як цілісною системою та ускладнює розуміння сутності покарання.

Так, В.І.Зубкова визначає мету покарання як "бажаний кінцевий результат"[6], а функції покарання як "основні напрямки й способи реалізації його потенційних можливостей щодо досягнення цілей покарання й одночасно такі, що становлять механізм його застосування"[7].

З.А.Астемірів пише, що "від цілей покарання слід відрізняти його функції, за допомогою яких вирішуються окремі завдання, досягаються проміжні результати на шляху до цілей"[8]. Функціями покарання, на думку З.А.Астемірова, є кара й виховання, примус і переконання, страхання й убезпечення, віддання і відплата, придушення і реформація, застереження і напоумлення. Кожна з пари функцій, на думку З.А.Астемірова, слугує іншій і всі разом вони сприяють досягненню цілей покарання[9].

Іншого підходу притримується Й.С.Ной, який відзначає, що "покарання, як явище, не може мати ознаки цілі. У той же час постановка законодавцем перед покаранням певних цілей визначає його специфічні особливості. Вони закріплені в структурі покарання і проявляються через його функції. Досягнення цілей покарання здійснюється певними його функціями, зміст яких ідентичний цілям, оскільки в іншому разі досягти результату, поставленому цілями покарання, неможливо"[10].

На наш погляд, мета може визначатися лише для системи в цілому (у даному випадку кримінального права), а цілі підсистеми (покарання) є, власне, функціями, механізмом досягнення загальносистемної мети. Лише кримінальне право як окрема галузь може мати певну мету і відповідно до цієї мети й певні функції, які реалізуються в окремих його інститутах, зокрема покаранні. Таким чином, слід відзначити, що існує певна термінологічна неточність при застосуванні поняття "цілі (мета) покарання". Для позначення реалізації кримінальним покаранням мети кримінального права доцільніше, на наш погляд, вживати формулювання "функції" покарання.

Для того, щоб краще визначитися з понятійним апаратом, проведемо порівняльний аналіз формулювань "цілі діяльності" і "функції діяльності". Так, під ціллю розуміють те, до чого прагнуть, що треба здійснити[11]. Цілі певної діяльності винесені за межі цієї самої діяльності, це, певною мірою, поняття, яке протистоїть самій діяльності, діалектично заперечує її (тут йдеться саме про діалектичний закон "заперечення заперечення")[12]. Адже сама діяльність зумовлена реалізацією певних цілей, – як тільки цілі досягнуті, діяльність припиняється. І навпаки, діяльність має тривати доти, доки не будуть досягнуті її цілі, інакше таку діяльність можна назвати безцільною, тобто такою, що не має ніякої спрямованості. Очевидно, що досягнення мети певної діяльності є підставою і критерієм її здійснення (діяльність продовжується чи припиняється залежно від того, чи досягнута її мета). І, відповідно, якщо дотримуватися підходу про наявність у покарання цілей, зазначені цілі логічно визнавати й критерієм визначення виду й розміру покарання ("міри" як філософської категорії[13], що в даному випадку являє собою єдність кількісних і якісних ознак покарання). Як зазначав І.Я.Фойницький стосовно відносних теорій покарання, "вони не тільки вимагають досягнення за допомогою покарання певних цілей, але й саме існування покарання виправдовують виключно цими цілями. Якщо вони не можуть бути досягнуті, не повинно існувати й покарання"[14]. На нашу думку, це ж твердження може бути поширено й на так звані "абсолютні теорії покарання", оскільки в них теж є власні цілі (відплата, відновлення соціальної справедливості), які так само мають бути досягнуті. Поняття ж функції діяльності має іншу специфіку. Функції діяльності не протиставляються самій діяльності, це "явище, яке залежить від іншого явища, є формою його виявлення і змінюється відповідно до його змін"[15]. Функції не потребують якісного вимірювання, вони реалізуються лише разом з діяльністю, є його властивістю. Таким чином, покарання саме по собі як кількісна, обмежена в розмірі й часі категорія має лише функції, але не цілі, – доки виконується покарання (позбавлення волі, виправні роботи, штраф тощо), воно має функціональну спрямованість на особу засудженого чи суспільство (або його частину).

Київський університет ім. Бориса Грінченка

Звичайно, справедливим є зауваження про первинність цілей певної системи, відповідно до яких визначаються її функції[16]. Однак спірним, на наш погляд, є підхід до кримінального покарання як певної замкненої системи, що випливає з визначення В.І.Зубковою функцій покарання як механізму досягнення його цілей[17]. Визначення функцій покарання як засобу реалізації його ж цілей розриває зв'язок покарання з правилами поведінки, закріпленими в диспозиціях норм кримінального закону, виокремлюючи покарання в якусь абсолютну абстракцію, замкнену на собі систему, яка існує як самоціль.

Якщо користуватися поняттям "мета покарання", покарання повинно було б мати фактично необмежені в розмірі й у часі кількісні показники, адже воно прагнуло б досягти якісного показника (мети як "міри"). З іншого боку, виконання покарання логічно припиняти одразу ж по досягненні ним закріплених у законі цілей. Але постає питання, коли цілі покарання є досягнутими? Як практично виміряти, наприклад, досягнення цілі виправлення засудженого? Ще складнішим є питання про досягнення мети загальної превенції. Повне досягнення цієї мети взагалі фактично передбачає ліквідацію злочинності.

Певним прикладом логічного й послідовного застосування поняття "мета покарання" є система невизначених вироків у Сполучених Штатах Америки. Ця система полягає у винесенні вироків без точної вказівки строку позбавлення волі й широкому застосуванні дострокового звільнення. Суд встановлює лише загальні межі тюремного ув'язнення, зазвичай доволі великі (наприклад, 5–20 років) чи дуже великі (наприклад від 20 до 50 років чи навіть від 1 року до 99). Конкретна тривалість позбавлення волі визначається спеціальною комісією – радою по умовно-достроковому звільненню (parole board)[18]. Як зазначає І.Д.Козочкін, система невизначених вироків у середині 70-х рр. XX ст. існувала в 42 штатах Сполучених Штатів Америки[19]. "Однак уже в 1970-ті роки в країні все більше починає набирати сили розчарування в системі невизначених вироків і в реабілітаційній моделі взагалі. Для цього існувало декілька причин. По-перше, система невизначених вироків виявилася нездатною не лише знизити рівень злочинності в країні, але й навіть якимось чином стримати її. По-друге, вона потягла за собою значні розбіжності в строках позбавлення волі, які різні особи відбували за однакові злочини"[20]. У даному випадку, незважаючи на деякі (досить широкі) загальні межі тюремного ув'язнення, конкретна тривалість строку позбавлення волі визначається досягненням мети реабілітації засудженого.

Таким чином, якщо говорити про мету як "міру" покарання", логічно було б виносити лише, у буквальному розумінні, невизначені вироки й карати особу доти, доки поставлена перед покаранням мета не буде досягнута. Але в кримінальному праві як України, так і багатьох інших країн, невизначених вироків не існує; суд, у межах санкцій, призначає засудженому конкретний розмір покарання. Тому, на наш погляд, доцільно говорити саме про функції, а не мету покарання, – певний розмір покарання слугує реалізації певних його функцій які, у свою чергу, є засобами досягнення мети кримінального права. Кримінальне право на відміну від конкретно визначеного покарання як суспільно-історичне явище існуватиме доти, доки не буде повністю досягнута його мета, тому в даному випадку застосування терміна "мета" є правомірним. Конкретне ж покарання є наперед визначеною, обмеженою в розмірі й часі категорією, яка слугує реалізації мети кримінального права через здійснення відповідних функцій і, в силу своєї кількісної визначеності й обмеженості не може мати власних цілей.

На наш погляд, застосування терміна "цілі" покарання призводить, відповідно до логіки, до того, що формулювання санкцій статей Особливої частини Кримінального кодексу України навряд чи можна вважати правильними. Якщо покарання має певні цілі, тоді логічно було б і діяльність з виконання покарання припиняти лише по досягненні зазначених цілей. Тобто за такого підходу покарання повинно було б мати не кількісні показники (кількість років позбавлення волі, розмір штрафу тощо), а якісні (досягнення цілей покарання).

Тобто, якщо користуватися формулюванням "цілі покарання", то, наприклад, ч. 1 ст. 186 Кримінального кодексу України повинна б була мати наступний вигляд:

"Відкрите викрадення чужого майна (грабіж) карається штрафом у розмірі, достатньому для досягнення цілей покарання, закріплених у ч. 2 ст. 50 цього Кодексу, або виправними роботами на строк, достатній для досягнення зазначених цілей, або позбавленням волі на строк, достатній для досягнення зазначених цілей".

Деякі вчені доходили висновку про неможливість у певних випадках досягнення цілей покарання, роблячи втім суперечливий висновок про те, що метою покарання в такому випадку слід визнавати кару[21, 22]. Але ж кара теж повинна мати певні показники її досягнення, адже існує різниця в підході до досягнення цієї мети між, скажімо, родичами загиблого, судом, який призначає покарання, засудженим і суспільством у цілому. Чи однаково вважатимуть усі зазначені суб'єкти розмір конкретного покарання достатнім для кари за злочин, або, навпаки, надмірним? Якщо визнавати наявність у покарання мети, слід визнати також, що ця мета є критерієм визначення виду й розміру покарання (є його "мірою"). Однак фактично досягнення будь-якої мети покарання складно зафіксувати й виміряти.

У п. 58 Мінімальних стандартних правил поводження з ув'язненими зазначено: "Метою і виправданням засудження до тюремного ув'язнення або взагалі до позбавлення волі є в кінцевому підсумку захист суспільства і запобігання злочинам, що загрожують йому. Цієї мети можна досягти лише тоді, коли після відбуття строку ув'язнення і повернення до нормального життя в суспільстві правопорушник виявляється не тільки готовим, а й здатним підкоритися закону та забезпечити своє існування"[23].

Тобто єдиною метою покарання у вигляді позбавлення волі визнається фактично спеціальна превенція, основним засобом досягнення цієї мети правила називають те, що в теорії кримінального права отримало назву "ресоціалізація"[24, 25]. Хоч важко погодитися з тим, що й загальна превенція не реалізується за допомогою покарання у вигляді позбавлення волі, проте укладачі правил, на нашу думку, цілком справедливо виходили з того, що сумнівною уявляється сама можливість повного досягнення цієї мети. Проте наступного кроку укладачі не зробили – такий крок передбачав би відмову від формулювання "мета" покарання, адже як можна виміряти ступінь досягнення мети спеціальної превенції і чи можливо тоді звільняти особу до того, як вона остаточно "ресоціалізується"? Якщо ж уживати поняття "функції покарання", тоді адекватне відображення одержить і загальна превенція, і, з іншого боку, у законодавця не виникатиме спокуса запровадити систему невизначених вироків, мотивуючи це необхідністю досягнення спеціально превентивної мети (або виправлення, реабілітації засудженого тощо).

Тож, на наш погляд, доцільно все ж розглядати поняття "функції покарання" як засіб реалізації саме мети кримінального права і в такому розумінні адекватнішими для відображення питання "для чого покарання призначається особі?". Тобто, на нашу думку, доцільно замінити вжите в чинному Кримінальному кодексі України формулювання "мета покарання" на інше – "функції покарання", адже йдеться саме про його функції, а не цілі. Ціль – поняття статичне і вживається переважно для позначення певного об'єкта чи бажаного наслідку якої-небудь діяльності. Функція ж є динамічною, рухомою категорією, яка характеризує саму діяльність, а не її результат, досягнення якого важко виміряти. Функції покарання є його сутнісною властивістю, формою його втілення. А, власне, мета, якої прагне досягти законодавець через покарання, визначається не в ньому самому, а щодо кримінального права взагалі.

[1] Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования. – М., 1987. – С.139-140. [2] *Полубинская С.В.* Цели уголовного наказания. – М., 1990. – С.6. [3] Там само. – С.19, 21. [4] Уголовный кодекс штата Нью-Йорк // Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии): Сб. законодательных материалов / Под ред. И.Д.Козочкина. – М., 2001. – С.97-186. [5] Уголовный кодекс Австрии / Пер. с нем. – М., 2001. – С.21. [6] *Зубкова В.И.* Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика. – М., 2002. – С.93. [7] Там само. – С.123. [8] *Астемиров З.А.* Проблемы теории уголовной ответственности и наказания. – Махачкала, 1987. – С.79. [9] Там само. – С.80. [10] *Ной И.С.* Сущность и функции уголовного наказания в советском государстве. – Саратов, 1973. – С.5. [11] *Ожегов С.И.* Словарь русского языка / Под. ред. Н.Ю.Шведовой. – М., 1988. – С.713. [12] Філософія / І.Ф.Надольний, В.П.Андрушенко, І.В.Бойченко, В.П.Розумний та ін.; За ред. І.Ф.Надольного. – К., 1997. – С.235-241. [13] Там само. – С.229. [14] *Фойницкий И.Я.* Учение о наказании в связи с тюрьмоведением. – М., 2000. – С.57. [15] Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т.Бусел. – К., 2001. – С.1335. [16] *Зубкова В.И.* Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика. – М., 2002. – С.120. [17] Там само. – С.121. [18] Уголовное право зарубежных государств. Общая часть / Под. ред. И.Д.Козочкина. – М., 2001. – С.210. [19] Там само. – С.211. [20] Там само. [21] *Беляев Н.А.* Цели наказания и средства их достижения в исправительно-трудовых учреждениях. – Л., 1963. –.С.37; [22] *Карпец И.И.* Наказание. Социальные, правовые и криминологические проблемы. – М., 1973. – С.141. [23] Минимальные стандартные правила обращения с заключенными: Приняты на первом Конгрессе Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, состоявшемся в Женеве в 1955 году, и одобрены Экономическим и Социальным Советом в его резолюциях 663 С (XXIV) от 31 июля 1957 года и 2076 (LXII) от 13 мая 1977 года. – http://www.hro.org/docs/ilex/un/minpison.htm. [24] Уголовное право зарубежных государств. Общая часть / Под. ред. И.Д.Козочкина. – С.549; *Колб О.* Про деякі правові та соціальні аспекти ресоціалізації осіб, звільнених з місць позбавлення волі // Право України. – 2001. – № 8. – С.90–91.

Надійшла до редколегії 03.03.04

До уваги читачів!

1. У вип. 56 назву статті ***І.О.Костяшкіна*** слід читати: "Об'єкти права загального землекористування громадян".
2. У вип. 58 автором статті "Проведення окремих судових дій з участю спеціаліста" є канд. юрид. наук ***В.В.Ціркаль***.

Kyiv National Taras Shevchenko University

Наукове видання

ВІСНИК

КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуски 60-62

Редактор Л.Воронцова

Оригінал-макет виготовлено Видавничо-поліграфічним центром "Київський університет"

Автори опублікованих матеріалів несуть повну відповідальність за підбір, точність наведених фактів, цитат, економіко-статистичних даних, власних імен та інших відомостей. Редколегія залишає за собою право скорочувати та редагувати подані матеріали. Рукописи та дискети не повертаються.

Засновник та видавець – Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Свідоцтво Міністерства інформації України про державну реєстрацію засобів масової інформації КІ № 251 від 31.10.97. Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", директор Г.Л.Новікова. Адреса ВПЦ: 01033, Київ, б-р Тараса Шевченка, 14, кімн. 43. ☎ (38044) 239 3172, 239 3222; факс 234 0105

2004

Підписано до друку 22.12.04. Формат 60x84$^{1/16}$. Вид. № 662. Гарнітура Arial. Папір офсетний. Друк офсетний. Наклад 500. Ум. друк. арк. 17,2. Обл.-вид. арк. 30. Зам. № 24-2342.

Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет"
01033, Київ, б-р. Т. Шевченка, 14, кімн. 43,
☎ (38044) 239 3222; (38044) 239 3172; (38044) 234 0105; факс (38044) 234 22 90.
E-mail: vydav_polygraph@univ.kiev.ua
WWW: http://vpc.univ.kiev.ua
Свідоцтво внесено до Державного реєстру ДК № 1103 від 31.10.02.

Kyiv National Taras Shevchenko University