

Міністерство освіти і науки України



НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
"ОСТРОЗЬКА АКАДЕМІЯ"

Інститут права ім. І. Малиновського

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Национальный исследовательский
Томский государственный университет (м. Томськ, Російська Федерація)

Южный федеральный университет (м. Ростов-на-Дону, Російська Федерація)

Универзитет у Београду
Правни факултет (м. Белград, Сербія)

Instytut Historii Prawa, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski
(м. Варшава, Польща)

Евразийский научно-исследовательский институт проблем права
(м. Уфа, Республіка Башкортостан, Російська Федерація)

МАТЕРІАЛИ

II Міжнародної науково-практичної конференції

МАЛИНОВСЬКІ ЧИТАННЯ

15-16 листопада 2013 року

м. Острог

УДК 34
ББК 67.0
М 34

*Друкується за ухвалою вченої ради Інституту права ім. І. Малиновського
Національного університету «Острозька академія»
(протокол № 3 від 29 жовтня 2013 року)*

Редколегія випуску:

Пасічник І. Д., доктор психологічних наук, професор (*головний редактор*), Національний університет «Острозька академія»;

Попелюшко В. О., доктор юридичних наук, професор, Національний університет «Острозька академія»;

Герасимчук О. П., кандидат юридичних наук, доцент, Національний університет «Острозька академія»;

Погорецький М. А., доктор юридичних наук, професор, Київський національний університет імені Тараса Шевченка;

Фоміних С. Ф., доктор історичних наук, професор, Національний дослідницький Томський державний університет (м. Томськ, Російська Федерація);

Іванніков І. А., доктор юридичних наук, доктор політичних наук, професор, Південний федеральний університет (м. Ростов-на-Дону, Російська Федерація);

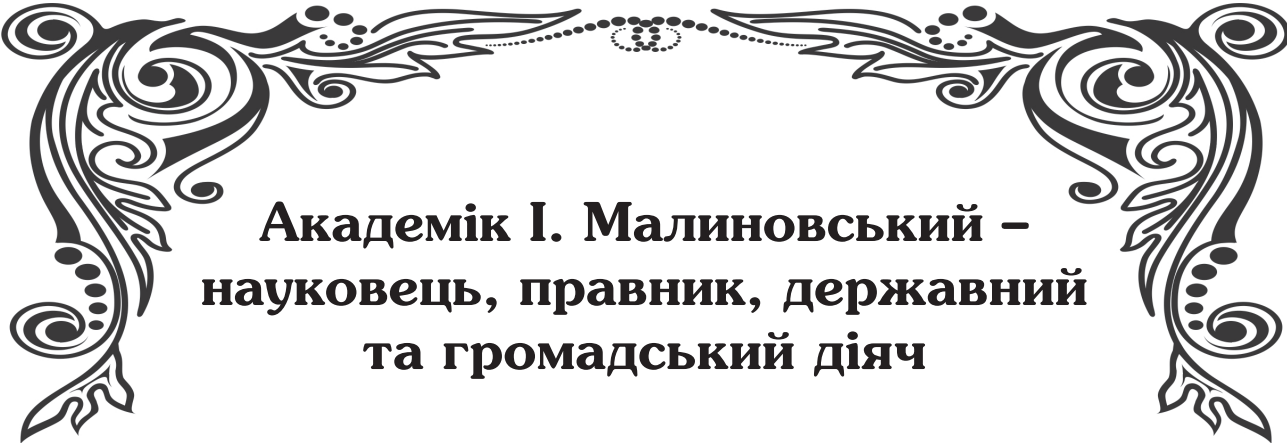
Міленко Креча, професор, юридичний факультет, Белградський університет (м. Белград, Сербія)

Фесенко Є. В., доктор юридичних наук, професор, Академія адвокатури України;

Шайхуллин М. С., кандидат юридичних наук, доцент, Директор Євразійського НДІ проблем права (м. Уфа, Російська Федерація)

М 34 Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції «Малиновські читання», м. Острог, 15-16 листопада 2013 року. – Острог : Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2013. – 368 с.

У збірнику публікуються матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції «Малиновські читання» (м. Острог, 15-16 листопада 2013 року) на актуальну правову та державну проблематику. Наведені тези та статті науковців України, Білорусі, Російської Федерації, Казахстану, Польщі, Сербії та Угорщини будуть цікаві як дослідникам питань історії, права та держави, так і практикам, викладачам, аспірантам та студентам.



**Академік І. Малиновський –
науковець, правник, державний
та громадський діяч**

**Академик И. Малиновский –
ученый, юрист, политический
и общественный деятель**



**Academician I. Malynovskyi –
scientist, lecturer, political
and social activist**

Герасимчук О. П.,

*кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри муніципального права та адміністративно-правових дисциплін
Національного університету «Острозька академія»*

МЕТОДИКА НАУКОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ ЗА ПРАЦЕЮ І. МАЛИНОВСЬКОГО «ПАМ'ЯТИ УЧИТЕЛЯ»

Уродженець м. Острога Волинської губернії (де він народився у 1868 році) майбутній академік І. О. Малиновський здобував свою вищу освіту в Київського імператорського університету Св. Володимира. Серед лекторів юридичного факультету значний вплив на становлення майбутнього науковця справив Михайло Флегонтович Володимирський-Буданов (1838-1916). М. Ф. Володимирський-Буданов – доктор російської історії, ординарний професор історії російського права, а згодом (з 1903 року) – член-кореспондент Петербурзької академії наук, – на той час читав на юридичному факультеті лекції з історії права. Саме він запропонував молодому але здібному хлопцю тему наукової роботи «Уголовное право Литовского Статута в связи с развитием русского уголовного права вообще». Частина цієї праці під назвою «Учение о преступлении по Литовскому Статуту» була опублікована як монографія у 1894 році, нагороджена золотою медаллю факультету і вже наступного року опублікована в Університетських вістях.

Тому можна сміливо стверджувати, що перші кроки в науці І. О. Малиновський здійснював під керівництвом М. Ф. Володимирського-Буданова. Зрозуміло, що смерть учителя, що сталася у 1916 році не могла залишитися поза увагою учня. В результаті І. О. Малиновський, який на той час уже захистив докторську дисертацію і встиг попрацювати на посадах професора Томського та Варшавського університетів, написав працю «Памяти учителя» (з підзаголовком «Опыт характеристики ученой и преподавательской деятельности проф. М. Ф. Владимирского-Буданова»).

Певний науковий інтерес цієї роботи полягає у вивченні різних методів наукової діяльності, зокрема при вивченні історії права. І. О. Малиновський у властивій для нього легкій для читання і розуміння манері досліджує науковий стиль М. Ф. Володимирського-Буданова та інших сучасних йому дослідників. Важливо при цьому враховувати, що вдячний учень і сам значною мірою пішов стопами свого вчителя, досліджуючи та викладаючи з-поміж інших дисциплін історію права.

І. О. Малиновський відзначає наукову зосередженість М. Ф. Володимирського-Буданова, що він «ученый исследователь истории русского права. Все силы своего ума он направил в одну точку: он старается дать верное изображение прошлых судеб русского права со всеми присущими ему общечеловеческими чертами и национальными особенностями» і далі – «Был ученым чистой воды»[1]. Відзначається небажання Михайла Флегонтовича займатись політичною діяльністю у будь якій формі. (Цікаво, що на протигагу своєму вчителю сам І. О. Малиновський практично завжди займав активну громадську позицію, приділяв значну увагу поряд з викладанням та наукою громадським та політичним справами).

У І. Малиновському дивовижно поєднувався вчений та чудовий лектор. «Лекции И. Малиновского носят конспективный характер: они представляют собою только канву, по которой профессор вышивает узоры уже в аудитории», – писав про нього у доповідній записці почитель Західно-Сибірського навчального округу Л. Лаврентьева. Можна знайти й інші згадки про успіх І. Малиновського в аудиторіях як Томська так і Варшави. Іншим чином характеризує сам Малиновський Володимирського-Буданова: «Покойный не был присяжным оратором.

Ему совершенно чужды были какие то ни было ораторские премии. Его лекции никогда не производили того, что называется сильным впечатлением». Але разом з тим він відзначає, що «...мы, его слушатели, чувствовали, что перед нами на кафедре большой, очень большой ученый, что все то, что он так просто и бесхитростно нам излагает, является результатом творческой работы человека с громадной эрудицией и с громадным научным дарованием.»[1]

Наукові дослідження мають завжди здійснюватись на актуальну проблематику, навіть якщо предметом дослідження є історія права. М. Ф. Володимирський-Буданов шукав теми в сучасності. Два основні напрями його досліджень – історія російського права та народна освіта відповідали вимогам актуальності. З приводу другої теми І. Малиновський пише: «В Ярославле М. Ф. лишен был возможности продолжать занятия историей литовско-русского права. Он останавливается на другой теме, которая имела в то время (да и в наше время имеет) злободневный характер, на теме о народном образовании.»

У своїй роботі «Государство и народное образование в России в XVI в.» (1873)[2] та наступному великому дослідженні «Государство и народное образование в России в XVIII в.»[3] Володимирський-Буданов вивчає рух російського законодавства про народну освіту, пов'язуючи це з розвитком російського суспільного ладу. Він вказує, – пише І. Малиновський, – як елементарна освіта XVI ст. була змінена у XVIII ст. професійною освітою і як ця професійна освіта сприяла зміні суспільного ладу, як суспільні класи московського періоду поступово переходять у стани за західноєвропейським зразком. Дослідження історії народної освіти виконувалось М. Ф. Володимирським-Будановим і пізніше, коли він написав низку праць, де виклав історію Київського університету Св. Володимира через призму історії народної освіти і історії суспільного життя в державі загалом.

Перша ж (і основна) тема досліджень М. Ф. Володимирського-Буданова – історія литовсько-руського или західно-руського права. права теж мала свій зв'язок із тодішніми актуальними подіями. У своїй біографії вчений писав: «Национальные движения, совершившиеся на глазах во времена студенчества в университете и во всем западном крае, а с другой стороны, общеславянские тенденции, ожившие тогда в умах молодежи, побудили меня к попытке научного объяснения тех особенностей, которыми отличается польский народ среди прочих славянских. Вот чем объясняется выбор темы для магистерской диссертации и ее основные идеи» [4].

Досліджуючи пам'ятки права, М. Ф. Володимирський-Буданов звертав увагу на пошук їх смислу. Науковець не вдавався до крайнощів і, як пише І. О. Малиновський, досліджував «памятники не для того, чтобы оправдать их свидетельствами предвзятые взгляды на прошлое, но и не для того чтобы в конечном итоге получить беспорядочную массу сведений, часто несогласованных друг с другом, противоречащих друг другу, о том, что было в прошлой жизни русского народа» [1]. Таким чином формувалась певна концепція, певний погляд, узагальнення, які згодом дозволяли заповнити пробіли в історії права. Можна, зокрема, навести приклад, коли М. Ф. Володимирський-Буданов дискутував з колегами з приводу того, що не міг Великий князь періоду литовсько-руської доби приймати рішення у судовій справі без консультації з дорадчим органом «пани-рада», адже це не відповідало іншим пам'яткам права того періоду. І згодом І. Малиновський таки довів правоту свого вчителя (яку той обґрунтував гіпотетично) і знайшов у в Московському архіві Міністерства юстиції оригінал акту по справі 1540 року, з якого було неправильно знято копію: в том же архиве я отыскал другую рукопись того же самого акта; рукопись более исправную: в этой рукописи 1) нет злополучной частицы не, там перед резолюцией стоит: «обмывивши с панами радами», а 2) в конце стоит обычная формула «при том были паны рады» и поименованы члены рады в числе 7 человек). Сомнений быть не может: дело разбиралось вел. кн. и панами-радами»[1]. А це вже було принципово: чи зароджувалось у Великому князівстві Литовському самодержавство, чи було аристократичне правління.

І. О. Малиновський аналізує використання М. Ф. Володимирським-Будановим методу аналогії. «Историк-юрист строит выводы на основании свидетельств памятников. Но случается, что в свидетельствах памятников нет достаточной полноты и ясности, и нельзя сделать вывода, подкрепленного бесспорными показаниями памятников. В этих случаях для уяснения древнерусского права М. Ф. прибегает к аналогии позднейшего отечественного права, к аналогии родственного или к аналогии права других народов»[1]. Однак метод аналогії потрібно застосовувати з обережністю, в історії права – лише для поповнення прогалін. Повна ж відсутність свідчень пам'яток права не може заповнюватися аналогією. «А потому с большой осторожностью нужно пользоваться аналогией права других народов, даже аналогией родственного права» – пише І. Малиновський про методи роботи М. Володимирського-Буданова.

При дослідженні історії права широко використовується історичний метод, що виник на основі принципу руху, зміни, розвитку явищ. Застосування цього методу вимагає розглядати кожен систему як таку, що у своєму розвитку проходить ряд етапів (виникнення, становлення, розвинутого функціонування, перетворення в інший якісний стан), або ж констатується стадія розвитку системи з урахуванням попередніх чи наступних стадій. Наприклад, історичний метод допомагає враховувати історичні традиції, соціокультурні корені держави і права, вивчати їх в системі та взаємодії, встановлювати вплив історичних подій на розвиток права. Про це ж писав і проф. І. Малиновський: «Второе общее начало – постепенность исторических явлений. Исторические перемены совершаются медленно и постепенно. А потому скачков в истории не бывает. А потому в каждом историческом периоде можно найти черты его характеризующие, а рядом с ними переживание прошлого и зародыши будущего. Постепенно образовалось различие между судом и розыском. «Право государства на наказание преступника постепенно торжествует под правом частных истцов (пострадавших) на вознаграждение».[1] Володимирський-Буданов використовуючи у своїх роботах історичний метод, вказував на зв'язок права з економічними відносинами у побуті, станом просвіти, відзначає зміну руського права під впливом релігійного вчення, взаємовідносин з іншими народами і т. ін. Звісно, що є загальнолюдські риси, властиві всім народам, що можна спостерігати в ході культурної історії загалом і що пояснюється «единством психологических и физических законов человеческой природы». Водночас, досліджуючи загальну історію права, можна зробити висновок про подібні риси, а досліджуючи національне право можна встановити національні особливості.

Таким чином, роблячи огляд наукової та викладацької діяльності професора М. Ф. Володимирського-Буданова, професор І. О. Малиновський дозволяє нам побачити цікавий взаємозв'язок між цими видами діяльності, звернути увагу на методи наукових досліджень, зокрема у такій специфічній сфері як історія права.

Список використаних джерел:

1. Малиновський І. А. Памяти учителя (Опыт характеристики ученой и преподавательской деятельности профессора М. Ф. Владимирского-Буданова) / І. А. Малиновський. – Ростов н. Д., 1917. – 44 с.
2. 1873 г. – № 10-11; 1874. – № 4-5 и отд. изд.
3. Временникъ Демидов. Юридич. Лицея, 1874, №6 – 8 и отд. изд.
4. Біографіч. словарь профессоровъ и преподавателей Университета св. Владимира. – Київ, 1884.

Гришук М. В.,

кандидат політичних наук, доцент кафедри державно-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»

ТЕРИТОРІАЛЬНА ГРОМАДА М. ОСТРОГА ПАМ'ЯТАЄ ТА ШАНУЄ

Мабуть у кожному місті є люди, яких у певний час життя мешканці називали диваками. Одні залишаються диваками назавжди. Інші, виношуючи проекти, упевнено і вперто йшли до поставленої мети, досягаючи неможливого. До таких людей острожани відносять І. Малиновського, М. Ковальського, П. Андрухова.

Однією з найяскравіших постатей в українській довоєнній академічній науці був видатний представник школи західно-руського права і палкий борець за гуманізацію кримінального покарання, вчений і громадський діяч Оникій (Іоанікій) Олексійович Малиновський який народився 4(15) вересня 1868 р. у місті Острог Волинської губернії в сім'ї міщанина-ремісника.

Малиновський був вихідцем із ремісничого середовища і належав до інтелігентів у першому поколінні, яких в Російській імперії називали «різничинцями». Поставивши собі за мету здобути пристойну освіту і закінчивши приходську школу, згодом середню прогімназію в рідному Острозі, І. Малиновський продовжив освіту у київській Колегії Павла Галагана – престижному на той час приватному закладі, де навчалося багато відомих українських діячів і куди приймалися обдаровані діти з бідних родин коштом доброчинця-засновника колегії.

Ще із студентських часів він вважав освіту і просвітництво всіх станів населення рушієм еволюційного розвитку суспільства. Набагато пізніше у 1909 р., будучи зрілим вченим, своє життєве кредо він сформулював так: «громадська самовідданість, життя для суспільства, для народу, просвіта народу». Цього кредо він дотримувався протягом усього життя. Тому науково-дослідницьку та викладацьку роботу він поєднує з активною просвітницькою, і громадсько-політичною та публіцистичною діяльністю [7].

В часи незалежної України, після реабілітації жертв комуністичних репресій 20-30-х років минулого століття академік І. Малиновський, завдяки науковцям які по крихтах збирають його наукові праці та публіцистику, нарешті «повернувся» в українську науку. А в наукових статтях дискутується, питання його національної приналежності. На наукову спадщину академіка претендують росіяни, українці, поляки [6].

Острожани свято бережуть пам'ять І. Малиновського та впевнені в тому, що сили у подоланні труднощів йому давала острозька земля, на теренах якої діяла славнозвісна Острозька академія і що він теж неодноразово задавав собі питання про її відродження. Крім того, слід відзначити, що життя і діяльність І. Малиновського мало певний вплив і на інших острожан які йшли в велику науку та досягали відповідних результатів.

Народжений у 1929 році у м. Острозі у старому, відомому щонайменше з XVIII ст., священницькому роді, Микола Павлович Ковальський виростав під впливом досягнень знаменитих острожан та своєї родини і, зокрема, дядька по батькові Миколи Миколайовича Ковальського (1885-1944), громадського і політичного діяча, діяча РУП, пізніше УСДРП, члена Української Центральної Ради, директора Державного контролю УНР і голови Українського Центрального Комітету у Варшаві на еміграції, а також чоловіка тітки Марії Олександрівни Лева Биковського (1895-1989), який з групою українських емігрантів заснував знамениту УВАН (Українську Вільну Академію Наук), стояв біля джерел «Українського історичного товариства» та «Українського історика» [5, 10]. Працюючи на протязі 25 років у Дніпропетровському університеті і захистивши у 1985 р. докторську дисертацію, отримавши звання професора на кафедрі історіо-

графії та джерелознавства, крок за кроком Микола Ковальський ввійшов у вітчизняну науку як визначний джерелознавець і прекрасний педагог. Під його керівництвом захистили дисертації 25 аспірантів та докторантів, а сам Микола Павлович, написавши за цей період понад 350 наукових робіт, став фундатором цілого наукового напрямку в українській радянській і сучасній історичній науці – джерелознавства історії України періоду пізнього середньовіччя і раннього нового часу, засновником «дніпропетровської» школи джерелознавців, який розробив структуру джерельної бази з історії України передусім XVI-пер. пол. XVII ст., глибоко і всебічно проаналізувавши її. Теоретичні висновки Ковальського щодо підходів і методів розробки джерельної бази дослідження мають універсальне значення у різних галузях гуманітарної науки. Крім того, дослідникам історії України XVI-XVII ст. праці Ковальського є базовими, виходячи з чого сьогодні вже не один серйозний дослідник української історії XVI-XVII ст., не кажучи про джерелознавців, не може «проігнорувати», а точніше, обійтися у своїй роботі без праць професора Ковальського. Якщо дотримуватись одного з улюблених методів професора, а саме – системного, то можна впевнено констатувати внесок Ковальського у розвиток джерелознавства з історії не тільки України, але й Росії, Литви, Польщі, тому, що в дослідницький ареал вченого «увійшли» архівні фонди Росії, Польщі, Литви, а також аналіз опублікованих у цих країнах джерел. Особливе місце у творчості М.П. Ковальського посідають дослідження джерел з історії Волині, і, передусім, з історії рідного Острога, що знайшло логічне втілення в традиційних щорічних Острозьких конференціях і, нарешті, в енциклопедичному виданні, присвяченому Острогу.

Проте досягнувши вершин науки, будучи далеко від рідного краю, М. Ковальського не покидала ідея відродження Острога яку йому було прищеплено, у середині п'ятдесятих років домашнім вчителем Йосипом Новицьким. Примарні ідеї члена Братства ім. К Острозьких Й. Новицького про відродження в Острозі славнозвісної Острозької академії не давали спокою і спонукали М. Ковальського шукати однодумців. Неодноразово, перебуваючи в рідному місті, М. Ковальський спілкувався на цю тему з товаришем дитинства і палким прихильником відродження Острога Петром Андруховим. Треба сказати, що на той час П. Андрухов, починаючи з 1991 року, приділяв велику увагу дослідженням окремих сторінок історії нашого краю і видатних людей Волині. З-під його пера виходить низка унікальних творів: «Волинська земля (Ровенщина) з глибини століть до сьогодні (мала хронологічна таблиця)» 600 імен в історії великої Волині. [2] Волинь: події, імена, джерела. [1]. Волинська земля (Ровенщина) з глибини століть до сьогодні (мала хронологічна таблиця) [3]. «Волинь в легендах і переказах» Волинська земля (Хроніка, джерела-постаті) [4]. Оцінюючи заслуги у розвитку краєзнавства і в популяризації історії рідного краю, у 1992 році П.З.Андрухову була присуджена регіональна премія «За відродження Волині», заснована обласним відділом Українського фонду культури, його було прийнято почесним членом Рівненського краєзнавчого товариства.

На початку 90-х років будучи запрошеними на «День міста Острога», М. Ковальський та П. Андрухов вперше публічно підняли перед острожанами питання про відродження в Острозі славнозвісної Острозької академії.

Автор цих рядків, будучи міським головою м. Острога і маючи безліч технічних та фінансових проблем у питанні функціонування міських інфраструктур не відразу погодився бути активним реалізатором ідей острожських диваків, але поступово і сам прилучився до них. Між краєзнавцем. П. Андруховим, науковцем з Дніпропетровська, острожанином за духом та походженням доктором історичних наук, професором М.П. Ковальським та міським головою М.В. Грищуком була складена словесна угода про співпрацю у питанні відродження м. Острога. Правда тоді незвіданим був шлях вирішення цих питань, не можна було бачити до кінця і проблем які могли виникнути. Проте примарні ідеї багатьох поколінь острожан після трьохрічного ходіння у владних інстанціях України почали реально втілюватись у життя лише після Указу Президента України Л. Кравчука 12 квітня 1994 року №158/94 «Про створення Острозького колегіуму»

Список використаних джерел:

1. Андрухов П. Волинь: події, імена, джерела / П. Андрухов. – РВП «Вісник», 1996. – 264 с.
2. Андрухов П. З. 600 імен в історії великої Волині / П. Андрухов // Остріг. «Вісник». – 1993. – 98 с.
3. Андрухов П. З. Волинська земля (Ровенщина) з глибини століть до сьогодення (мала хронологічна таблиця) / П. З. Андрухов // Ровно, Редакційно видавничий відділ обласного управління по пресі. 1991. – 48 с.
4. Андрухов П. З. Волинська земля (Хроніка, джерела-постаті) / П. З. Андрухов // Сокаль, 1992. – 82 с.
5. Мицик Ю. Документ до історії родоводу М. П. Ковальського. Осягнення історії. Збірник наукових праць на пошану професора Миколи Павловича Ковальського з нагоди 70 річчя / Ю. Мицик // Острог, НаУОА, 1999. – С. 10.
6. Морозова О. М. История научной интеллигенции международные аспекты / О. М. Морозова. – Изд-во «Кубанькино», 2008.
7. Попелюшко В. О. Академік Іонікій Олексійович Малиновський (1868-1932 рр.) видатний політичний та громадський діяч / В. О. Попелюшко // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2011. – № 2(4.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2011/n2/11pvothd.pdf>.

Іванніков І. А.,

доктор юридичних наук, доктор політичних наук, професор, професор кафедри теорії і історії держави і права Південного федерального університету (м. Ростов-на-Дону, Російська Федерація)

ІСТОРИК РОСІЙСЬКОГО ПРАВА ІОАННИКІЙ ОЛЕКСІЙОВИЧ МАЛИНОВСЬКИЙ: ЖИТТЯ І ДІЯЛЬНІСТЬ

Іоаннікій Олексійович Малиновський (04.11.1868 – 1932) народився в місті Острозі Волинської губернії (нині місто Острог знаходиться на території Рівненської області, Україна) в сім'ї ремісника. Після закінчення юридичного факультету Імператорського університету Св. Володимира І. О. Малиновський отримав диплом першого ступеня. Його залишили в університеті для підготовки до професорського звання за кафедрою державного права без призначення стипендії. Під час другого і третього років перебування в цьому статусі І. О. Малиновський отримував стипендію.

Д. М. Динівський зазначав: «Свій трудовий шлях Іоаннікій Олексійович почав на Полтавщині, де впродовж двох років (1892 – 1894) він був учителем у родині міського поміщика Трифановського, згодом викладав законодавство в Київському кадетському корпусі, а також нетривалий час працював домашнім учителем сина відомого збирача української старовини В. В. Тарановського. У 1895-1899 роках він – професорський стипендіат Київського університету Св. Володимира» [1, С. 32]. Незабаром він познайомився з дочкою відомого українофіла А. Я. Кониського Марією Кониською. Їхній шлюб було зареєстровано у Володимирському соборі міста Києва 1 липня 1898 року. І. О. Малиновський любив українську культуру, але вважав себе росіянином і виступав за єдину Росію.

У 1894 році в Києві була видана його книга «Вчення про злочин за Литовським Статутом», яку він почав писати ще студентом. У цій роботі І. О. Малиновський виклав вчення про сутність злочину, подав класифікацію видів злочинів за Статутом Великого князівства Литовського. Він виконав велику роботу. Він дослідив три законодавчих пам'ятки XVI століття: Литовський Статут 1529 року (Старий Статут), Статут Великого князівства Литовського 1566 року (Волинський статут) і Статут Великого князівства Литовського 1588 року, які, як він вважав, пов'язані між собою. Кожен попередній був джерелом для наступного. Вже в «Передмові» І. Малиновський висловив свою точку зору, що литовське право є російським правом.

Надалі його кар'єра складалася досить успішно. Спеціальним наказом попечителя Київського навчального округу від 13 березня 1898 року йому було дозволено читати лекції як приват-доценту університету з початку нового навчального 1898-1899 року. Але вже 4 жовтня 1898 І. О. Малиновського призначено на посаду екстраординарного професора Імператорського Томського університету кафедри історії російського права. У Томську з 1 липня 1900 до 1903 року він був почесним мировим суддею томського окружного суду. У 1900-1902 роках І. О. Малиновський у канікулярний час збирав матеріали для майбутньої дисертації в архівах Москви, Києва та інших міст. 1904 року в раді юридичного факультету Київського університету І. О. Малиновський захистив дисертацію на ступінь магістра державного права, в якій обґрунтовував, що в основі державного ладу стародавньої Росії (Русі) було три начала: монархічне, аристократичне й демократичне.

Життя і наукова діяльність І. О. Малиновського, з моменту створення в Росії 1905 року Конституційно-демократичної партії (партії Народної Свободи), суттєво змінилося. Він не лише вступає в члени цієї партії, а й стає пропагандистом її ідей, виявляючи небувалу толерантність.

І. О. Малиновського помітили як ученого. «Так, – зазначав І. Б. Усенко, – на першу значну працю І. О. Малиновського – монографію «Вчення про покарання за Литовським статутом»,

опубліковану університетом Св. Володимира (за підсумками конкурсу студентських робіт) позитивну рецензію в альманасі юридичної товариства при Санкт-Петербурзькому університеті дав А. Міхельсон. З часом низку хвалебних відгуків спричинила головна праця вченого «Рада Великого князівства Литовського в зв'язку з Боярською думою давньої Росії». Перша частина була ним захищена як магістерська, а друга – як докторська дисертація. Висока оцінка цього дослідження знайшла відображення в інформації газети «Право» про гостру наукову дискусію під час захисту магістерської дисертації І. О. Малиновського. З часом монографію ... було нагороджено в 1914 р. премією ім. П. М. Батюшкова Російської академії наук, як найкращу працю з історії Південно-Західного краю» [2, с. 5].

1909 року в Томську він видав книгу «Кривава помста і смертна кара», яка неоднозначно була оцінена критиками. Він виступив за скасування смертної кари. У цій роботі засуджувався самодержавно-бюрократичний і кріпосницький лад, який в Росії повинен поступитися місцем новому, республіканському і демократичному порядку. Через те, що це не було зроблено вчасно, то ліквідація старого порядку в Росії відбувалася революційним шляхом. На думку І. О. Малиновського, революція в Росії 1905 року є пізніший у російській історії момент відродження кровної помсти» [4, С. 3]. Причина цього явища в соціальній нерівності, соціальній несправедливості, які породжують зло і помсту. Терор уряду Малиновський розглядав як форму репресій. Вироки страти, на його думку, не є «кримінальним покаранням, а кровною помстою. В їх основі лежить не ідея права, просвітлена розумом і облагороджена моральними початками, а тваринний інстинкт, який спирається на грубу силу» [4, с. 76]. Важливим був висновок автора про те, що «закони про смертну кару завжди було спрямовано ... проти нижчих класів суспільства ...» [4, с. 109].

Після видання книги авторитет І. О. Малиновського виріс. «Восени 1910 р. його обирають деканом юридичного факультету, але І. О. Малиновського не було затверджено на цій посаді Міністерством народної освіти» [3, с. 107]. 1911 року за свою книгу «Кривава помста і смертна кара» І. О. Малиновського було притягнуто до юридичної відповідальності за 129 статтю Кримінального уложення. Вироком Омського окружного суду від 27 вересня 1912 його було засуджено і винесено вирок з призначенням покарання у вигляді місячного терміну тюремного ув'язнення.

Зазнавши осуду за свою книгу, І. О. Малиновський був звільнений 4 жовтня 1911 р. з професорів Томського університету і зарахований до Міністерства народної освіти [3, с. 108].

7 лютого 1913 р. в Імператорському харківському університеті І. О. Малиновський захистив докторську дисертацію, а 16 березня 1913 р. йому видали диплом доктора державного права.

7 жовтня 1913 р. його призначено екстраординарним професором Імператорського варшавського університету за кафедрою історії російського права, де його захоплено зустріли студенти та професура.

Опинившись у Варшаві, він правильно оцінив політичну психологію поляків, їх ставлення до росіян. Росіяни у Варшаві були небажані і вважалися завойовниками.

З 14 липня 1914 року він є ординарним професором Імператорського варшавського університету при кафедрі історії російського права. 1915 року Імператорський варшавський університет було евакуйовано до Ростова-на-Дону. Серед професорів, які прибули до Ростова-на-Дону, був й І. О. Малиновський.

Через телеграму товариша, міністра Народної освіти, від 14 березня 1917 р. І. О. Малиновського було звільнено зі служби.

Ростовський період його науково-педагогічної діяльності збігся з кризою політичної влади в Російській імперії та актуалізацією проблеми форми Російської держави. 2 вересня 1917 р. Тимчасовий уряд Росії оголосив про те, що Росія за формою правління є республікою. І. О. Малиновський починає писати брошури, в яких прославляє республіканський лад у Росії. У Ростові-на-Дону були опубліковані його роботи «Монархія і республіка», «Установчі збори», «Партія

Народної Свободи і революція», «Ф. Ф. Кокошкін». Він публікує чимало статей у газеті «Приазовський край».

Малиновський як ліберал був переконаний в еволюційному шляху розвитку суспільства. Через це абсолютна монархія в Росії мала бути замінена монархією обмеженою, а на зміну обмеженій монархії повинна була прийти республіканська форма правління.

На думку І. О. Малиновського, «республіка, саме демократична республіка як більш досконала форма державного устрою. Нам, росіянам, які впродовж століть задихалися в лещатах самодержавства, ідеал політичного досконалості уявляється у вигляді народоправства» [5, с. 5–6]. Чому республіка? А тому, що, на думку І. О. Малиновського, республіка – найбільш чистий вид народовладдя. Коли народ вирішує задвдання встановити нову форму правління, то, на думку І. О. Малиновського, він повинен надати перевагу республіці. І. О. Малиновський вважав, що «самодержавство – не самобутня підвалина російського життя, не споконвічне начало російської історії. Це явище історичне. За змінених умов історичного життя російського народу воно повинно було зійти з історичної сцени і поступитися своїм місцем іншому способу правління» [5, с. 13].

І. О. Малиновський писав, що про республіку в Росії мріяв ще імператор Олександр I, багато декабристів і всі революціонери другої половини XIX – початку XX століття. Малиновський зазначав: «Після опублікування маніфесту 17 жовтня 1905 р. юридично, а після відкриття засідань Державної думи 27 квітня 1906 фактично, Росія стала конституційною державою у формі обмеженої монархії» [5, с. 17]. За 11 років після встановлення в Росії обмеженої монархії народ побачив недосконалість монархічної форми правління. Фактично саме життя висунуло вимоги заміни монархії республікою. «Якщо раніше, лише якихось 11–12 років тому, встановлення республіки було б актом насильства над російським народом, над його політичними поглядами та традиціями, то тепер актом насильства над російським народом була б реставрація монархії» [5, с. 25].

Ще раніше, VII З'їзд партії «Народної свободи», за пропозицією її лідера Ф. Ф. Кокошкіна, прийняв резолюцію «Росія повинна бути демократичною парламентською республікою». Цю форму правління члени партії збиралися захищати в Установчих зборах. Найбільш досконалою формою народоправства, на думку І. О. Малиновського, потрібно вважати «республіку демократичну і парламентську» [5, с. 29].

Після звільнення з місць позбавлення волі І. О. Малиновський працював в Академії наук України і досліджував звичаєве право.

Влітку 1918 року, на підставі наказу ректора від 7 червня, І. О. Малиновський їде в наукове відрядження по Росії та за кордон [7, арк. 1].

15 вересня декан юридичного факультету Ф. Ф. Зігель (1845 – 1921) просить дозволити виділити І. О. Малиновському 100 рублів авансом на придбання новітньої політичної літератури для кабінету російського права, яка з'явилася після перевороту. 30 вересня це клопотання підписав ректор [7, л. 2].

1918 року в ростовському кооперативному видавництві «Єднання» були опубліковані його «Лекції з історії російського права», які становлять чудовий посібник з вивчення історії російського права і методичний посібник з викладання цієї юридичної дисципліни. Коли в Ростові-на-Дону до влади прийшов А. І. Денікін, начальником управління народної освіти стає приятель Малиновського, професор М. М. Малінін, який запропонував йому посаду свого заступника.

Ще до взяття Ростова-на-Дону «більшовиками», І. О. Малиновський «на початку другої половини грудня» 1919 року їде до Царицина. Метою поїздки були видавничі справи кооперативного товариства «Єднання», головою правління якого він був. Однак через бої, як він сам зазначав, «не вдалося ні проїхати в Царицин, ні повернутися назад до Ростова. Після довгих поневірянь я потрапив наприкінці грудня 1919 року до Катеринодару, звідки припускав

при першій можливості виїхати до Ростова [7, л. 26]. Але проїхати до Ростова було так само неможливо, й І. О. Малиновський скористався запрошенням економічного факультету Кубанського політехнічного інституту почитати лекції. Йому запропонували прочитати спеціальний курс лекцій з історії державного ладу Росії (сам він пізніше писав, що читав лекції з історії Російського права). Про це йому видали довідку з печаткою і за підписом декана економічного факультету від 1 квітня 1920 р. [7, л. 25]. У цій подорожі І. О. Малиновського багато незрозумілого. Як він, наприклад, вирушивши на схід до Царицина, опиняється західніше Ростова в Катеринодарі?

11 квітня 1920 року І. О. Малиновський повертається з Катеринодара до Ростова-на-Дону. Їхав він з міста при «білих», а повернувся при «більшовиках». Про його повернення донесли в Донське НК.

3 травня І. О. Малиновський звернувся із заявою до голови Комітету професійного союзу Донського університету з проханням видати йому платню і пайку [7, л. 27], які йому не заплатили.

4 травня місцевком профспілки розглянув його заяву і вважав за можливе залучати Малиновського як фахівця. Проте 6 травня в місцевком профспілки університету надійшла заява з ДонНК, в якому зазначалося, що залучати І. О. Малиновського як фахівця можливо, «якщо на те буде отримана санкція ДонНК». Але оскільки це рішення місцевкому було прийнято до першотравневої амністії, то його потрібно переглянути [7, л. 36]. З'явилася явна загроза втрати І. О. Малиновським роботи. Він це відчув, а тому дня 7 травня 1920 року написав листа до Комітету професійного союзу службовців Донського університету, в якому зазначав: «4 травня комітет прийняв постанову з приводу моєї заяви від 14 минулого квітня. Я змушений заявити, що зазначена постанова для мене не прийнятна, і з'ясувати, за яких підстав.

Як викладач вищої школи і діяч науки й освіти, я вважаю нижче своєї гідності звертатися за власною ініціативою до тої установи, яка покликана наглядати за політичною благонадійністю громадян, з проханням дозволити мені займатися моєю професійною діяльністю.

Вважаю також, що не відповідає завданням Професійного союзу працівників культури й освіти вимагати санкцій своєю постановою від сторонньої установи, що переслідує інші цілі, які нічого спільного не мають з наукою та освітою.

Вважаю, що принципово неприпустимо змішання політики з наукою та освітою. Школа загалом і вища школа зокрема повинні стояти поза політикою. У найпохмуріші часи старого режиму політика втрутилася в школу, і це завдало величезної шкоди шкільній справі. При новому ладі потрібно уникнути цих помилок минулого.

У будь-якому разі, зараз питання про політичну благонадійність відпадають через оголошену Всеросійським центральним виконавчим комітетом рад амністію.

Вказуючи на те, що втручання політики в шкільну справу неприпустимо і що через оголошення амністії відпадає і власне питання про політичну благонадійність, я аж ніяк не хочу скористатися цим для того, щоб приховати від товаришів свої політичні переконання, оскільки комітет ними цікавиться [7, л. 24]... Я завжди стояв і продовжую неухильно стояти на тій точці зору, що влада має належати народу, бо така влада в змозі керувати державою в інтересах народу, що праця лежить в основі суспільного життя, що неприпустима експлуатація привілейованою меншістю маси трудового населення. Цю точку зору я розробляв і розвивав у своїх працях і на своїх лекціях, у доповідях, статтях тощо. З цієї точки зору ідеї радянської влади як влади трудового народу цілком відповідають моїм переконанням. ... Але в той самий час я відкрито протестував і при старому режимі, і при новому радянському ладі проти тих методів управління, які суперечать моїм переконанням про народне благо, про свободу, про права людини і громадянина, про справедливість: я протестував проти страти, розстрілів, самовільних арештів, насильства і свавілля, грабежів, руйнування культурних цінностей. Не я один протестував. Протестувала вся інтелігенція. Зокрема, дуже різко протестував відомий письменник

Максим Горький [7, л. 25] ... Я не можу не вітати скасування страти радянською владою тепер. Але я не міг протестувати раніше, коли так часто застосовувалася страта.

Через все викладене я прошу Комітет виключити в постанові від 4 травня ... санкції Дончека.

І. Малиновський.

7 травня 1920» [7, л. 25].

12 травня місцевком профспілки Донського університету направив в.о. ректора А. Євлахову лист про те, що не бачить «перешкод щодо допущення професора Малиновського до читання лекцій з отриманням платні» [7, л. 30].

Платню і продовольчий пайок вирішено було видавати І. О. Малиновському з 14 квітня 1920 року.

Однак таке рішення профспілки та ректорату не влаштувало співробітників Донської НК. З 16 червня за І. О. Малиновським встановлюється негласне спостереження, а 30 червня 1920 року його заарештовано Донською надзвичайною комісією і поміщено до в'язниці. Незабаром була заарештована і його старша дочка Марія Ходжаєва. Після арешту І. О. Малиновського ректор Донського університету професор А. Євлахов особисто написав комісару народної освіти А. В. Луначарському лист, в якому повідомлялося:

«30 червня ц.р. Донською надзвичайною комісією ... арештований професор Донського університету І. О. Малиновський – один із кращих фахівців з історії політичного та соціального ладу Росії й історії Західної Росії ...» [7, л. 21].

Під час допиту в Донській НК про винуватців погромів в Ростові-на-Дону він сміливо заявив, що погроми, грабежі квартир і магазинів були при Радянській владі й за безпосередньої участі червоноармійців і частини громадян, що революція в Росії, яку організували більшовики, не відповідає вченням К. Маркса, який вважав, що лише крайній розвиток капіталізму призведе до встановлення соціалізму. На його думку, «в Росії, де 80% сільського населення і де капіталізм зробив перші боязкі кроки», соціалізм неможливий.

У червні – грудні 1920 року Малиновський перебував під арештом в Ростовській в'язниці, а потім був переведений до в'язниці ВНК у Москві.

Після вироку президії ВНК з 28 грудня 1920 до 9 вересня 1921 року і з 1 липня 1922 до квітня 1925 І. О. Малиновський відбував покарання в Іванівському таборі особливого призначення НКВС РРФСР. Цей табір створили в 1919 році на території колишнього Іоанна-Предтечинського жіночого монастиря. І. О. Малиновський в таборі працював у друкарській майстерні і займався просвітницькою роботою. Він прочитав 37 лекцій з історії російської культури, проводив заняття в школі щодо ліквідації неписьменності. Інститут радянського права Народного комісаріату юстиції РРФСР залучив його до написання наукових робіт. Досліджуючи біографію цього періоду життя І. О. Малиновського, В. Т. Окіпнюк зазначав: «На ученого була поширена практика використання радянською владою ув'язнених спеціалістів за своїм основним профілем з відповідним звільненням від покарання або пом'якшення наявного режиму відбування покарання. Саме це дало можливість І. О. Малиновському з 9 вересня 1921 звільнитися з-під варті» [8, с. 119]. Однак клопотання про дострокове звільнення І. О. Малиновського 20 вересня 1921 слідчою частиною Президії ВНК було відхилено.

Численні листи з проханням звільнити ні в чому не винного вченого, його працьовитість і чесність врятували йому життя і посприяли достроковому звільненню з місць позбавлення волі після двох років перебування в таборі неподалік від міста Іванова. Вченого залучають до роботи в Інституті радянського права, але зобов'язують щотижня відмічатися в Покровському таборі примусових робіт у Москві.

«В Інституті радянського права І. О. Малиновський працював у секції судового права та кримінології, в секції конституційного права та у відділі правових матеріалів. Він брав участь у розробці проекту Кримінального кодексу РРФСР, підручника з кримінального права для народних суддів і слідчих, а також підготував низку цінних наукових праць у галузі радян-

ського права – «Кримінальний кодекс РРФСР і старе кримінальне законодавство», «Про майнові злочини за кримінальним кодексом», «Про злочини проти особистості за кримінальним кодексом», «Рішення народних судів як матеріал для вивчення революційної правосвідомості», «Історичні і психологічні основи радянської конституції», «Огляд газетних матеріалів за радянським правом» та інші» [8, с. 119–120].

Чергове клопотання про скасування щотижневої явки для реєстрації в Покровському таборі примусових робіт закінчилося тим, що 13 червня 1922 року за рішенням Президії ГПУ РРФСР його було повторно заарештовано 1 липня 1922 року і відправлено до Іванівського табору. У таборі він пише розділ до підручника з кримінального права, історію Іванівського табору примусових робіт. У квітні 1925 року І. О. Малиновський був звільнений достроково з табору на два місяці раніше встановленого викупу строку.

17 лютого 1926 на ім'я ректора Донського університету з Всеукраїнської академії наук прийшов лист, в якому містилося прохання передати документи і книги колишнього професора Варшавського та Донського університетів у 1913 – 1920 роки І. О. Малиновського, оскільки він тепер працює дійсним академіком на кафедрі звичаєвого права Української академії наук. 26 лютого на адресу АН України було надіслано: 1) копію формулярного списку; 2) диплом № 1190 доктора державного права на ім'я І. О. Малиновського, 3) метрику № 3518 [4, л. 4].

Період роботи І. О. Малиновського у Всеукраїнській академії наук ретельно досліджено співробітниками Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України. І. Б. Усенко навіть заявив про створення цілого напрямку в науці – «сучасного Малиновськознавства» [2, с. 5].

Т. І. Бондарук зазначила, що І. О. Малиновський за своє життя написав «... близько 200 праць, більшість з яких є монографічними розробками різних проблем історії права, кримінального права, пенітенціарної системи каральної політики тощо» [9; с. 23]. У період з 1925 до 1928 року він написав чимало праць з кримінально-виконавчого права, пенітенціарного законодавства. Серед них «Редакційні похибки виправно-трудового кодексу» (1925), «Каральна політика Радянської влади і Виправно-трудова кодекс» (1925), «Суворі ізоляція» (1926), «Кари майнові і кари особисті» (1927), «Виправно-трудова кодекси окремих республік або Виправно-трудова кодекс СРСР?» (1928) та інші роботи. Пропонуючи ідею про те, що режим у місцях позбавлення волі повинен поєднувати примусову працю та культурне просвітництво засуджених, але при цьому фізичний вплив і приниження людської гідності повинні бути виключені, а короткострокове ув'язнення непотрібним, І. О. Малиновський, за влучним твердженням, Т. І. Бондарук, пропонував концепцію розвитку пенітенціарної системи, яка ним «... була вистраждана на власному досвіді перебування в таборах ...» [9, с. 26].

У сучасний період, коли в Росії іноді обговорюється питання про те, чи врятує країну монархічна форма правління, якою повинна бути форма правління, ідеї І. О. Малиновського про монархію і республіку набувають особливої актуальності. У його працях дано аналіз еволюції форми правління російської держави початку ХХ століття, чітко відображено правосвідомість вченого з ліберально-демократичними поглядами періоду революцій 1917 року, громадянської війни і перших років перебування більшовиків при владі в Росії. Політична криза в лютому – жовтні 1917 року в Росії суттєво змінила в країні форму держави, економічне життя і культуру суспільства, торкнувся долі кожного громадянина імперії. Бурхливо розвивалася російська політична і правова думка. Проте її розвиток у самій Росії незабаром був перерваний провідниками більшовизму. І лише в період «перебудови» і на початку ХХІ століття вчені України та Росії отримали можливість ознайомитися з роботами мислителів російського зарубіжжя М. М. Алексєєва, І. О. Ільїна та інших. Останніми роками вчені виявляють все більшу цікавість до спадщини І. О. Малиновського – чудового вченого, громадського діяча і політика.

Його творчості вже присвячено кілька наукових конференцій [10]. У Національному університеті «Острозька академія» щорічно проводяться «Малиновські читання». Ім'ям академіка І. О. Малиновського в містах Острозі та Рівному названо вулиці. Забуте на сімдесят років

за радянської доби ім'я вченого і його праці з 1992 року стали цікавити вчених Росії, України, Білорусі, Польщі та інших країн.

Список використаних джерел:

1. Диновский Д. М. Творчість О. О. Малиновського: сучасність та Рівненщина / Д. М. Диновский // Наукова спадщина академіка О.О. Малиновського і сучасність. Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції 4-5 грудня 2008 р. – м. Рівне. – Київ, 2010. – 232 с.
2. Усенко І. Б. Історіографія життя та діяльності І. О. Малиновського / І. Б. Усенко // Наукова спадщина академіка О.О. Малиновського і сучасність. Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції 4-5 грудня 2008 р. – м. Рівне. – Київ, 2010. – 232 с.
3. Некрылов С. А., Фоминых С. Ф. Томский период в жизни Иоанникия Алексеевича Малиновского // Наукова, просвітницька, громадська та політична спадщина академіка І. Малиновського і сьогодення. Матеріали 1-го Міжнародного науково-практичного семінару 16 березня 2012 року, м. Острого. – Острого, 2012. – 224 с.
4. Малиновский И. А. Кровавая месть и смертная казнь. – Выпуск второй / И. А. Малиновский. – Томск, 1909.
5. Малиновский И. А. Монархия и республика / И. А. Малиновский. – Ростов-на-Дону, 1917.
6. Государственный архив Ростовской области. Ф. 527; О. 1; Д. 429.
7. Государственный архив Ростовской области. Ф. 46; О. 3; Д. 471.
8. Окіпнюк В. Т. Перебування О. О. Малиновського в Іванівському таборі особливого призначення / В. Т. Окіпнюк // Наукова, просвітительська, громадська та політична діяльність академіка І. Малиновського і сьогодення. Матеріали I-го Міжнародного науково-практичного семінару 16 березня 2012 року, м. Острого. – Острого: Видавництво Національного університету «Острозька академія». 2012. – 224 с.
9. Бондарук Т. І. До концепції видання вибраних праць І. О. Малиновського / Т. І. Бондарук // Наукова спадщина академіка О. О. Малиновського і сучасність. Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції 4-5 грудня 2008 р. – м. Рівне. – Київ, 2010. – 232 с.
10. Матеріали I Міжнародної науково-практичної конференції «Малиновські читання», м. Острого, 16-17 листопада 2012 року. – Острого: Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2012. – 316 с.

Морозова О. М.,

кандидат исторических наук, доцент кафедры «Связи с общественностью» Донского государственного технического университета (г. Ростов-на-Дону, Российская Федерация)

НАРРАТИВ ПРОФЕССОРА И. А. МАЛИНОВСКОГО¹

Холодной зимой 1919-1920 гг., профессор гражданского права Донского, бывшего Варшавского русского, университета Иоанникий Алексеевич Малиновский (1868-1932), находился в Екатеринодаре один без семьи, оставленной им в Ростове-на-Дону. Он бежал от красных, занявших город. Обычно загруженный кучей дел здесь в кубанской столице он скучал и тосковал по жене и дочерям. Надеясь увидеться вновь, он решил подготовить Марии Александровне подарок – свои воспоминания. Они были начаты 8 января и закончены в середине марта 1920 г., после возвращения в Ростов действительно преподнесены жене [1].

Хотя постмодернистская теория, из которой позаимствован термин нарратив, не любит схем и обобщений, разрушающих уникальность каждой судьбы и каждого события, испытывая давление прошлого опыта, не смогу отказаться от сопоставлений и анализа, потребность в которых возникла после чтения этого текста.

Нарратив самодостаточен и несет в себе знание о «конце повествование», т.е. чем все закончится. Этим тексты Малиновского отличаются от идеального нарратива. Известны сопутствующие архивные документы, дополняющие, а подчас дезавуирующие содержание воспоминаний. Да и о «конце» говорить еще рано. В 1920 г. Малиновскому был 51 год, ему отведено было еще почти 13 лет жизни. И после возвращения в занятый красными Ростов начался заключительный период его биографии – арест, суд, лагерь, освобождение, избрание академиком. Умер Иоанникий Алексеевич своей смертью в Киеве в возрасте 64 лет.

И, тем не менее, семантическая завершенность в тексте есть. Как многие он надеялся зимой 1920 г., что успех большевиков временный, но все же период вынужденного безделья заставил его заново взглянуть на свой жизненный путь и подвести некоторые итоги. Он хотел вспомнить события прошлой жизни, большей частью дарившие ему положительные эмоции, и привести в порядок свои чувства по отношению к жене, любимой, но ставшей в последнее время источником переживаний.

Киев

Иоанникий Алексеевич происходил из ремесленников г. Острога Ровенской губернии и, учась в Киеве, помощь из дома получал небольшую. Его духовным наставником был дядя, военный врач в отставке, который одобрял выбор племянника и оказывал посильную поддержку. Из воспоминаний Малиновского становится известен поистине тернистый путь юноши из народа к университетскому жетону, хотя жизнь предоставляла много вариантов образованному человеку обеспечить себя. Это – частные уроки, преподавание в начальных и средних учебных заведениях, служба в просветительских учреждениях. Если образование могло еще быть получено на положении казеннокоштного студента, то профессиональное становление было еще более сложным. Вот как описал Иоанникий Алексеевич этот период своей жизни.

«Я блестяще окончил Университет с дипломом первой степени и круглым «весьма» по всем предметам и золотой медалью за сочинение, которое факультет постановил

¹ Репринт за дозволом автора з: Морозова О. М. Нарратив профессора И. А. Малиновского / О. М. Морозова // *Relga. Научно-культурологический журнал*. – №15 [178]. – 05.11.2008.

напечатать в «Университетских Известиях». Но что делать дальше? Я твердо решил избрать ученую профессорскую карьеру. Я имел все шансы на то, что на пути к этой карьере не встречу серьезных препятствий. Но я знал, что путь лежит через оставление при университете для подготовки к профессорскому званию, а вопрос об этом оставлении не может быть решен немедленно, напротив, потребует длинной канцелярской волокиты. Далее, я знал, что когда вопрос об оставлении при университете и будет решен, то нельзя сразу, с первого же года рассчитывать на получение казенной стипендии, я мог поступить кандидатом на судебные должности, но без содержания; даже на самое скромное вознаграждение сразу рассчитывать не мог. Можно было записаться помощником к присяжному поверенному, но и тут нельзя было рассчитывать на какой-нибудь заработок. У меня были кое-какие сбережения, они ушли на приобретение штатского платья взамен студенческой формы; оставалось всего лишь несколько рублей. И вот вопрос о хлебе насущном встал тогда передо мной и угнетал меня» [2].

Его как и многих других несостоятельных студентов выручало репетиторство. Особенно ценными были «летние уроки», когда их приглашали в сельские имения для занятий с детьми, находящимися на вакациях, на полный пансион да еще и с выплатой денежного вознаграждения. Эта традиция, поддерживаемая поместным дворянством, оказала неоценимую услугу российской культуре и науке. Со стороны работодателей это был явно альтруистический шаг, – желание поддержать и подкормить бедных студентов. Например, Малиновский, уехав на летние уроки в полтавское имение помещиков Трифионовских, застрял у них на два года и тем самым собрал достаточную сумму, чтобы пройти этапы подготовки к профессорскому званию. Затем Малиновский устроился секретарем Комиссии народных чтений, организовывавшей общедоступные лекции, с казенной квартирой.

Университетский жетон давал таким молодым людям как Малиновский пропуск в дома, существенно превосходившие по статусу среду его происхождения. Он, человек далеко не выдающейся внешности, стал желанным гостем во многих семьях, имевших дочерей на выданье. Он выбрал Марию Конисскую, девушку из интеллигентной и состоятельной семьи, которая владела несколькими доходными домами в Киеве, двумя дачами в Боярке и имением Плиски в Черниговской губ. Одну из квартир у них снимал известный ученый-юрист М.Ф. Владимирский-Буданов, учитель Малиновского, с которым он дружил. Более того, робкого юношу ободрила сама Мария Александровна. Ее родные не возражали. Их брак мезальянсом не казался.

Мария Конисская окончила гимназию первой ученицей, с золотой медалью. В то время о высшем образовании женщины нельзя было мечтать: Женские Высшие Курсы были закрыты. Ей пришлось оставить мечты о продолжении образования и искать себе жизненное поприще. Малиновский с нотками гордости описывает первые профессиональные шаги своей жены.

«Сначала давала частные уроки. Как выдающаяся ученица в гимназии легко получала выгодные уроки по рекомендации начальницы гимназии и учительниц. Это не могло удовлетворить надолго. Да и утомляло сильно: каждый день, и в хорошую и в дурную погоду, нужно было бегать из одного конца города в другой. Нужна была более благодарная и более ответственная работа. Остановилась на мысли – открыть начальную школу для мальчиков и девочек и пансион для гимназисток. Сама была главной рабочей силой: начальницей школы и пансиона, преподавала в школе, следила за занятиями пансионеров и помогала им; дала работу сестрам – Люсе и Наталье – и в школе, и в пансионе. Дело пошло великолепно. Школа скоро приобрела репутацию образцовой. Пансион пользовался наилучшей славой у начальниц женских гимназий и родителей учениц» [3].

Два интеллигентных человека стремились выстроить свои отношения на новых возвышенных основаниях, не допустить в них ложь, ханжество, грязь. Все начиналось чудесно. И спустя 25 лет Иоанникий Александрович не мог вспоминать об этом без волнения.

«Меня беспокоило то, что Маруся не все обо мне знает, хотя мы и давно уже знакомы. Я написал Марусе длинное, в несколько листов, письмо, подробно рассказал свою биографию, перечислял все свои пороки и недостатки, ничего не утаивая и не смягчая... [...] В частности, мучило меня то, что должно мучить всякого мужчину в таком же положении. Я собирался связать навсегда свою жизнь с девушкой, которая сохраняла невинность и чистоту, я уже загрязненный и порочный. Этот вопрос о половой нравственности встал передо мной во всей остроте еще тогда, когда началось мое сближение с Марусей осенью 1895 года... Я тогда ясно понял и больно почувствовал глубокую несправедливость и ненормальность различной оценки досвадебного поведения невесты и жениха. Мерка должна быть одна и та же. [...] Чистота должна быть обоюдная. Вследствие посторонних дурных влияний, вследствие собственного легкомыслия и слабости воли я утратил чистоту. Но прошлого не вернуть. Я решил твердо, по крайней мере впредь, себя не грязнить, для того, чтобы хоть до некоторой степени загладить свою вину перед Марусей. И я исполнил свое решение. Обо всем этом я написал Марусе, просил ответить, до ответа не показывался на глаза. Маруся ответила, что плакала, читая мое письмо, благодарила за откровенность и закончила обещанием сделать все возможное, чтобы нам жилось хорошо» [4].

После свадьбы Мария планировала постепенно ликвидировать свой пансионат, и Иоанникий Алексеевич должен был стать главой и опорой семьи. Однако он не имел в тот момент постоянной работы, и перспективы его профессорской карьеры были еще туманны. Он получал единственное надежное содержание как преподаватель кадетского корпуса. В Киевском университете считался приват-доцентом юридического факультета, а это значит, что работал без жалования. Он поочередно интересовался должностями инспектора ведомственных школ Юго-Западной железной дороги, инспектора торговой школы, секретаря Киевской городской управы, но все хлопоты по разным причинам оказывались пустыми. Появился вариант вступить в состав юридического факультета Новороссийского университета в Одессе, но узнав о тяжелой моральной атмосфере на кафедре, на которую предполагалось устройство, он отказался от этих планов. Тем не менее подготовка к свадьбе шла на хорошем буржуазном уровне.

«Шли приготовления к свадьбе и к нашей послесвадебной жизни. Шили приданное Марусе: белье, подвенечное платье, дорожное платье. Белили потолки и оклеивали обоями нашу будущую новую квартиру. Мы выбрали обои по своему вкусу: для столовой под цвет дуба, для спальни розовые, для моего кабинета – солидные темно-красного цвета, для Марусино кабинета – оливкового, для школы – светлые, серые. Заказали новый турецкий диван для моего кабинета. У Маруси был гарнитур мягкой мебели; отдали в мебельную мастерскую Романовского сделать новую обивку; сами выбрали материю для обивки Марусино гарнитура и моего дивана под цвет обоев; из материи для отбивки Марусино гарнитура заказали гардины на окна и двери в Марусином кабинетике: купили парусиновые шторы для моего кабинета, деревянные шторы и тюлевые розовые занавески для спальни, бумажную штору для Марусино кабинетика. Кровати, очень хорошие, металлические, полуторные, с пружинными матрасами и волосяными тюфячками заказала Марья Александровна – старшая [мать Марии – О.М.] на фабрике Леви; это был ее свадебный подарок; она же подарила подушки, покрывала и все постельное белье. Покрасили окна и двери. Когда новая

квартира была готова, перенесли в нее все наши вещи. Разослали пригласительные билеты на свадьбу» [5].

После венчания молодые убыли в свадебное путешествие к морю в двухместном купе первого класса в поезде «Молния», идущем в Одессу. Начало нового учебного года Ника и Маруся, так они стали называть друг друга, встретили во вполне удовлетворительном с материальной точки зрения положении, которое их не удовлетворяло в силу неясности положения молодого бакалавра.

«Школа приносила Марусе доходы, достаточные для того, чтобы прожить безбедно не только одной, но и вдвоем. Мне предложили в Кадетском корпусе, кроме законовения, преподавать историю. Всего у меня было 20 уроков, что давало в год 1400 рублей, большие деньги по тому времени. Кроме того, я мог объявить в Университете необязательный курс, и за 2 недельных часа получить еще 600 руб. Одним словом, с материальной стороны мы были совершенно обеспечены» [6].

И тут из Министерства народного просвещения пришло предложение занять должность экстраординарного профессора Томского университета, в составе которого тогда открывался новый юридический факультет. Он был назначен исполняющим должность экстраординарного профессора с установленным для Томского университета полуторным окладом содержания по 3000 руб. в год с правом перевода на должность ординарного после получения степени магистра.

В Томск ехали через Москву, из которой уже был пущен Сибирский экспресс. Там началась для Малиновского карьера университетского преподавателя и ученого.

Томск

В молодые годы Малиновский определенно вольнодумствующий университетский профессор. Был активным кадетом. Участвовал в работе делегатского съезда партии в феврале-марте 1906 г.

Занятий в университете зимой 1905-1906 гг. не было. Сначала в городе прошел черносотенный погром, когда многим деятелям «вредного направления» пришлось спасать свои жизни, потом в январе 1906 г. в городе было введено военное положение. Это позволило ему провести с семьей весну и лето 1906 г. в Крыму. После возвращения в Томск Малиновский много занимался общественной деятельностью, выборами в Государственную думу. Был хорошо знаком с томскими делегатами Н.Н. Розиным и П.В. Вологодским, будущим главой Временного Сибирского правительства и членом правительства А.В. Колчака. Но главным содержанием его жизни в 1906-1907 гг. стало редактирование газеты «Сибирская жизнь», ставшей рупором сибирской интеллигенции кадетско-эсеровской ориентации. Газета неоднократно вызывала со стороны властей нарекания «ввиду крайне возмутительного, а потому в высшей степени антипатичного направления». Реакцией на «оппозиционное настроение» газеты «Сибирская жизнь» стало письмо попечителя Западно-Сибирского учебного округа Л. Лаврентьева, который 28 августа 1910 г. обратился к управляющему Томской губернией со следующим заявлением:

«В Министерстве народного просвещения неоднократно возникал вопрос о несовместимости издания и редактирования газеты «Сибирская жизнь», ввиду направления сей газеты, с профессорскою деятельностью. Принимая во внимание, что и в настоящее время направление этой газеты остается неизменным, и признавая совершенно недопустимым дальнейшее участие профессоров университета в издании и редактировании названной газеты, его превосходительство господин министр народного просвещения предложил мне профессорам Соболеву и Малиновскому не-

медленно отказаться от издания и редактирования газеты «Сибирская жизнь» или оставить службу в университете» [7].

Тогда Малиновский заявил, что уже не сотрудничает в газете. В тексте воспоминаний этот шаг получил иной комментарий: ушел с редактирования по требованию властей. Но уже давно возникший к нему интерес жандармов не ослаб. В 1909 г. он издал книгу «Кровавая месть и смертная казнь», посвятив ее жене и детям, потому что в ней «формулировал святая святых своих политических и научных убеждений». Она была поднесена царю, одобрена Л.Н. Толстым, который написал автору признательное письмо. Но спустя два года книга была прочитана казанским губернатором, который обнаружил в ней крамольное содержание. Малиновский был привлечен по политической 129 статье – пропаганда революционных идей. На суде защите удалось добиться чтения книги на заседании (дело слушалось при закрытых дверях). Гуманистическая направленность текста была очевидна, последовал оправдательный приговор. Но он был отменен Сенатом. На вторичном суде его все же приговорили к месяцу тюрьмы, но он тут же попал под манифест о помиловании. После этого он много «претерпевает» от чиновников, надзирающих за университетами. Ему как кадету и либеральному журналисту не дают положенную годичную командировку, увольняют из Томского университета и не дают занять место, выигранное им по конкурсу, назначают против его желания в другой университет на должность экстраординарного (внештатного) профессора, что уже не соответствует его статусу доктора права.

В течение года он не имеет университетской кафедры, но оказывается не бедствует и даже защищает докторскую диссертацию. Интересен приведенный им перечень источников дохода, которые мог иметь осужденный и опальный преподаватель права.

«Мое увольнение состоялось в первой половине октября 1911 г. Но сообщение об этом дошло до Томска после 20 октября, и я успел получить октябрьское жалование. С того времени этот источник заработка был закрыт для меня. Нужно было подумать, на какие средства жить. Я стал писать в «Сибирскую жизнь» больше, чем раньше. Был фактическим бессменным редактором «Сибирской жизни». Читал в Омске публичные лекции за гонорар. Получил гонорар за справку в Архиве Министерства юстиции в Москве по делу (земельному) томских татар, которое вел присяжный поверенный Александровский; получил пособие от Министерства (600 р.) на печатание диссертации; получил пособие от Академического Союза (ок. 2000 р.). В конце концов, я имел не меньше того, сколько получал, когда был профессором, и жили мы с прежним комфортом.

Был в виду еще один источник заработка... По частному поручению бывшего первого русского премьер-министра С.Ю. Витте, чиновники Министерства финансов под руководством П.И. Рудченко сделали выписки из русских газет и журналов всего того, что писалось о Манифесте 17 октября 1905 г.; небольшие заметки были переписаны; большие статьи были собраны в оригиналах. Кроме того, собраны были протоколы заседаний Комитета Министерства и разных совещаний, в которых обсуждался вопрос о государственной реформе. Накопилось материалов два ящика. Нужно было их обработать. [...] Предполагалось, что выйдет большое издание в 3-4 томах...» [8].

По-видимому, ряд оценочных линий текста имеет целью обоснование и оправдание его политической и общественной платформы. Малиновский приводит факты афронта и демонстративной независимости интеллигентской среды, ее явную конфронтационность правительственным чинам и действиям. Когда Малиновский, будучи назначенным в Варшав-

ский университет, знакомился со студентами и коллегами, он боялся быть принятым холодно: ведь в университетах не любили назначенных министерством, предпочитая избранных учеными советами. Но весть о том, что он был под следствием и судом за книгу, осуждающую смертные казни и одобренную самим Л.Н. Толстым, дошла и до Варшавы, и он был встречен как триумфатор: перед вступительной лекцией и после нее ему устроили овации.

Малиновский конечно либерал, вольнодумец, но не фанатствующий революционер-радикал. В текст его мемуаров включены зарисовки старорежимного времени, которые в 1920 г. его греют именно потому, что они память о той самой старой жизни, в которой он своим трудом и умом весьма преуспел. Привлекает внимание то, что они не сопровождаются никакими оценками, комментариями, даны в форме непосредственного восприятия.

«Когда приезжал в Петроград, часто ходили в театр – всей семьей и вдвоем с Марусей. Были с Марусей в Мариинском театре на «Борисе Годунове» (в ложе учительниц Стоюнинской гимназии [в которой работала Мария Александровна, живя три года с детьми в столице – О.М.]), когда весь хор, артистки и артисты, в том числе Шаляпин, пели гимн на коленях перед царской ложей. Шаляпин, как всегда, играл неподражаемо. В театре особенная публика: царь, царица, много великих князей и княгинь, министры, члены Государственного Совета, дипломаты, генералы. [...] Занавес опустили. В партере раздалось несколько голосов «гимн, гимн». Подняли занавес. На сцене уже были хор артистки и артисты. Пропели гимн. Занавес. Крики «bis». Пропели второй раз. Снова крики «bis». Когда на этот раз подняли занавес, то все бывшие на сцене уже стояли на коленях, в таком положении исполнили гимн в третий раз» [9].

Описанный эпизод относится, судя по месту в записях, к зиме 1911 г. Крайне любопытно было бы узнать, как оценили это выражение верноподданнических чувств артистов Иоанникий Алексеевич и Мария Александровна, обсуждая дома события того вечера. А в мае 1915 г. профессор Малиновский даже побывал в Царском Селе на аудиенции у царя. На волне патриотических настроений и идей о единении нации в борьбе с врагом совещание профессоров русской истории и истории русского права постановило поднести адрес государю и просить о разрешении созвать съезд русских историков в год 25-летия царствования и взять этот съезд под свое покровительство. Адрес был составлен и отпечатан. Государь пожелал принять всех подписавших адрес [10]. Но год 25-летия царствования пришелся на 1919 г.

Варшава – Ростов-на-Дону

Воспоминания имеют ярко выраженный личный характер: ведь они написаны как подарок жене! Поэтому те события, которые напрямую не касались семьи, просто отсутствуют в тексте или упоминаются им вскользь, хотя Иоанникий Алексеевич был в текущих событиях далеко не пассивен. Например, в годы первой революции много печатался в прессе, ездил на учредительный съезд кадетской партии, был избран выборщиком депутатов Государственной думы. Из той части воспоминаний, которая описывает жизнь семьи в этот период, проступает некоторая особенность той революции. Жизнь государственных структур была парализована: поезда не ходили, занятий в университете не было; но публика вела привычный образ жизни: весну и лето провели как обычно – на даче в Ялте, впрочем, Малиновский много внимания уделял выступлениям на устраиваемых местным комитетом кадетской партии собраниях.

Обращает на себя внимание участие Малиновского в делах, находившихся в ведении жены, таких как воспитание дочерей, вопросы их здоровья, хождение по магазинам и совершение покупок, наем прислуги и пр. Никогда раньше в мужских мемуарах видеть столь значительным этот пласт информации не приходилось. Первое объяснение связано с мотивом написания

текста и его «адресатом». А второе оттеняет особенности мирозерцания Иоанникия Алексеевича.

Патриархальное народное сознание делит мужскую и женскую сферы жизни мощными стенами табуирования. Мужчине на женскую половину нельзя – не по статусу и позорно. Иное в аристократических кругах: дети – наследники – важны главе семьи; приобретение вещей находится под контролем, т.к. обладание ими работает на общественное реноме семьи.

В тексте своих воспоминаний Иоанникий Алексеевич упоминал, что его интересовал аристократизм как научная проблема в рамках истории права.

«Я уже начал работать над диссертацией. Остановился на теме о «Раде Великого княжества Литовского в связи с боярской думой древней России»; остановился отчасти следуя советам М.Ф. Владимирского-Буданова, отчасти подчиняясь своей собственной научной любознательности: интересовался вопросом о роли и значении аристократического начала в государственной жизни» [11].

Он был убежден в благотворности влияния аристократизма на низшие слои общества. Там, где он разоблачает неприглядную роль сенатора Гредингера, подчеркивалась позиция «первоприсутствующего для суждения дел о государственных преступлениях» сенатора А.Н. Кривцова, стремящегося строить деятельность следственной комиссии на букве закона. Кривцов даже накричал в кулуарах на Гредингера за допущенное им искажение фактов, на которое указал адвокат Грузенберг. Малиновский не преминул подчеркнуть, что Кривцов – крупный землевладелец и аристократ. Ему, происходящему из ремесленников, интеллигенту в первом поколении выполнение действий, символизирующих принадлежность к новому социальному слою, крайне важно. Спустя годы он подробно помнил свои первые шаги на новом поприще и гордость за жену, в которой сочетались многие престижные качества, ценимые той эпохой: ум, образованность, прогрессивность суждений, некоторая «неблагонадежность» прошлого ее отца украинофила Конисского, высокий общественный статус семьи.

«В то время профессора обязаны были быть в форме при исполнении служебных обязанностей. Форма была двух родов: старая, традиционная – вице-мундир и новая, заведенная министром юстиции Муравьевым для членов судебного ведомства, а потом заведенная и другими ведомствами – сюртук с погонами на плечах (я заказал себе вице-мундирную пару). Шил портной Рязанов, шил с большим усердием, так как сына своего отдал в Университет на юридический факультет. Я делал визиты членам Совета. Отдавали визиты обыкновенно в мое отсутствие; Маруся принимала» [12].

Малиновский трепетно относился к традициям университетского сообщества. В трудных случаях, опасаясь невольно нарушить этику своей среды, он неизменно советовался с авторитетными лицами – М.Ф. Владимирским-Будановым, И.М. Гревсом и др.

Иоанникий Алексеевич старался строить свою жизнь на принципах благородства. Как упоминалось, еще до свадьбы поклялся себе соблюдать супружескую верность. Его уважали студенты. Он с большой ответственностью относился к чтению лекций. Всегда долго их готовил, писал полный текст. Потом читал лекцию жене, но всегда оставлял рукопись дома, беря с собой только необходимые выписки с цитатами. Студенты устраивали ему овации, он получал одобрение министерских чиновников, инспектировавших новый университет, – высокая оценка его кропотливого труда, когда давала ему самоуважение и делала счастливым. Уважение к его труду было краеугольной ценностью семьи. Это было традицией профессорского быта. Княгиня Трубецкая, когда ее муж Сергей Николаевич, известный философ, занимался в кабинете, она запрещала детям шуметь: папá работает!

Неслучайно, проживая в Томске, где превалировала деревянная застройка, и часто случались пожары, Малиновский говорил маленьким дочерям: что в первую очередь надо спасти диссертацию, которая всегда находилась в саквояже, стоящем около его рабочего стола. Эта внушение позволило спасти рукопись во время пожара, уничтожившего их дом и почти все имущество: 11-летняя Евгения взяла саквояж и вышла из дома. Очевидно, что Иоанникий Александрович жил действительно наполненной и счастливой жизнью. Конечно, был и период преследований за печатание книжки, которую признали крамольной, бывали размолвки с женой, которые к большому его сожалению становились все более частыми, но у него был надежный компенсаторный ресурс – работа и общение с коллегами.

Малиновский давал пространные живописания мест, в которых бывал. Кроме двух – Киева и Томска. В этом также чувствителен процесс поиска аристократизма.

В Томске и Киеве произошли самые значительные события его жизни, это места его личностного становления. Они были выше любых оценок, они как пик сверхценности были качественно другими объектами для Малиновского.

К середине осени 1914 г. фронт с Германией стабилизировался в 35 верстах от Варшавы. Жизнь в городе успокоилась и в университете начались занятия. 23 июля 1915 г. Варшава была неожиданно оставлена русской армией. Профессорско-преподавательский состав и студенты в связи с вакациями покинули к тому времени стены университета и оказались «бездомными». Весьма оперативно 12 августа был поставлен вопрос о судьбе университета, решенный в пользу Ростова-на-Дону.

Парная сравнительная характеристика, данная Ростову-на-Дону и Варшаве, городам, в которых ему пришлось работать по воле обстоятельств, интересна фактурой, деталями городской жизни и передачей психологической атмосферы.

«Первое, что бросилось в глаза, когда приехали в Варшаву, это чистота, необыкновенная чистота. [...] После дождя или снега выходят дворники с метлами, сметают мокрый снег и грязь в водосточные трубы; если солнце пригреет, то через полчаса уже совершенно сухо. В великую субботу мы [...] в Варшаве, или без калош. [...]

...Когда я вышел на Невский и невольно сравнил его с Маршалковской и Новым Светом, то сделалось обидно: столица русского государства значительно уступала Варшаве; здесь еще не доросли до того, чтобы ценить чистоту так, как уже привыкли ценить ее в Варшаве. [...]

Любовь к чистоте, к зелени, к цветам свидетельствуют о культурности населения. О культурности свидетельствует также обилие жизненных удобств и дешевая плата за пользование этими удобствами. За 76 р. в месяц мы имели небольшую, правда, но великолепную квартиру с массой заметных и незаметных удобств; два лифта, электричество, газ, газовая кухня, газовая ванна (в любое время можно было взять ванну: открыл рожок, чиркнуть спичкой, газ загорался, и через 5-10 минут готово); в коридоре два громадных шкафа в стене для платьев... в окнах сделаны ober-luft`ы – верхняя часть окна механически открывается и закрывается, и можно без сквозного ветра проветривать квартиру; в том же доме внизу были лавочки, где можно было добыть все самое необходимое; газ, электричество, уголь стоили дешево. [...]

Дешевизна – это тоже характерная черта варшавской жизни. Можно было жить с большим комфортом, роскошно и проживать большие деньги. Но можно было прожить дешево и с достаточным комфортом. [...] Дешево стоили места в театры и на концерты.

В Варшаве были так называемые правительственные театры – драматический, оперный и опереточный. Представления давались на польском языке. [...]

Типичная, настоящая Варшава – польская. Мы жили в этой польской Варшаве, пользовались всеми теми удобствами жизни, какие она дает. [...] Рассказы о насаждении русской культуры относились к области мифов. Какую культуру мы насаждали в Варшаве? Русские чиновники в Варшаве в большинстве случаев были авантюристами, карьеристами, взяточниками. Русский театр походил на балаган. Русские газеты, выходившие в Варшаве, производили жалкое впечатление при сравнении с газетами польскими. [...]

Делал свое культурное дело Варшавский Университет. Но, во-первых, это был захудалый провинциальный университет... во-вторых... был русский университет в Варшаве не потому, что здесь не мог быть польский университет, а потому, что польский университет был запрещен.

Несмотря на высокую культурность и на все жизненные удобства, жить в Варшаве русскому человеку было тяжело. На свое пребывание в Варшаве я смотрел как на временное. Мечтал о том, чтобы при первой возможности перейти в другой, русский, университет. Обстоятельства так сложились, что неожиданно пришлось оставить Варшаву навсегда. И я очутился в Ростове.

Ростов находится в пределах коренной России. Но это не русский город в строгом смысле слова: тут и русские, и армяне, и греки, и евреи. Этнографические грани тут стерты. [...] Ростов находится на казачьей территории – в Области войска Донского. Но Ростов – крупный торгово-промышленный пункт. Торгово-промышленная деятельность интернациональна. И Ростов – город интернациональный. В торговле и промышленности при капиталистическом строе главная цель – прибыль. И заботами о прибыли главным образом живет Ростов. На Большой Садовой ул., на Таганрогском проспекте, на Московской улице – везде на каждом шагу магазины, оптовые склады, конторы, банки. Тут главный нерв ростовской жизни. Все мысли тут направлены на одно и то же – на наживу. О всем остальном или совсем не думают, или думают очень мало, так, для приличия. [...] В Варшаве была чистота. В Ростове улиц не поливают, и когда нет дождя, уличная пыль носится облаками; по главным улицам снуют целые обозы с мукой, известью, мелом, углем; за ними несутся густые клубы белой и черной пыли, которая попадает в легкие обывателей; и никто не позаботится о том, чтобы накрыть эта телеги брезентами.

В Варшаве можно было жить на широкую ногу, тратя громадине деньги, но можно было с достаточным комфортом прожить, располагая и ограниченными средствами. В Ростове жизнь рассчитана преимущественно на большие средства. Ибо богатства тут слишком много и наживались они легко, разными способами – и допустимыми и недопустимыми. [...] А если не было того, что пахнет уголовщиной, то была спекуляция, биржевая игра и разные законные способы обогащения. Миллионы давали тон. [...]

Была интеллигенция. Но значительная часть ее плыла по течению, была на службе у капитала, разделяла господствующее стремление к наживе. Оставался очень тонкий слой настоящей идейной интеллигенции. [...] Партия Народной Свободы – интеллигентская по преимуществу. В Ростове она буржуазная по преимуществу.

Нас Ростов встретил чрезвычайно радушно. Нам удалось найти очень удобную квартиру. [...] В Ростове у меня установились прекрасные отношения со студентами и курсистками; и я считался одним из популярнейших профессоров. [...]

И, несмотря на все это, Ростов меня не удовлетворял и не удовлетворяет: тяготят сознание того, что приходится работать в атмосфере, насквозь пропитанной спекуляцией и наживой. После переезда Университета Ростов постепенно превращается в культурный центр Юго-востока России. Университет должен оказать

свое облагораживающее влияние. Но такого рода завоевания делаются очень медленно» [13].

В Варшаве его отталкивало парадоксальное сочетание культурного быта и постоянного ощущения чуждости. В Ростове – слишком явный аромат восточного базара. Обитель его полудобровольного изгнания, Екатеринодар, также получил резкую оценку, рожденную одиночеством, страхом за семью и неопределенностью настоящего и будущего.

«Отвратительный Екатеринодар! Вот город, в котором только крайняя необходимость может заставить жить. Самодовольное, пошлое, невежественное, мелкобуржуазное население. Противный климат» [14].

Даже в этих текстах, выполненных в жанре записки путешественника, видна суть личности Иоанникия Алексеевича – ученого и аналитика. Он не может только смотреть, он должен видеть.

Спустя много лет после смерти Иоанникия Алексеевича, встал вопрос о его национальной принадлежности. Его как всякую видную историческую фигуру потомки рвут на части. Так он – восточный славянин – оказался поляком [15]. Волею судьбы и министра народного просвещения Малиновскому пришлось работать в 1912-1915 гг. в Варшавском университете. Еще за 15 лет до этого события ему впервые предложили занять одну из вакансий в этом учебном заведении, но тот отказался: «страшила перспектива жить в чужом польском городе». Когда же он все же оказался в Варшаве, то о пребывании русских в Польше написал следующее:

«Но Варшава не могла дать нам нравственного удовлетворения. Мы чувствовали себя в Варшаве чужими людьми. [...] ...Русские в Варшаве – это пришельцы, незваные, нежеланные пришельцы – завоеватели» [16].

В Варшаве он чувствовал себя русским человеком, как и в Москве. Обращает на себя внимание следующий отрывок из воспоминаний, рассказывающий о первом посещении древней столицы:

«...На меня очень сильное впечатление произвел Московский Кремль. При виде старинных кремлевских стен и ворот с башнями, колокольни Ивана Великого, Успенского Собора, при виде Красной площади перед Кремлем с лобным местом и церковью Василия Блаженного... мною овладело какое-то восторженное и вместе с тем жуткое чувство при мысли о том, что здесь колыбель русской государственной мощи» [17].

У него вызвали восхищение масштабы русской государственности. Умозрительная сопричастность в 1890 г. сменилась чувством ответственности за ее сохранение в послереволюционные годы. В своем екатеринодарском дневнике 1 января 1920 г. он записал, что тост в новогоднюю ночь он произнес за воскрешение измученной страны.

«Я... предложил тост за общую семью – за Россию; пожелал чтобы новый год был в полном смысле слова новым, чтобы вместе с ушедшим в вечность старым годом ушли от нас кошмары и ужасы нашей жизни, чтобы ожила, воскресла несчастная, измученная, истерзанная и поруганная наша родина, чтобы в новом году мы сделались свободными гражданами единой великой России» [18].

Но все же себя он называл и «украинцем по происхождению». Он с удовольствием пел малороссийские песни, вскоре после свадьбы молодая жена ему вышила украинскую рубашку,

которой он весьма дорожил. Да и сама Мария Александровна была дочерью известного украинофила А.Я. Конисского. Поэтому любопытно, как он относился к убеждениям своего тестя, с которым не был близок, и к новой украинской государственности. В 1918 г. он невольно оказался на развилке политических путей. Когда получил предложение от Н.П. Василенко и академика В.И. Вернадского вступить в Украинскую Академию наук, согласился. Но вскоре после возвращения из Киева на конференции кадетской партии в Екатеринодаре голосовал за резолюцию о единой России. Когда об этом узнали в Киеве, то исключили его из списка предполагаемых первых украинских академиков.

У Малиновского характерная для многих кадетов позиция в еврейском вопросе. У него много евреев-товарищей по партии, единомышленников и коллег-преподавателей. В отличие от многих интеллигентных уроженцев Украины (Н.И. Костомарова, В.В. Шульгина, М.Г. Дроздовского) Малиновский толерантен, пока ему не встретился М.О. Гредингер, член Сената, докладывавший его дело на заседании. Гредингер изложил его тенденциозно, имея очевидные инструкции отменить оправдательный приговор томского суда. Свою негативную реакцию на сенатора Малиновский воплотил в характеристике: «выкрещенный еврей, карьерист». Примечательно, что в это время Малиновского поддерживали правовед М.Я. Пергамент, редактор «Речи» И.В. Гессен, адвокат О.О. Грузенберг[19], который даже представлял его, отказавшись от гонорара.

Такую же странную избирательную ксенофобию демонстрировали многие кадеты и петербургские интеллигенты, например, В.Д.Набоков, Е.Я. Кизеветтер, З.Н. Гиппиус. Если носитель инородческой фамилии единомышленник, то его происхождение не играло никакой существенной роли. В некоторых случаях оно придавало дополнительные краски его положительному образу. Но если еврей принадлежит к глубоко презираемому враждебному лагерю (революционному или правительственному), то характеристика ему вдвое злее и уничижительнее, чем отповедь политическому противнику русскому по происхождению. В этом случае нерусскость выпячивается и делается дополнительным недостатком, в некоторой степени объясняя его позицию.

Ростов – Екатеринодар – Ростов

В годы Гражданской войны существовал достаточно узкий слой устроенной публики, которая пыталась воспроизводить заведенный порядок жизни. Это была группа лиц, получавших относительно стабильное жалование. Как ни странно для военного времени это были профессора высших учебных заведений, врачи, журналисты, артисты. Как следует из сохранившегося дневника Малиновского, доход он получал от преподавания в нескольких учебных заведениях: он читал русскую историю в Коммерческом институте, дисциплину «Древности русского права» в Археологическом институте, а в Народном университете его избрали директором. Нелишними были гонорары от публичных лекций, в том числе и по линии Освага – пропагандистского органа Вооруженных сил Юга России, и поступления из созданного на кооперативных началах издательства, одним из учредителей которого он был. Многие университетские профессора позволяли себе критические замечания в адрес администрации Вооруженных сил Юга России. Малиновский был наиболее ярким публицистом «Приазовского края». Его статьи в этой газете были не только протестом против самоуправств, чинимых армией, но могут служить также примером непонимания гражданским человеком реалий военного времени. Тем не менее, сам профессор и три его дочери принимали активное участие в помощи больным и раненым офицерам и «стрелкам», как назывались рядовые в деникинской армии.

Тогда, когда Дон и Северный Кавказ в 1919 г. были достаточно глубоким тылом деникинской армии, профессор права эвакуированного из Варшавы в Ростов-на-Дону университета Малиновский мог позволить отправить семью на отдых в Ессентуки. Кавминводские курорты работали, правда, инфраструктура уже пострадала от войны, и его дочери Евгении «даже»

пришлось готовить на примусе. И в предыдущие военные годы Малиновские также покидали Ростов на лето и в зависимости от обстановки снимали дачу: в 1917 г. – в Кисловодске, в 1918 г. – под Ейском. На «дачу» в приазовские поселки отправлялись не только отдохнуть, но и подкормиться.

Революция изменила отношения отцов и детей. Семья Малиновских не стала исключением. Мария, Евгения и Ольга по примеру матери и отца интересовались общественной жизнью, симпатизировали кадетам, и в то же время самостоятельно принимали решения принципиального характера, что было совершенно невозможно для девиц из хорошей семьи еще несколько лет назад. Евгения, 1900 г.р., самая смелая и экспансивная из дочерей, не спросив разрешения у родителей, в 1918 г. отправилась в путешествие в Крым, где группа гимназистов и гимназисток осматривала достопримечательности; в некоторых местах останавливалась и нанималась на работы. За год до этого с разрешения родителей она ездила на полевые работы по сбору винограда в Абрау-Дюрсо под Новороссийском; по окончании работ с компанией молодежи прошла по черноморскому побережью до Нового Афона, зарабатывая на дорогу, периодически работая в различных имениях. Все трое инициативно устроились волонтерками в тифозные лазареты, поставив родителей перед фактом. И все трое одновременно заразилась и чуть было не погибли. Спасло их участие светил ростовской медицины, с которыми был дружен Иоанникий Алексеевич. Старшая Мария, 1899 г.р., наиболее серьезно занимавшаяся политической деятельностью, была активисткой студенческой фракции партии Народной Свободы, в 1919 г. сама съездила в Киев за политической литературой по поручению Музея Возрождения России. В годы гражданской войны две его старшие дочери получали высшее образование: Мария – филологическое, Евгения – медицинское. Разумом он понимал, что дочери в такое время должны быть способны действовать по собственному почину, но в одном месте своего екатеринодарского дневника взгрустнул: «Но... «отцы и дети». Какая-то грань образовалась незаметно между мной и ими».

В условиях классового конфликта Малиновского волновал вопрос о релевантности своих убеждений, самой своей сущности и той роли, которая ему приписана обстоятельствами. Выбрав после окончания университета ученую профессорскую карьеру, ему пришлось познать периоды и достатка, и ограниченности в средствах. Но он всегда работал, и считал себя, несомненно, трудовым элементом. В 1920 г. (после возвращения в Ростов из Екатеринодара) в заявлении в профсоюз с просьбой о назначении пайка он написал:

«Я родился и вырос в трудовой обстановке, всегда трудился и продолжаю трудиться, не покладая рук. [...] У меня как у всякого пролетария в строгом смысле слова, никогда не было и нет теперь никаких средств к существованию, кроме личного заработка» [20].

Этот же настрой характерен для многих интеллигентов разночинского происхождения. Привыкнув более доверять словам, чем обстоятельствам, они, случалось, верили лозунгам большевиков. А может быть принуждали себя верить, не имея иного выбора. Даже такой одиозный для советской власти субъект как популярный журналист суворинского «Нового времени», один из создателей Всероссийского национального союза М.О. Меньшиков 12 сентября 1918 г. доверил дневнику такие свои размышления:

«Сегодня я записался в союз трудящихся вместе со всеми сослуживцами отдела. В сущности я родился... в сословии трудящихся и всю жизнь работал, к чему был способен, на совесть. Вот почему трудовой строй общества, если он возобладает, будет мне не чужд...» [21].

Через восемь дней 20 сентября 1918 г. Меньшиков был расстрелян на волне красного террора. В июле 1920 г. и Малиновский оказался арестованным Чека по обвинению в службе в гражданских структурах деникинского правительства. Ростовская Чека инкриминировала Малиновскому то, что он был министром народного просвещения. В ходе следствия он отвергал эти обвинения, отмечая, что начальником управления народного просвещения был профессор Н.М. Малинин, а не он – профессор И.А. Малиновский. Это простительная в его обстоятельствах ложь. На самом деле Иоанникий Алексеевич по причине отъезда профессора Малинина действительно возглавил отдел народного просвещения, о чем и было сообщено в газете «Великая Россия» за 6(19) сентября 1919 г. № 290.

Свой отъезд из Ростова Малиновский объяснял чекистам так: намеривался по делам издательствам побывать в Царицыне, но случившееся изменение конфигурации фронта вынудило его застрять в Екатеринодаре[22]. Другой раз он указывал, что выехал в столицу Кубани для чтения лекций в политехническом институте[23]. Но текст воспоминаний говорит иное: он покинул Ростов вместе с другими профессорами, в т.ч. с П.И. Новгородцевым, из-за страха расправы. Вопрос о продолжении преподавательской деятельности встал перед ним уже после приезда в Екатеринодар, о чем он и сделал запись в дневнике от 18 января 1920 г.:

«Вчера подал декану экономического отделения Политехнического Института В. А. Удинцеву заявление о желании прочитать специальный курс «История русского государственного строя» и программу курса. Может быть удастся прочитать».

Удалось, и стало оправданием его бегства из Ростова, но Чека не поверило. За него ходатайствовали коллеги, а дочь Ольга писала в его защиту: отец живет «на свои трудовые средства, следовательно принадлежит к трудовому населению»[24].

Но как всегда набор причин события куда богаче, чем принято озвучивать.

Еще при власти Донского правительства в учащейся среде Ростова стали возникать элементы самоорганизации. Кроме прочих структур появилось Трудовое общество медиков и медичек при Донском университете. Оно было создано по предложению администрации Белого креста в декабре 1918 г. Оно формировало санитарные отряды, работавшие на городском вокзале по оказанию помощи раненым и больным тифом.

После прихода красных это общество сыграло роковую роль в судьбе некоторых причастных к университету лиц. Все началось летом 1920 г., вероятно, с противостояния студенческих организаций: старой – Научно-трудового общества студентов медиков и медичек – и новых – комячейки и комсомола студентов медицинского факультета. 5 июня 1920 г. комячейка и комсомол обвинили Общество, что оно вовсе не трудовое, а наоборот – контрреволюционное и черносотенное. Ярлыки навешивались в соответствии с распространенными и не всегда верными стереотипами: Общество было заклеено как казачье и монархическое. К доносу были приложены показания членов комячейки и документы, найденные ими при самочинном обыске, в т.ч. подписной лист для сбора пожертвований для семей погибших в борьбе с большевиками в Кубанской и Донской областях. Студенты-медики выпускного курса – авторы доноса – все годы Гражданской войны учились, в военных действиях не участвовали, а после прихода большевиков тут же вступили в партию. Эти новообращенные большевики-студенты считали, что необходим немедленный арест членов этого общества[25].

Председателя Трудового общества приват-доцента эпидемиолога Алексея Николаевича Успенского, профессоров невропатолога Александра Андреевича Жандра, физиолога Зиновия Васильевича Гутникова, профессора права Малиновского и других в конце июня – начале июля 1920 г. арестовали по обвинению в устной и литературной агитации против советской власти и в том, что «их ученый труд был направлен на унижение [вероятно, они были строги на экзаменах к инициаторам доноса – О. М.] и подавление трудящихся».

В июле 1920 г. за своих преподавателей вступились студенты и руководство, и те были отпущены, но 24 июля неожиданно было вынесено решение о повторном аресте, что стало для большинства из них роковым[26]. На этот раз не помогло даже ходатайство ректора университета Евлахова. Тем более, что комячейка выпускного курса тут же направила протест по поводу хлопот об освобождении арестованных профессоров:

«Лиц же желающих взять на поруки этих контрреволюционеров подвергнуть той же участи, как соучастников и заступников» [27].

Приговор был вынесен с непонятной поспешностью, 1 августа трое из основных фигурантов были расстреляны. Малиновский не был расстрелян вместе с ними, несмотря на то, что следователь Чека Лавриненко назвал его «самым видным деятелем КД [т.е. кадетской партии] и всей белогвардейской власти»[28]. 28 октября 1920 г. его дело было выделено в отдельное и было переслано во Всероссийскую чрезвычайную комиссию[29]. Затяжка дела и передача его в Москву спасли жизнь Малиновскому. Учитывая его большие научные заслуги, профессора взял на поруки Народный комиссариат продовольствия. Соответствующую бумагу подписал некто Покровский[30]. Трудночитаемая связь между профессором права и Наркомпродом. Видимо, сыграли роль какие-то личные отношения, поскольку одна из дочерей профессора выезжала в Москву, найдя очевидно верный адрес для ходатайств.

Иоанникий Александрович был осужден к лагерям, но освобожден через несколько лет раньше срока окончания наказания. Он успел быть избранным в Украинскую академию наук и умер дома в Киеве в кругу семьи.

Малиновский и Аладжалов: in comparision

Малиновский оказался вечным пасынком власти. При царе он добился стабильного материального достатка, но высокие чистые помыслы заставляли его ненавидеть самодержавное сатрапство. Большевиков он не принял за их антигуманную практику репрессий. Не слишком ладил он и с белыми. Когда близился новый учебный год, он требовал у военных освобождения школьных зданий, занятых ими под лазареты. Те под давлением своего прямого начальства обещали, но дело затянули и покинули здания гимназий лишь тогда, когда пришлось оставлять всю донскую область.

Есть еще одна причина, почему профессор Малиновский не стал большевиком. Малиновский на своем опыте знал, что для того, чтобы добиться большего, совсем не надо делать с оружием в руках революцию. Он был разночинцем, трудом и талантом пробил себе дорогу в жизни. Никакой исторической вины перед народом он не чувствовал. Не имел желания опускаться до его уровня, когда только недавно оторвался от родной мещанской провинциальной среды. Представители народа, присутствующие на страницах его воспоминаний, это прислуга и различные городские обыватели; им дается беглая, но трезвая оценка – в соответствии с качествами каждого. Гораздо больше тепла – в отношении коллег, интеллигентской публики вообще, таких же self-made man, как и он сам.

Чтобы оттенить эту сторону личности Малиновского, возьму в качестве его антипода Александра Иоакимовича Аладжалова, также как и Иоанникий Алексеевич, кадета и юриста. Аладжалов происходил из армянского купеческого рода; семья имела солидный капитал и на проценты от него жила все время до революции. В годы германской войны Аладжалов – фронтовой офицер, именно в окопах началось его полевание. В 1917 г. он разочаровался во всех партиях, кроме большевиков, и примкнул к ним. Одной из причин этого шага стало убеждение, что несмотря ни на что именно большевики то, что нужно народу. 17 марта 1918 г. он записал в общесемейной книге-дневнике:

«Я демократ и большевик, потому что не могу по складу своей психики быть аристократом, и потому я большевик, что считаю, что ум не дается образованием, что простой народ не хочет наставников, и от тех, кто с ним, требует уважения к себе; требует, чтобы тот, кто с ним, шел бы по одной дороге, им избираемой, а не толкал его согласно надуманным теориям» [31].

Аладжалов участвовал в вооруженных выступлениях большевиков по захвату власти в Одессе; когда образовалась Бессарабская республика, вошел в правительство заместителем наркома юстиции. После окончания гражданской войны работал зав. отделом Петроградского исполкома, председателем трибунала, инспектором РКИ РСФСР. Никто из семьи репрессиям не подвергался. Более того, Александр Иоакимович (он прожил 90 лет) регулярно писал в различные партийные и советские инстанции критические письма.

В вышеприведенной цитате Аладжалов предстает человеком «с идеалами», главным из которых является убеждение: что б народ не делал, он – свят, он – прав, он – безвинен. Горожанин и романтик, формирование его мировоззрение прошло в столичной купеческой среде, в которой получили популярность всякие «вольномудствования» не без влияния, очевидно, других элитарных слоев.

В том же тексте есть другая примечательная фраза:

«...В нашей Одессе наше большевистское правительство, обессиленное недоверием, темнотой, недисциплинированностью масс, под давлением непреодолимых хозяйственных затруднений и внешнего давления... – пало».

В основе его мировоззрения аксиомы: народ всегда прав; большевики – партия наиболее полно представляющая интересы народа; если народ отворачивается от большевиков, то из-за тяжелого наследия векового рабства; ошибки партии – это ошибки ее отдельных членов, заблуждающихся и страдающих от того же груза прошлого. В целом, хорошо знакомый комплекс представлений, с помощью которого объяснялись многие страницы советской истории. Любопытно другое: время изложения этих взглядов – март 1918 г. Они еще не стали фразами догматического содержания. Это – личное убеждение Аладжалова, результат его наблюдений и интерпретации этих наблюдений при участии его системы ценностей.

Вывод, который хотелось обосновать сравнением этих двух людей, таков: интеллигенты из разночинцев – интеллигенты первого поколения – чаще имели прививку от безоглядного народофильства; интеллигенты «с родословной» – второго и третьего поколения – начинали страдать от своей оторванности от народной жизни, искупать ренегатство своих отцов. Между тем, пропорциональность причин и следствий вряд ли существует, хотя так велик соблазн объяснять эмпирические, в том числе уникальные и ситуационно-детерминированные явления и процессы.

Гражданская война разделила население страны на типажи выживания: человек с ружьем, человек с мешком [32], человек с ремесленным инструментом или с сохой, а был и человек с книгой и пером. Материал воспоминаний и дневника И.А. Малиновского доказывает, что культура – не тепличный цветок; для жизни ей не обязательны покой и безопасность. В годы гражданского конфликта только небольшая часть убивала друг друга; для очень многих других искусство, наука и образование стало нишей, в которой они желали бы пережить это время. Выдавленные с севера войной и голодом они сбивались в школы, университеты, театральные труппы, литературные кружки на более сытом Юге и так сохраняли себя и свою душу. Участие

в политике они хотели бы ограничить работой на съездах своих партий и помощью раненым, но другие – с ружьем – постоянно их выдергивали из этих убежищ.

Примечания:

1. Малиновский И.А. Воспоминания. Екатеринодарский дневник, декабрь 1919 – март 1920 гг.: Рукопись. Подлинник хранится у потомков внучки И.А. Малиновского Марианны Цезаревны Шабат (1922-2009).
2. Там же. С. 7.
3. Там же. С. 14-15.
4. Там же. С. 21.
5. Там же. С. 28.
6. Там же. С. 40-41.
7. Цит. по: Жилиякова Н.В. Цензурная история газеты «Сибирская жизнь» (1894–1919, г. Томск) // Вестник Томского государственного университета. Филология. 2009. №3(7). С. 107.
8. Малиновский И.А. Воспоминания. Екатеринодарский дневник... С. 85.
9. Там же. С. 73.
10. Там же. С. 114.
11. Там же. С. 51.
12. Там же. С. 48.
13. Там же. С. 121-127.
14. Там же. С. 165.
15. Напр. см.: Лозовский И.Т. Поляки в Сибири // Славяне и Сибирь. Сохранение культурного наследия. Материалы научно-практического семинара. Томск, 19 декабря 2000 г. Заозерный архитектурно-художественный музей, 2002. Томский государственный университет, 2002.
16. Малиновский И.А. Воспоминания. Екатеринодарский дневник... С. 124.
17. Там же. С. 10.
18. Там же. С. 152.
19. С именем О.О. Грузенберга связаны судебные разбирательства после погромов в Кишиневе и Минске, «дело Блондеса» и Пинхуса Дашевского, процесс Менделя Бейлиса.
20. ГА РО. Ф. 46. Оп. 3. Д. 471. Л. 27.
21. Меньшиков М.О. Дневник 1918 г. // Российский архив (История Отечества в свидетельствах и документах XVIII – XX вв.) Вып. IV. М.О. Меньшиков. Материалы к биографии. С. 220.
22. ГА РО. Ф. 46. Оп. 3. Д. 471. Л. 26, 28.
23. Государственный архив Краснодарского края. Ф. Р-229. Оп. 1. Д. 349 (Личное дело И.А. Малиновского).
24. ГА РО. Ф. 46. Оп. 3. Д. 471. Л. 34.
25. Архив Управления ФСБ Ростовской области. Следственное дело врачей Донского университета. Т. 2. Л. 20, 22, 23.
26. Там же. Л. 68, 171.
27. Там же. Л. 151.
28. Там же. Л. 172.
29. Там же. Л. 170.
30. Там же. Л. 2.
31. Документ предоставлен внучатым племянником А.И. Аладжалова Юрием Ростиславовичем Канским (СПб.).
32. См.: Давыдов А.Ю. Мешочники и диктатура в России. 1917–1921. СПб.: Изд-во: Академия Смартбук, 2008.

Попелюшко В. А.,

доктор юридических наук, професор, директор Інститута права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія»

«КРОВАВАЯ МЕСТЬ И СМЕРТНЫЕ КАЗНИ» В СУДЬБЕ ПРОФ. И. А. МАЛИНОВСКОГО

В томский период творческой деятельности И. А. Малиновского (1898-1913 гг.) наибольшую известность ему принесла монография «Кровавая мечь и смертныя казни», опубликованная двумя выпусками в 1908/1909 гг. [1], написанная в поддержку депутатов Государственной думы, выступавших с требованиями отмены смертной казни в России. В этом подлинно научном исследовании ученый убедительно доказал наличие генетической связи между смертной казнью как мерой уголовного наказания и кровавой мещью – реликтом животного инстинкта, присущим первобытному обществу. «Смертная казнь – заключает автор – орудие мести врагам существующего порядка; орудие это пускается в ход тогда, когда неудовольствие со стороны населения существующим порядком принимает резкие формы; тогда органы государственной власти теряют то спокойствие и хладнокровие, которое им приличествует и их достойно, подчиняются чувству мести и, применяя меры принуждения, прибегают к смертным казням, т. е. к той форме расправы с врагом, которая практиковалась древними дикарями» [2, с. 203]. По существу же ученый поставил знак равенства между древними традициями кровавой мести и смертной казнью как «законным» наказанием [3, с. 24] и навел большой фактический материал о совершаемых царизмом таким образом преступлениях против собственного народа.

Книга вызвала огромный общественный резонанс. Ее широко обсуждали в прессе, политических кругах. 27 декабря 1908 г. И. А. Малиновский сделал доклад по той же теме на заседании уголовного отделения Юридического общества при Санкт-Петербургском университете, на котором председательствовал В. Д. Набоков. Доклад получил абсолютную поддержку научного сообщества [4, с. 6].

Сама книга стала своего рода бестселлером. А рецензент С. Шумаков, например, отмечал, что эта работа принадлежит к тем, что делают эпоху в науке [3, с. 24].

Иоанникий Алексеевич прислал свою книгу писателю Л. Н. Толстому с надписью: «Льву Николаевичу Толстому, обличителю всякого насилия, и в частности великого зла, именуемого смертной казнью. От автора» [5, с. 739]. 25 сентября 1910 г. Л. Н. Толстой написал И. А. Малиновскому письмо, одно из последних писем великого писателя, заслуживающее того, чтобы привести его полностью.

«Иоанникий Иоанникиевич (Л. Т. допустил неточность в написании отчества автора – **В. П.**), от души благодарю за присылку вашей книги. Я еще не успел внимательно прочесть всю ее, но, уже пробежав ее, я порадовался, так как увидел все ее большое значение для освобождения нашего общества и народа от ужасного гипноза злодейства, в котором держит его наше жалкое, невежественное правительство. Книга ваша, как я уверен, благодаря импонирующему массам авторитету науки, главное же – тому чувству негодования против зла, которым она проникнута, будет одним из главных деятелей этого освобождения. Такие книги, как я вчера, шутя, сказал моему молодому другу и вашему земляку и знакомому В. Булгакову, могут сделать то, что мне казалось невозможным: помирить меня даже с официальной наукой. Мог ли я поверить 50 лет тому назад, что через полвека у нас в России виселицы станут нормальным явлением и «ученые», «образованные» люди будут доказывать полезность их. Но как и всякое зло неизбежно несет и связанное с ним добро, так и это: не будь этих ужасных последних

пореволюционных лет, не было бы и тех горячих выражений негодований против смертной казни, тех и нравственных, и религиозных, и разумных доводов, которые с такой очевидностью показывают преступность и безумие ее, что возвращение к ней уже будет невозможно. И среди этих доводов одно из первых мест будет занимать ваша книга. Надеюсь, уверен, что не ошибаюсь теперь.

Еще раз благодарю вас за присылку, а главное, за написание вами прекрасной книги и от души желаю вам лучшего блага в мире: продолженья такой же плодотворной деятельности».

С искренним уважением и любовью

Лев Толстой». [5, с. 738-739].

Такой чести от классика русской и мировой литературы вряд ли удостоивался кто-либо иной – представитель тогдашней официальной науки.

В том же 1910 г. И. А. Малиновский на основании исследования художественных изображений смертной казни более 50-тью русскими писателями и поэтами XIX – начала XX века в произведении «Русские писатели-художники о смертной казни» продемонстрировал единую позицию на смертную казнь как на меру уголовного наказания цвета творческой интеллигенции России: смертная казнь, не акт правосудия, а убийство – дело варварское, безумное, безгранично жестокое, бесчеловечное [6].

По иному расценил научные достижения профессора по вопросу о необходимости отмены смертной казни царизм. Главное управление по делам печати признало второй выпуск книги «Кровавая месть и смертные казни» антиправительственным, а прокурор Томского окружного суда возбудил уголовное дело против И. А. Малиновского по п.п. 1 и 2 ст. 129 Уголовного уложения – «возбуждение к бунтовщическим деяниям и к ниспровержению существующего строя».

Но преследование Иоанникия Алексеевича заключалось не только в этом. Оно обрело системный характер.

Дело в том, что в томский период своей жизни и деятельности И. А. Малиновский занимался и преподавательской работой в университете, и научным творчеством, и не менее активно просветительской, общественной и политической деятельностью: читал лекции для простого народа, что с точки зрения руководителя народным просвещением учебного округа в лице его попечителя Лаврентьева считалось унижительным для профессора, печатался по вопросам Сибири и права в прессе, выступал за демократизацию образования, в т. ч. высшего, боролся, и не безуспешно, за допуск к высшему образованию женщин, участвовал в отправлении правосудия как почетный мировой судья. В годы революции (1905-1907 гг.) И. А. Малиновский стал соредактором самой читаемой в Сибири газеты прогрессивно-демократического характера «Сибирская жизнь» и одним из наиболее известных кадетов в Сибири, что вызывало особую ненависть к нему со стороны попечителя учебного округа Лаврентьева [7, 8].

А тут еще «Кровавая месть и смертные казни»... Лаврентьев принимает все меры к тому, чтобы избавиться от неблагонадежного профессора, пишет на него в столицу доносы с требованиями об увольнении с профессуры (всего 25!). Доносы возымели свое действие. В 1910 г. по настоянию из Министерства народного просвещения Иоанникий Алексеевич вынужден оставить работу в «Сибирской жизни». В том же году Лаврентьев отказал ему в зарубежной научной командировке, а министерство народного просвещения не утвердило избрание деканом юридического факультета Томского университета.

Планомерные гонения продолжились и в 1911/12 гг. После очередного доноса Лаврентьева 4 октября 1911 г. министр народного просвещения Кассо издал приказ об увольнении профессора И. А. Малиновского с Томского университета и причислении к министерству [8]. 26 октября 1911 г. на заседании Государственной думы против профессора выступил депутат-черносотенец Замысловский, обвинив его во всех земных грехах: в организации митингов на научной подкладке, где преимущественно «жидами» читались доклады о русском государстве как о человеке, «с ног до головы покрытом проказой»; в прямом призыве к убийству депутата

Пуришкевича; в печатании статей в «Сибирской жизни» преступного содержания; и самое серьезное, в написании книги «Кровавая месть и смертные казни» как «прямом апотеозе террора», с приложениями к ней революционного содержания.

И. А. Малиновский в открытом письме Замысловскому, напечатанном 10 ноября 1911 г. в «Сибирской жизни», убедительно опроверг эти обвинения [9].

Тем не менее, как уже указывалось, Главное управление по делам печати признало второй выпуск книги антиправительственной, а прокурор Томского окружного суда возбудил уголовное дело против проф. Малиновского.

«Вообще же 1911 год выдался одним из самых тяжелых для семьи Малиновских. Осенью дочь Ольга тяжело заболела... В последних числах августа семья переезжала на новую квартиру. Накануне забрали из университетских подвалов вещи, которые, к несчастью, не были застрахованы, наняли прислугу и легли спать. Проснулись ранним утром от стука в дверь и крика «Пожар!». Как поговаривают, дом подожгли черносотенцы. В огне погибло все: мебель, одежда, обувь... удалось спасти совсем немного. Но самое ужасное – погибла замечательная библиотека!» [10].

1912 год. Суды. 17-18-го марта 1912 г. дело по обвинению проф. Малиновского рассматривалось Томским окружным судом в закрытом судебном заседании с участием защитников, присяжного поверенного М. Р. Бейлина и профессора Томского университета, известного ученого в области уголовного судопроизводства Н. Н. Розина. Весь город следил за ходом заседания суда. На суде подсудимый заявил: «Как ученый исследователь, я привык искать правду и только правду. В своей книге, которая привела меня на скамью подсудимых, я сказал правду о тех явлениях окружающей действительности, которые окутаны кровавой атмосферой. Сказал то, что подсказывала моя научная совесть. Какой приговор меня ожидает здесь – я не знаю. Но знаю, что история меня оправдает» [11, с. 19]. Суд не нашел в содеянном подсудимым состава преступления, признал сочинение «Кровавая месть и смертные казни» «безусловно научного характера», а И. А. Малиновского невиновным, по суду оправданным [8, с. 108].

Но прокурор опротестовал приговор суда. 17 мая 1912 г. протест рассматривался в Правительствующем Сенате. Защитниками выступали М. П. Чубинский (сын Павла Платоновича Чубинского, при Директории П. Скоропадского – Министр Судебных (юстиции) дел) и присяжный поверенный О. О. Грузенберг. На заседании Сената М. П. Чубинский, в частности, заметил: «что будет с русской исторической наукой, если ученым запретят говорить и писать о прошедших эпохах, о прежнем государственном строе?» [8, с. 109]. Однако приговор Томского окружного суда был отменен и дело передано на новое рассмотрение в Омский окружной суд.

Рассмотрение уголовного дела Омским окружным судом в усиленном составе состоялось 27 сентября 1912 г. Вот как осветил судебный процесс собственный корреспондент газеты «Сибирская жизнь», в номере, вышедшем 3 октября 1912 г.

«Председательствовал член суда В. Э. Шух; в состав судебного присутствия вошли: члены суда А. К. Розентретер и Е. А. Рахвалов, почетный мировой судья генерал С. Р. Путинцев, омский городской голова В. А. Морозов и атаманский станичный атаман В. В. Водопьянов.

Дело началось в 10 ч. утра. Прокурор ходатайствовал о закрытии дверей заседания. Суд определил на основании 1054 ст. Устава уголовного судопроизводства дело слушать при закрытых дверях.

Защитник подсудимого ходатайствовал о разрешении допустить трех лиц по указанию его подзащитного на основании 620 ст. У. у. суд. (такая же просьба заявлена была при первом разбирательстве в Томске и удовлетворена Томским окружным судом). Один из представителей присяжной адвокатуры заявил ходатайство о разрешении остаться в зале заседаний присяжным поверенным (в Томске при первом разбирательстве дела присутствовали присяжные поверенные и их помощники). Омский окружной суд на оба ходатайства ответил отказом, признав возможным допустить в залу заседаний лишь одно лицо из числа ближайших

родственников проф. Малиновского, а также лиц судебного ведомства, из числа тех, которые имеют отношение к производству политических дел.

Публика была удалена.

Судебное следствие и прения сторон длились до 4 час. дня. После последнего слова подсудимого и объявления вопросных пунктов суд удалился в совещательную комнату. В 8 часов вечера объявили приговор.

Проф. Малиновский признан оправданным по 1 и 2 п. п. 129 ст. Уголовного уложения и виновным по 3 и 4 п. п. той же статьи (возбуждение к неисполнению законов). По закону, нормальное наказание в таких случаях – заключение в исправительном доме сроком от 1 г. 6 м. до 3 лет, что сопровождается лишением прав состояния. Но закон представляет суду в зависимости от обстоятельств дела перейти к следующему наказанию – тюремному заключению до 1 года. Суд сделал этот переход и остановился на низшей мере – заключение в тюрьме на 1 месяц без лишения прав и ограничения в правах.

Сочинение «Кровавая месть и смертные казни» постановлено уничтожить.

Мы слышали, что проф. Малиновский подает кассационную жалобу в правительствующий сенат.

Так как решение окружного суда в усиленном составе – окончательное, то жаловаться на неправильное решение по существу нельзя. Можно лишь указать на формальные неправильности (т. е. на нарушения требований закона) и ходатайствовать об отмене решения.

В числе кассационных поводов указываются следующие нарушения закона:

1. Вопреки требованию 621 ст. Устава уголовного судопроизводства окружной суд не объявил тех мотивов, в силу которых принято определение о слушании дела при закрытых дверях;

2. Не было объявлено о том, что произошли изменения в составе суда, а именно, в списке судей, посланном проф. Малиновскому вместе с повесткой, где был поименован мировой судья фон-Штейн, а заседал Путинцев. О происшедшей перемене подсудимый узнал из предъявленной ему резолюции суда;

3. Допущено неправильное толкование 3 и 4 п. п. 129 ст.

4. Защите было отказано в ходатайстве об изменении вопросных пунктов согласно с результатами, добытыми судебным следствием;

В правительствующем сенате кассационную жалобу будут поддерживать: доктор уголовного права, профессор М. П. Чубинский и присяжный поверенный О. О. Грузенберг» [12].

Сенат приговор оставил в силе, но в связи с Манифестом к 300-летию Дома Романовых И. А. Малиновскому «отсидеть» не пришлось.

Профессор без работы, без средств к существованию, полностью разорен. Тем не менее, его не сломили, он верен себе. Он пишет отзыв на монографию профессора Московского университета С. Викторского «История смертной казни в России и современное ее состояние», в котором заключает: «... недалеко то время, когда во всем нашем отечестве будет, наконец, произнесен единственно-целесообразный и на радость всем смертный приговор, это смертный приговор над самой смертной казнью» [13]. Он заканчивает написание и защищает в Харьковском университете в 1912 г. свою докторскую диссертацию по теме «Рада Великого Княжества Литовского по сравнению с Боярской Думой Древней России», за разработку которой получает премию им. Батюшкова от Петербургской Академии наук, а в Ярославльском юридическом лицее и в Казанском университете его избирают по конкурсу своим профессором. Это ли не дань уважения заслуг ученого перед отечеством и его народом, перед наукой!?

Но министр народного просвещения Кассо не утверждает ни одного из этих избраний. Напротив, назначает И. А. Малиновского в 1913 г. экстраординарным профессором по кафедре истории русского права считавшегося самым благонадежным в России Варшавского университета. 4 ноября 1913 г. профессор вместе с семьей покинул Томск, переехав в Варшаву. В

своих воспоминаниях о томском периоде жизни он писал так: «Томск – это начало моей семейной жизни, моей преподавательской, научной, литературной и политической деятельности... Здесь выработались приемы преподавания и научного исследования. Здесь определились окончательно общественные симпатии и политические убеждения. Здесь вышли в свет важнейшие научно-литературные труды. Правда, здесь же обрушались несчастья. Но для меня было ясно, что они вызваны общими условиями русской жизни, а не географическим положением Томска [8, с. 112].

Список использованных источников:

1. Малиновский И. Кровавая месть и смертные казни. Вып. I., Томск. – 1908; Кровавая месть и смертные казни. Вып. II. – Томск, – 1909.
2. Малиновский И. Кровавая месть и смертные казни. – Выпуск 1. – Томск, 1908.
3. Бондарук Т. До концепції видання вибраних творів академіка О. О. Малиновського // Наукова спадщина академіка О. О. Малиновського і сучасність: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (4-6 грудня 2008 р., м. Рівне) / Ред. Колегія: І. Б. Усенко (голова), Т. І. Бондарук (відповідальний секретар), Д. М. Диновський, В. О. Зайцев, В. Є. Кириченко, І. В. Музика, Є. В. Ромінський. – К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2010.
4. Усенко, І. Б. Історіографія життя і діяльності О. О. Малиновського. – Там же.
5. Толстой Л. Собрание сочинений в 22-х т. Т. 19-20. Письма 1882 – 1910 / Сост. и коммент. О. А. Голиненко, З. Н. Ивановой, С. А. Розановой, Б. М. Шушовой. – М.: Худож. лит., 1984.
6. Малиновский И. Русские писатели-художники о смертной казни». – Томск, 1910.
7. Лозовский И. Мятежный профессор. – Народная трибуна [Томск], 1992. – 27 июня.
8. Некрылов С. А., Фоминых С. Ф. Томский период в жизни Иоанникия Алексеевича Малиновского // Наукова, просвітницька, громадська та політична спадщина академіка І. Малиновського і сьогодні: Матеріали 1-го Міжнародного науково-практичного семінару: [м. Острого, 16 березня 2012 року]. – Острого: Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2012.
9. И. А. Малиновский Открытое письмо депутату Госуд. Думы ГГ. Замысловскому // «Сибирская жизнь». – 1911. – 10 ноября.
10. Булгакова О. Чужой среди своих // Выходной [Томск]. – 2007. – 14 апреля.
11. Фоминых С., Некрылов С., Литвинов А. И. А. Малиновский. Воспоминания // Сибирская старина. – 1998. – № 20.
12. Дело проф. И. А. Малиновского // Сибирская жизнь. – 1912. – 3 октября.
13. И. Малиновский. Голос науки о смертной казни // Сибирская жизнь. – 1912. – 2 ноября.

Сороковик И. А.,

доцент кафедры теории и истории государства и права Академии управления при Президенте Республики Беларусь (г. Минск, Беларусь)

И. А. МАЛИНОВСКИЙ – ИЗВЕСТНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬ ГОСУДАРСТВЕННОГО ПРАВА ВЕЛИКОГО КНЯЖЕСТВА ЛИТОВСКОГО

Проходит время, но есть исследователи прошлого, труды которых вызывают несомненный интерес у наших современников своей своевременной постановкой проблемы и нестандартным ее рассмотрением. Таким был известный ученый и общественный деятель академик И.А. Малиновский, который своими работами обогатил юридическую науку не только Украины, но Беларуси и России.

Особое место среди них занимают его магистерская диссертация «Рада Великого Княжества Литовского в связи с боярской думой древней России» (1904), которую успешно защитил в Киевском университете, и докторская, как хронологическое продолжение темы магистерской (1913). Интерес его к проблематике развития права и основных государственных институтов ВКЛ был вызван, с одной стороны, нахождением украинских земель определенное время в составе Княжества и поэтому осуществлялись исследования этого периода украинской (киевской, прежде всего) историко-правовой школой во главе с В. Б. Антоновичем, М. Ф. Владимирским-Будановым и их учениками. Определенный толчок им дал наш земляк, первый декан юрфака Киевского университета, уже известный профессор И. Н. Данилович [1, с. 173]. С другой стороны, теми процессами, которые происходили в общественной и политической жизни Российской империи, начатые с восстаний Т. Костюшко 1794 г., 1830-1831 и 1863-1864 гг., студенческими выступлениями в конце XIX в. и продолженные революцией 1905-1907 гг. И многие русские, украинские и белорусские ученые обратились к проблематике ВКЛ, чтобы лучше понять происходящее и сделать определенные заключения о существующем общественном и государственном строе.

Особенно это заметно по работе И. А. Малиновского из двух частей, посвященных такому важному государственному институту ВКЛ, как паны-рада. Выбор этой темы был сделан им еще в 1898 г., когда она совершенно не была разработана историками права, но переезд в Томский университет задержал работу над ней. А за это время были опубликованы исследования профессоров М. Н. Ясинского, М. В. Довнар-Запольского, М. К. Любавского, Ф. И. Леонтовича по этому вопросу. По сравнению с работами своих предшественников труд Малиновского отличается своей капитальностью и оригинальностью. Это отличие состоит в том, что он первоначально детально рассматривает особые условия образования как Московского, так и Литовско-Русского государств, которые позволяют лучше осмыслить особенности развития первого по монархическому пути, а второго – по аристократическому. А отсюда – особенности становления и развития институтов государственной власти и их правовое обеспечение [2, с. 1-8].

Важно его положение о том, что в княжествах-аннексах и удельных даже в начале XVI в. существовали боярские думы (на отечественных землях – рады, прим. И. С.). Если в Киевской земле в середине XV в. боярская дума уже называлась радой из князей и панов, пишет автор, ссылаясь на привилей 1441 г., то в Пинске, Кобрине, Мстиславле и других удельных княжествах (белорусских – прим. И. С.) в XV и в XVI в. акты все еще свидетельствуют о существовании боярских дум [2, с. 11, 12]. И еще одно его сравнение. Если на юго-западе (украинские земли – прим. И. С.) в местном управлении и в думе места принадлежали исключительно арис-

тократии, то на северо-западе (белорусские земли – прим. И. С.) участие демократического начала в общественном строе сохранилось еще и в начале XVI в. И это заключение подтверждает уставной грамотой, в которой отмечалось: «Били нам чолом вси князи и бояре и слуги Витебские, и войт и мещане места Витебского, и вся земля Витебская» или «Били нам чолом бояре Полоцкие и мещане и весь город и вся земля Полоцкая» [2, с. 13]. Но уже со второй четверти этого столетия «князья, паны и бояре земли Полоцкое» просили о назначении архиепископом Полоцким своего кандидата [2, с. 13, 14].

В отличие от других ученых представляется эффективным подход Ф. И. Леонтовича к рассмотрению состава радных панов, учитывая мотивацию разных господарей Княжества. Ольгерд, к примеру, устранил бояр от участия в государственном управлении и опирался в основном на родственников-князей, иностранцев и людей худородных, которые не могли ограничить его власть. Его же сын Ягайлло, учитывая внутреннее и геополитическое положение государства, поступал более осторожно, привлекая в раду, с одной стороны, иностранцев и личностей незнатного происхождения («коморников, сокольничих, городничих, некоторых мещан), а, с другой стороны, – князей и бояр, принимавших активное участие в государственном управлении. Именно последние дали свое согласие на переход великокняжеского стола к Ягайлло [2, с. 79, 81, 82].

Заслуживает внимания положение автора о том, что при Витовте главными помощниками и советниками были литовские князи, стремившиеся сохранить эту роль и после его смерти, но на нее претендовали и русинские князи и бояре. В итоге литовцы вынуждены были с этим считаться, о чем свидетельствуют привилеи 1432 и 1434 гг. «Объединенная» аристократия стала слишком сильным противником господарской власти. Она сыграла главную роль в избрании 13-летнего Казимира великим князем, что позволило ей иметь реальную власть в управлении государством. Тем более, что монарх часто находился в Польше как ее король [2, с. 95, 96, 100, 101].

Отмечая определяющую роль рады на сеймах ВКЛ, ученый невольно подключается к дискуссии о том, с какого времени начали они существовать как общеземские. Если М. К. Любавский называл 1401 г., а Н. А. Максимейко 1492 г., то И. А. Малиновский – середину XV в. Сейчас в белорусской историко-правовой науке принято считать весь XV в. периодом формирования общегосударственного сейма ВКЛ [3, с. 375-376].

Свое мнение исследователь высказывает и насчет генезиса состава рады. Первоначально это были князья, затем бояры, намесники, урядники, а с крещением Литвы – бискупы. В ряде могли заседать бояре, или паны, не занимающие должности, но выполняющие отдельные поручения монарха [2, с. 118, 119, 121-123].

Через восемь лет автор издал вторую часть работы, которая оказалась более фундаментальной с приложениями и примечаниями. Заслуживает внимания в ней деление истории панской рады на два периода: до 1492 г. – период образования рады и после 1492 г. – период ее господства [4, с. I, III]. Ф.И. Леонтович, который издал работу о раде великих князей Литовских в 1907 и в 1910 гг. считал иначе. По его мнению, паны-рада и сеймы при Казимире и последующих господарей «не пользовались вообще самостоятельным положением в управлении государственными делами. Как до Казимира, так и позже, сессии панов радных имели лишь значение совещательных учреждений». Значение самостоятельных органов государственной власти они приобретают не раньше Люблинской унии, когда они вошли в состав каронной рады и коронных сеймов [5, с. 311-312]. Анализ реального политико-правового положения ВКЛ после 1492 г. свидетельствует, что точка зрения И.А. Малиновского является верной, так как великий князь без рады не имел права ничего предпринять в государственном управлении, хотя первая подпись была за ним. Его положение напоминает нынешнее положение королевы Великобритании и президента ФРГ.

Говоря о составе рады, он показывает постепенное увеличение роли и значимости в ней православной аристократии. И как пример приводит участие в раде в 50-х гг. XVI в.

Г.А. Ходкевича, В. Тишковича, К.К. Острожского, хотя среди «преднейших» рад православных не было до конца 50-х гг. И тут же уточняет, что в ней заседали православные только «светского стану», но не представители православной церкви [4, с. 60, 61].

Особого внимания заслуживает его четвертая глава книги, в которой рассматривает эффективность деятельности паны-рады ВКЛ. Правомерно и актуально сегодня его заключение об исполнительной власти государства, так как «все нити государственного управления находились в руках панов-рад, а потому положительные и отрицательные стороны литовско-русского строя, светлые и темные стороны литовско-русской истории должны быть поставлены на счет им прежде всего» [4, с. 336]. А этот счет оказался не радостным, так как к концу XVIII в. ВКЛ прекратило свое политическое существование.

В отличие от других своих современников И. А. Малиновский видит причины такого положения в неудовлетворительной постановке военного дела, отсутствии авторитета у власти, ее слабости, которая порождала самоуправство в центре и на местах. Идея законности торжествовала в Княжестве, но в действительности – поругательство этой идеи. «Аристократия охраняет законность, когда это ей выгодно, – пишет он. – Она ревниво блюдет, чтобы в точности были исполняемы законы, санкціонуемые ея привилегированное положение, и грубо нарушает законы, санкціонуемые права остального населения». По его мнению, «старина» слишком много дала шляхте, особенно магнатам, власти и прав, так много, что «легко перейти границу между правом и самоуправством, властью и произволом. Границу эту переходили постоянно» [4, с. 339, 352, 365, 380].

В этой работе И. А. Малиновский встает перед нами как крупный исследователь с панорамным видением проблемы, которая актуальна и ныне. Его положения о развитии государственного права мы стараемся донести к студентам.

Список использованных источников:

1. См.: Саракавік, І. А. Станаўленне і развіццё юрыдычнай навукі і адукацыі ў Беларусі / І. А. Саракавік. – Мінск: Выд. «Перасвет», 2013. – 324 с.
2. Малиновскій, І. А. Рада Великаго Княжества Литовскаго в связи с боярской думой древней Россіи. Ч. II. Рада Великаго Княжества Литовскаго. Вып. 1. / І.А. Малиновскій. – Томск: Паровая тип. П.И. Макушина, 1904. – 132 с.
3. Радаман, А. А. Сойм / А. А. Радаман // Энцыклапедыя гісторыі Беларусі: У 6 т. Т. 6. Кн. 1: Пузыны – Усяя / Беларус. Энцыкл.; Рэдкал.: Г.П. Пашкоў (гал. рэд.) [і інш.]. – Мінск: БелЭн, 2001. – 592 с.
4. Малиновскій, І. А. Рада Великаго Княжества Литовскаго в связи с боярской думой древней Россіи. Ч. II. Рада Великаго Княжества Литовскаго. Вып. 2-й. (1492 – 1529) / І. А. Малиновскій. – Томск: Типолитография Сибирск. Т-ва Печатн. Дела, 1912. – 398 с.
5. Леонтович, Ф. И. Рада великих князей литовских / Ф. И. Леонтович // Журнал Министерства народного образования. – 1907. – № 10. – С. 273-331.

Фоминых С. Ф.,

доктор исторических наук, профессор, заведующий кафедрой современной отечественной истории Национального исследовательского Томского государственного университета (г. Томск, Российская Федерация)

Грибовский М. В.,

кандидат исторических наук, доцент кафедры современной отечественной истории Национального исследовательского Томского государственного университета (г. Томск, Российская Федерация)

Некрылов С. А.,

доктор исторических наук, профессор, профессор кафедры современной отечественной истории Национального исследовательского Томского государственного университета (г. Томск, Российская Федерация)

УНИВЕРСИТЕТЫ УКРАИНЫ В СУДЬБАХ ПРОФЕССОРОВ-ЮРИСТОВ ТОМСКОГО УНИВЕРСИТЕТА В ДОРЕВОЛЮЦИОННЫЙ ПЕРИОД

Работа выполнена при поддержке гранта Правительства РФ в рамках проекта «Человек в меняющемся мире. Проблемы идентичности и социальной адаптации в истории и современности», № 14.В25.31.0009.

Историография отечественной высшей школы весьма обширна. Однако при всем разнообразии тем, к которым обращаются исследователи, сохраняются аспекты, находящие недостаточное освещение в трудах исследователей. К числу таких аспектов относится и анализ межуниверситетских связей. Однако, следует заметить, что, с одной стороны, вопросы академической мобильности в качестве одного из аспектов изучаемой проблемы, затрагиваются в работах, посвященных общим вопросам развития дореволюционной высшей школы [1, 2, 3, 4]. С другой стороны, выделяется группа исследователей, специально обращающихся к вопросу научной или образовательной мобильности в дореволюционной России [5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13]. Тем не менее, тема межуниверситетских связей столь многогранна, что обратиться к ней будет еще не одно поколение исследователей.

В 1880-х гг. университетская система Российской империи приросла девятым университетом. Им стал Императорский Томский университет, первый в России вуз в ее азиатской части. Первоначально ядро томской профессуры составили медики. В 1898 г. в университете открылся юридический факультет, и томская профессорская корпорация стала пополняться специалистами-правоведами, в том числе окончившими украинские университеты. Попытаемся реконструировать академические связи Украины и Томска.

По видам профессиональных связей с украинскими университетами можно выделить несколько категорий томских профессоров-юристов:

- профессора, которые **учились** в украинских университетах;
- профессора, которые **работали** в украинских университетах до переезда в Томск;
- профессора, которые **защищали диссертации** в украинских университетах;
- профессора, которые **работали** в украинских университетах и прочих научно-образовательных центрах **после** отъезда из Томска.

К **1-й категории** можно отнести В.Г. Камбурова, Н.Н. Кравченко, М.И. Малиновского, И.В. Михайловского, и с некоторыми оговорками – И.Г. Табашникова и М.А. Рейснера.

В плане укомплектования преподавательскими кадрами Томский университет прошел в конце XIX – начале XX вв. путь большинства молодых высших учебных заведений. В первое время профессорский корпус преимущественно пополнялся за счет выходцев из университетов Европейской России, представителей самых разных научных школ. Большинство из них

оканчивали Московский университет. Вторыми по численности были профессора, окончившие Петербургский университет и Университет Святого Владимира (Киевский университет). Питомцами последнего были профессора И.А. Малиновский (ученик профессора М.Ф. Владимирского-Буданова), В.Г. Камбуров (ученик профессоров Е.Н. Трубецкого и Г.И. Челпанова), И.В. Михайловский (ученик профессоров Л.С. Белогриц-Каменского и Б.Н. Чичерина), М.А. Рейснер (ученик профессора Е.Н. Трубецкого), впрочем, М.А. Рейснер в Киевском университете лишь сдавал экзамен на степень магистра. Будущий профессор кафедры международного права Н.Н. Кравченко окончил Новороссийский университет, а профессор по кафедре римского права И.Г. Табашников державший экзамен в качестве стороннего лица на кандидата юридических наук в Петербургском университете, среднее образование получил в Ришельевском лицее Одессы (до его преобразования в Новороссийский университет), имевшем гораздо более высокий статус, чем обычная гимназия.

Пятеро из шести выше названных профессоров (В.Г. Камбуров, Н.Н. Кравченко, И.А. Малиновский, И.В. Михайловский, И.Г. Табашников) до переезда в Томск работали в украинских университетах. Кроме них, еще двое (С.П. Никонов и В.А. Уляницкий), окончившие неукраинские вузы, некоторое время в них преподавали. Вместе эти семь профессоров составляют **2-ю категорию**.

Все пять выпускников Киевского и Новороссийского университетов начали профессиональную деятельность в своих *alma mater*. Кроме того, всех их, за исключением И.Г. Табашникова, роднит возраст и служебное положение: 30-летние, они числились приват-доцентами своих университетов. Заметим, что, вероятно, поиск штатной профессуры, получить которую в родных университетах им было довольно сложно, и повлек молодых ученых-юристов в сибирский университет.

Исключением из этой группы выступает И.Г. Табашников, который перед тем как в 54-летнем возрасте покинуть Одессу, чтобы возглавить юридический факультет сибирского университета, более 10 лет служил экстраординарным профессором по кафедре римского права Новороссийского университета [14, с. 248].

Что касается В.А. Уляницкого и С.П. Никонова, то первый из них уже в достаточно зрелом возрасте, в 45 лет (до этого служил в архиве Министерства иностранных дел) стал сначала приват-доцентом, а затем профессором Харьковского университета. В 53 года В.А. Уляницкий становится ординарным профессором по кафедре международного права Томского университета [14, с. 262].

С.Н. Никонов (1868-1928), скорее, принадлежал к поколению выше названных 5 профессоров. Он, выпускник Казанского университета, с 1903 г. состоял исправляющим должность экстраординарного профессора по кафедре римского права Харьковского университета, с 1909 г. – ординарным профессором Новороссийского, а с 1912 г. – Петербургского университета. В начале осени 1917 г. его избрали профессором кафедры торгового права Томского университета [14, с. 178-179].

Остановимся подробнее на характеристике деятельности в Томске профессоров, имевших профессиональные связи с Украиной.

Приезжавшие в Томск в качестве приват-доцентов или профессоров уроженцы Украины и выпускники украинских вузов могли встретить здесь среди студентов юридического и медицинского факультетов своих земляков, выпускников украинских гимназий и духовных семинарий. Например, среди студентов юридического факультета первого набора (1898 г.) были выпускники духовных семинарий Черниговской (7 человек), Киевской, Екатеринославской (по 2 человека), Харьковской, Таврической, Волынской (по 1 человеку) губерний [15, с. 15-16]. Студентами юридического факультета в 1899/1900 гг. были выпускники Черниговской семинарии Иван Базилевич, Николай Доброленский, Николай Пиневич, Василий Покровский, выпускник Киевской 2-ой гимназии Иван Войнарский, выпускник Одесской 3-й гимназии Исаак Фурман и др. [16, с. 130, 136, 140, 160, 162, 174].

С некоторыми из студентов – возможно на почве общей малой родины – у профессоров складывались доверительные отношения. Так, И.А. Малиновский вспоминал: «В.Г. Болдовский и Е.Арс. Павловский – студенты-медики, украинцы, познакомились с нами, потому что я украинец по происхождению, а Маруся [Мария Александровна, супруга И.А. Малиновского – авт.] – дочь известного украинофила А.Я. Конисского. П.В. Бычковский был библиотекарем юридического кабинета, мой земляк, украинец Волынской губернии; женился студентом. Маруся была посажанной матерью. И.И. Кузнецов – украинец и кадет» [17, л. 56]. Согласно церковной метрической книге, сам профессор И.А. Малиновский выступил поручителем (свидетелем) со стороны жениха на бракосочетании студента П.В. Бычковского и дочери коллежского асессора М.В. Иваницкой [18, л. 10 об. – 11].

Упомянутый в воспоминаниях И.А. Малиновского П.В. Бычковский сам оставил воспоминания об учителе: «Я стал студентом только что открытого юридического ф[акультета] в Томске и познакомился с И.А. [Малиновским – авт.], моим земляком, как с ученым профессором, а дома у него, как с человеком» [19, л. 1]. Учителя и ученика и после окончания последним университета связывали многолетние приятельские отношения.

Некоторые из профессоров принимали активное участие в работе Сибирского кружка томских студентов, организованного в 1908 г. при Томском университете. Кружок, членами которого были главным образом студенты юридического факультета, ставил своей задачей всестороннее изучение жизни Сибири. Помощь студентам оказывали профессора М.Н. Соболев, М.И. Боголепов. После некоторого перерыва, связанного с отъездом в 1912 г. из Томска названных профессоров, этот кружок возобновил свою деятельность под руководством профессора С.И. Солнцева [20, л. 13].

В 1909 г. по инициативе профессора М.Н. Соболева был организован научный студенческий кружок по политэкономии, на заседаниях которого студенты выступали с рефератами работ различных авторов, а затем проходило их обсуждение. Студенты также знакомились с различными теоретическими направлениями в этой науке [21, с. 45].

Работая в самом отделенном университете России, ученые зачастую тратили свое отпускное время, чтобы с пользой поработать в архивах и библиотеках Европейской России. Так, профессор И.А. Малиновский, отправившись в 1900 г. в отпуск с семьей на родину в Киев, сумел поработать в архивах Москвы и Киева, где собирал материал для магистерской диссертации, посвященной истории Рады Великого княжества Литовского. Около трех недель он изучал материалы по истории русско-литовского права, имевшиеся в Центральном архиве Киева [22, пагин. 9-я, с. 77].

В августе 1902 г. И.А. Малиновский принял участие в работе археологического съезда, проходившего в Харькове [23, пагин. 8-я, с. 94]. Интерес И.А. Малиновского к работе этого съезда был не случайным. Во-первых, потому, что на заседаниях археографического и общественных и юридических древностей отделов обсуждались вопросы, имевшие непосредственное отношение к возглавляемой им кафедре истории русского права. Во-вторых, в археографическом отделе рассматривались вопросы, относящиеся к состоянию архивного дела в России – об архивных комиссиях, устройстве архивов, хранении архивного материала и т.д. Участие И.А. Малиновского в работе этого съезда было весьма актуально, так как в Томске в то время «среди любителей местной истории был возбужден уже вопрос об открытии ученой архивной комиссии и губернского исторического архива» [24, пагин. 8-я, с. 26].

В 1901 г. в Императорском Томском университете возникло Юридическое общество, которое предприняло издание своих «Трудов». Правда, вышло всего два выпуска. Любопытно то, что первый выпуск (1906 г.), в связи с отсутствием средств у общества, был напечатан в Харькове. Второй выпуск вышел в Томске (1911) под названием «Реформа местного суда в Сибири», где были помещены протоколы заседаний судебной комиссии, посвященные этому вопросу.

Представители рассматриваемой группы профессоров работали в Томском университете разное количество лет. Дольше 10 лет университету отдали И.В. Михайловский – 16, И.А. Базанов – 14, И.А. Малиновский, М.Н. Соболев – по 13 лет. От 5–10 лет в Томске работали В.А. Уляницкий – 10, И.Г. Табашников – 8, С.Г. Сабинин – 7, М.И. Боголепов, Н.Н. Кравченко, М.А. Рейснер – по 5 лет. Менее 5 лет в сибирском университете провели П.М. Богаевский, П.И. Лященко, С.И. Солнцев – по 4 года, В.Г. Камбуров, С.П. Никонов – по 3 года.

В.А. Уляницкий был в числе 8 человек, получивших в Томском университете звание заслуженных профессоров [2, с. 163].

3-ю категорию составляют профессора (И.А. Базанов, М.И. Боголепов, П.И. Лященко, И.А. Малиновский, С.П. Никонов), защитившие диссертации в украинских университетах. Только один из них процедуру защиты прошел до начала службы в Сибири (С.П. Никонов, докторская). Профессор И.Г. Табашников до приезда в Томск в 1892 г. предпринял попытку защитить в Харьковском университете в качестве докторской диссертации монографию «Прошлое веся: историко-юридическое исследование» (Одесса, 1891), но получил отказ от совета [14, с. 249]. Другие защищали диссертации во время службы в Томском университете (И.А. Базанов, докторская; М.И. Боголепов, магистерская; П.И. Лященко, докторская; И.А. Малиновский, магистерская) или после (И.А. Малиновский, докторская). Местом защиты выступали либо Харьковский (М.И. Боголепов, П.И. Лященко, С.П. Никонов), либо Киевский (И.А. Базанов, И.А. Малиновский) университеты.

Архивные дела, хранящиеся в Государственном архиве Томской области, проливают свет на некоторые обстоятельства, связанные с защитой диссертаций тех профессоров, которым предстояла дальняя поездка из Сибири на Украину для участия в диспуте¹. Время защиты, как правило, выпадало на учебный год, что добавляло известные сложности.

Так, в июле 1909 г. приват-доцент М.И. Боголепов, готовившийся к защите магистерской диссертации в Харьковском университете, обратился к ректору Томского университета с прошением об отпуске, в котором в частности писал: «Первоначально диспут предполагался в декабре 1909 года. Но выпуск книги [монография «Государственный долг: К теории государственного кредита. (Типологический очерк)» защищался в качестве диссертации – авт.] несколько замедлился, вследствие этого диспут пришлось перенести на весенний семестр 1909–1910 уч. г. По имеющимся у меня сведениям, юридический факультет Харьковского университета считает возможным назначить диспут в самом начале весеннего семестра. Поэтому я почтительно прошу Ваше Превосходительство направить в надлежащем порядке мое ходатайство о предоставлении мне возможности прибыть в Харьков ко дню диспута. Так как диспут может быть только в учебное время и так как на мне лежат обязанности по преподаванию в местном университете финансового права, то я прошу дать мне отпуск сроком от 15 января 1910 года до 3-го февраля того же года» [25, л. 73]. М.И. Боголепов предполагал, что для поездки в Харьков на диспут и возвращение в Томск ему потребуется не менее трех недель [25, л. 75]. Отпуск был предоставлен, но в указанные сроки М.И. Боголепов им не воспользо-

¹ При анализе особенностей академической мобильности нужно учитывать феномен расстояния и средств сообщения между университетскими городами Украины и Томском на рубеже XIX–XX вв. Расстояние (напрямую) от Томска до Киева составляет около 3600 км, до Харькова – более 3250 км, до Одессы – более 3800 км. 1896 г. было открыто сквозное движение на линии Сызрань – Уфа – Челябинск – Курган – Петропавловск – Омск – Ново-Николаевск (ныне Новосибирск) протяженностью 2500 километров. Движение же поездов по ветке, связавшей Томск с Сибирской железной дорогой, началось лишь спустя 2 года (1898 г.). Представление о способе транспортировки из Киева в Томск в 1898 г. дают воспоминания Малиновского. «Выехали... в двадцатых числах октября... В Москву приехали под вечер... Пробыли в Москве два дня: приехали в четверг вечером, а в субботу вечером (один раз в неделю) уходил сибирский экспресс. На следующий день утром я отправился на вокзал и взял два билета 2 класса до Томска... В Тайгу приехали поздно, кажется, в 2 ч. ночи. Просидели несколько часов в буфете в ожидании поезда на Томск... В Томске были 4 ноября» [17, л. 48]. После полноценного ввода в эксплуатацию Транссибирской магистрали в конце 1901 г. добраться из Европейской части России в Томск стало проще.

вался из-за очередного переноса защиты, которая состоялась только 4 апреля 1910 г. Защита диссертации, как известно, открывала путь к профессорской должности. Уже 13 августа 1910 г. М.И. Боголепов был назначен исправляющим должность экстраординарного профессора по кафедре финансового права Томского университета [25, л. 93].

В личном деле П.И. Лященко хранится его прошение о предоставлении отпуска с 20 ноября по 18 декабря 1914 г. для поездки в Харьков для защиты диссертации «Крестьянское дело и пореформенная землеустроительная политика» [26, л. 25].

И.А. Малиновский, один из немногих профессоров Томского университета, оставивших воспоминания, к сожалению, довольно скупо осветил сюжет, связанный с защитой магистерской диссертации: «Летом 1903 г. я закончил свою магистерскую диссертацию; осенью печатал, а в январе уехал в Киев защищать ее; диспут происходил в первых числах февраля. Осенью назначен исполняющим должность ординарного профессора» [17, л. 63].

4-ю категорию составляют профессора, которые работали в украинских университетах и других научно-образовательных центрах Украины после отъезда из Томска. В их числе: И.А. Базанов, П.М. Богаевский, П.И. Лященко, И.А. Малиновский, С.Г. Сабинин, М.Н. Соболев, С.И. Солнцев.

Мотивы оставления ими Томска были различны. Как правило, профессора покидали сибирский город ради кафедр в университетах Европейской части России.

М.Н. Соболев, С.И. Солнцев и П.М. Богаевский заняли кафедры в украинских университетах, непосредственно после отъезда из Томска. Первый из них стал в 1912 г. ординарным профессором по кафедре финансового права Харьковского университета. Вторым – исправляющим должность ординарного профессора по кафедре политической экономии и статистики Новороссийского университета [27, л. 36]. П.М. Богаевский – исправляющим должность экстраординарного профессора по кафедре международного права Киевского университета.

С.Г. Сабинин, П.И. Лященко и И.А. Малиновский после Томска попали на Украину, проработав предварительно в университетах других регионов, причем последние два – уже только в советское время [14, л. 158, 164, 220-221].

Особняком в карьерном отношении стоит фигура бывшего ректора Томского университета И.А. Базанова, который, покинув Томск в 1913 г., сначала работал профессором Петербургского университета, в 1914 г. стал попечителем Казанского, а в 1915 г. – Киевского учебного округа [14, л. 33].

Прерывание службы в Томском университете не всегда было добровольным. Так, по политическим мотивам был отстранен профессор И.А. Малиновский. К числу «политически неблагонадежных» относился и профессор М.Н. Соболев. В связи с его избранием на кафедру в Харькове начальник Харьковского губернского жандармского управления генерал-майор Н.А. Рыковский обратился 18 мая 1912 г. с официальным запросом к начальнику Томского губернского жандармского управления: «В виду избрания юридическим факультетом Харьковского университета на вакантную кафедру финансового права профессора Томского университета доктора политической экономии М.Н. Соболева прошу Ваше Высокоблагородие сообщить мне сведения, как о его политическом направлении, так и другие, могущие быть в Вашем распоряжении» [28, л. 9].

31 мая 1912 г. начальник Томского губернского жандармского управления сообщил в Харьков: «Профессор Томского Императорского университета Михаил Николаевич Соболев по убеждениям левый «Ка-де»; принимал деятельное участие в предвыборных агитациях в Государственную Думу; его адреса неоднократно находились у лиц неблагонадежных в политическом отношении и нелегальных; состоял членом бывшего в г. Томске при университете нелегального «Академического союза»; в 1911 году замечался в сношениях с лицами политически неблагонадежными и, кроме того, в том же году состоял действительным членом редакционного комитета газеты «Сибирская жизнь», издающейся в г. Томске, пропустившим к

печатанию противоправительственного характера статью по поводу смерти покойного Председателя Совета Министров, Статс-Секретаря Столыпина» [28, л. 11-11 об.].

Впрочем, настораживающая характеристика не стала препятствием для занятия М.Н. Соболевым профессорской кафедры в Харьковском университете, где он проработал до отъезда в Москву во второй половине 1920-х гг.

Подведем итоги.

15 профессоров в течение профессиональной жизни были связаны с украинскими научно-образовательными центрами. При этом большая половина (8 человек) имела более одной из четырех выделяемых в статье категорий связей. Самым большим «украинцем» выглядит И.А. Малиновский, который родился в Волынской губернии, окончил университет в Киеве, стал приват-доцентом этого университета; затем, уже работая в Томске, защитил в Киеве магистерскую диссертацию, после вынужденного оставления Томска в Харьковском университете защитил докторскую диссертацию, а в конце жизни стал академиком Всеукраинской академии наук, переехал в Киев, где и скончался.

Любопытно, что выделяемые нами четыре категории академических связей относительно равномерно представлены на жизненном пути томских профессоров-юристов: шестеро из них получили образование на Украине¹; семеро человек работали в Киевском, Новороссийском или Харьковском университетах до переезда в Томск; пятеро защищали в названных университетах диссертации; семь бывших профессоров юридического факультета Томского университета, покинув сибирский город, работали в украинской научно-образовательной сфере (см. Табл. 1).

Табл. 1

Фамилия И.О.	Учились в украинских учебных заведениях	Работали в украинских университетах до Томска	Защищали диссертации в украинских университетах	Работали в украинских университетах после Томска
Базанов И.А.			+	+
Богаевский П.М.				+
Боголепов М.И.			+	
Камбуrow В.Г.	+	+		
Кравченко Н.Н.	+	+		
Лященко П.И.			+	+
Малиновский И.А.	+	+	+	+
Михайловский И.В.	+	+		
Никонов С.П.		+	+	
Рейснер М.А.	+			
Сабинин С.Г.				+
Соболев М.Н.				+
Солнцев С.И.				+
Табашников И.Г.	+	+		
Уляницкий В.А.		+		
количество	6	7	5	7

Прим.: И.А. Базанов служил попечителем Киевского учебного округа.

Научно-образовательные связи Томска и Украины не прервались и в советское время. Так, выпускник (1959) юридического института Томского университета Н.В. Витрук, который в

¹ Кроме названных профессоров на юридическом факультете приват-доцентом в 1909-1911 гг. состоял выпускник Харьковского университета М.П. Бобин [29, с. 39-40].

1960-х гг. работал ассистентом, старшим преподавателем, доцентом Киевского университета, защитил в совете этого университета кандидатскую диссертацию, впоследствии стал судьей Конституционного суда Российской Федерации и по совместительству работал профессором юридического факультета Томского университета [30, л. 150–151]. Нынешний декан юридического института Томского университета В.А. Уткин в 1990 г. в совете Харьковского юридического института защитил докторскую диссертацию [31, с. 308].

В новейшее время в контексте «болонского процесса» все чаще поднимается тема академической мобильности вузовских преподавателей, правда под ней, скорее, понимаются стажировки, имеющие цель повышение квалификации сотрудников, и командировки для чтения курсов лекций в другом вузе. Во всяком случае, следует признать, что мобильность квалифицированных кадров в вузовской системе является механизмом, позволяющим предупредить застойные явления, обеспечить обмен идеями, придать необходимую динамику развития высшей школы. В этом отношении дореволюционный опыт академической мобильности профессоров-юристов может оказаться весьма полезным.

Список использованных источников:

1. Иванов А. Е. Высшая школа России в конце XIX – начале XX в. / А. Е. Иванов. – М., 1991.
2. Некрылов С. А. Томский университет – первый научный центр в азиатской части России (середина 1870-х гг. – 1919 г.). – Т. 1. / С. А. Некрылов. – Томск, 2010.
3. Ревушкин А. С., Ляхович Е. С. Университеты в истории и культуре дореволюционной России / А. С. Ревушкин, Е. С. Ляхович. – Томск, 1998.
4. Университет и город в России (начало XX в.) / под. ред. Т. Маурер и А. Дмитриева. – М., 2009.
5. Гутнов Д. А. Русская высшая школа по общественным наукам в Париже / Д. А. Гутнов. – М., 2003.
6. Любина Г. И. Россия и Франция. История научного сотрудничества / Г. И. Любина. – М., 1996.
7. Свешников А. В. Правительственная политика в сфере зарубежных командировок русских ученых второй половины XIX – начала XX века / А. В. Свешников // Расписание перемен: Очерки образовательной и научной политики в императорской России и СССР в 1890-1940 гг. – М., 2012.
8. Лоскутова М. В. Преподаватели физико-математических факультетов университетов Российской империи, их географическая мобильность и типология карьеры, вторая половина XIX – начало XX вв. / М. В. Лоскутова // Университетские концепции в Европе и России в XVIII – начале XX вв. СПб, 2007.
9. Rasmussen A. Les Congrès Scientifiques internationaux avant 1914 / A. Rasmussen // Relations internationales, 62 (1990).
10. Rasmussen A. A la recherche d'une langue internationale de la science (1880–1914) / A. Rasmussen // R. Chartier, P. Corsi (eds.) Sciences et langues en Europe. Paris, 1996.
11. Некрылов С. А. Международные контакты ученых Томского университета в дореволюционный период / С. А. Некрылов // Вестник Томского государственного педагогического университета. Гуманитарные науки (История). – 2000. – № 4. – С. 67-70.
12. Некрылов С. А. Российские и международные научно-образовательные контакты профессоров и преподавателей как одна из форм организации научной работы и повышения преподавательской и научной квалификации (на примере Императорского Томского университета) / С. А. Некрылов // Профессорско-преподавательский корпус российских университетов. 1884-1917 гг.: Исследования и документы. – Томск, 2012. – С. 93-104.
13. Gribivskiy M. V. The role of German scientific-educational centers in academic mobility of university teachers in Russia at the end of the 19th – beginning of the 20th century / M. V. Gribivskiy

// Proceedings of international scientific and historical conference named after academician L. Blumentrost. – № 1. – Berlin, 2013. – P. 72-79.

14. Профессора Томского университета: биографический словарь. Вып. 1. 1888-1917 / отв. ред. С. Ф. Фоминых. – Томск, 1996.

15. Отчет о состоянии Императорского Томского университета (ИТУ) за 1898 год. – Томск, 1899.

16. Список студентов и посторонних слушателей Императорского Томского университета за 1899-1900 акад. год. – [Томск, 1899].

17. Архив музея ТГУ. Фонд И. А. Малиновского. Воспоминания И. А. Малиновского.

18. Государственный архив Томской области (ГАТО). Ф. 527. Оп. 1. Д. 867.

19. Архив музея ТГУ. Фонд И. А. Малиновского. Памяти учителя. [Воспоминания П. В. Бычковского о И. А. Малиновском].

20. ГАТО. Ф. 102. Оп. 1. Д. 716.

21. Отчет о состоянии ИТУ за 1909 год. – Томск, 1910.

22. Журнал заседаний совета (ЖЗС) ИТУ. 21 сентября 1900 года // Известия ИТУ. – 1902. – Кн. 22.

23. ЖЗС ИТУ. 8 мая 1902 г. // Известия ИТУ. – 1909. – Кн. 33.

24. ЖЗС ИТУ. 5 февраля 1902 года // Известия ИТУ. – 1902. – Кн. 33.

25. ГАТО. Ф. 102. Оп. 9. Д. 85.

26. ГАТО. Ф. 102. Оп. 9. Д. 322.

27. ГАТО. Ф. 102. Оп. 9. Д. 501.

28. Центральный государственный исторический архив Украины (ЦГИАУ). Ф. 705. Оп. 1. Д. 895.

29. Краткий исторический очерк Томского университета за первые 25 лет его существования (1888-1913 гг.). – Томск, 1917.

30. Профессора Томского университета: Биографический словарь (1980–2003) / С. Ф. Фоминых, С. А. Некрылов, К. В. Петров и др. – Томск, 2003. – Т. 4, ч. 1.

31. Профессора Томского университета: Биографический словарь (1980–2003) / С. Ф. Фоминых, С. А. Некрылов, К. В. Петров и др. – Томск, 2003. – Т. 4, ч. 2.

Шульга М. В.,

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри земельного та аграрного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ТВОРЧОЇ СПАДЩИНИ І. О. МАЛИНОВСЬКОГО

Творча спадщина видатного науковця, громадського, просвітницького та політичного діяча Росії та СРСР І. О. Малиновського багата і різнобічна.

Серед наукових здобутків цього правника – випускника юридичного факультету Київського Імператорського університету Св. Володимира важливе місце займає його студентська наукова робота (1892 р.). Ця робота була удостоєна золотої медалі університету і у вигляді монографії за рішенням вченої ради в 1894 р. опублікована в університетському віснику. В тому ж році монографія вийшла окремим виданням і отримала схвальні відгуки спеціалістів та юридичної громадськості.

В 2012 р. монографія «Учение о преступлении по Литовскому Статуту» опублікована за редакцією В. О. Попелюшка. Вона являє собою частину студентської наукової роботи «Уголовное право Литовского Статута в связи с развитием русского уголовного права вообще».

Малиновський І. О. в своїй роботі на основі наукового аналізу Литовських Статутів як самобутніх пам'яток західноруського права часів Великого Князівства Литовського дослідив казуїстичну побудову кримінального права в Литовських статутах та запропонував його у вигляді стрункої системи, яка включає Загальну та Особливу частину.

Безперечно творче надбання автора зацікавить перш за все представників сучасної історико-правової та кримінально-правової науки. Разом з тим окремі аспекти роботи викликають інтерес і у представників інших галузевих правових наук. Так, досить цікавою і аргументованою видається позиція автора щодо посягань на земельні ділянки тобто об'єкти нерухомого майна. Слушно визначаючи земельні ділянки, які в момент вчинення злочину перебували в чужому володінні, в якості безпосереднього об'єкта таких посягань, автор сутність цього злочину вбачає в заволодінні земельною ділянкою, в самовільному здійсненні прав, що належать тільки господарю ділянки, або в заподіянні шкоди об'єкту нерухомого майна (земельній ділянці). Отже в даному випадку йдеться про кримінально-правову охорону права власності на земельні ділянки.

Серед порушень даного права автор розрізняє самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне її використання, а також заподіяння шкоди самому об'єкту даного права – земельній ділянці, наприклад, в результаті псування, забруднення та ін. Дійсно, в першому випадку мають місце порушення суб'єктивних прав власника земельної ділянки (права володіння, права користування чи права розпорядження); у другому – заподіяння шкоди самому об'єкту права.

Викладений підхід в подальшому був сприйнятий за радянських часів представником еколого-правової науки Ю. О. Вовком, який досліджував проблеми охорони права державної власності на природні ресурси. Він, зокрема, зазначав, що порушення права радянської держави щодо розпорядження приналежними їй природними об'єктами (в тому числі землею) може виражатися не тільки в укладенні незаконних угод із природними ресурсами, а і в самовільному їх використанні, самовільному зайнятті та деяких інших правопорушеннях.

Автор підкреслював, що у складі найбільш розповсюджених порушень суб'єктивних прав власника природних ресурсів – радянської держави – значну питому вагу займають їх самовільне зайняття та самовільне використання. Особливість даних правопорушень, на думку автора, полягає в тому, що вони завжди являють собою порушення права розпорядження тим чи

іншим об'єктом природи. Практично неможливо порушити, наприклад, право володіння власника земельної ділянки без порушення права розпорядження нею. У тих же випадках, коли сам власник безпосередньо не здійснює право користування землею (наприклад, держава як суб'єкт права державної власності на землю), воно не може порушуватися. Право користування землею як правомочність власника може незаконно привласнюватися, але в цьому випадку слід говорити про порушення права розпорядження землею.

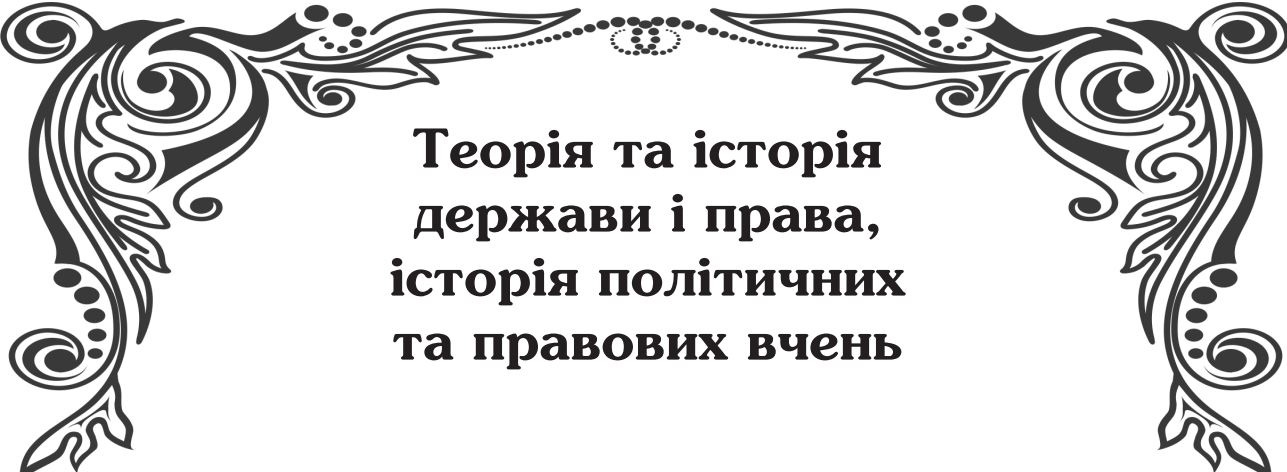
Самовільне зайняття земельної ділянки за радянських часів завжди визнавалось земельним правопорушенням, скоєння якого відповідно до земельного законодавства тягло за собою несприятливі наслідки у вигляді відповідальності.

Проблема кримінально-правової охорони земель в цей період має свою історію. Так, Кримінальний кодекс УРСР (ст. 199) передбачав кримінальну відповідальність за самовільний захват землі. В подальшому це діяння було декриміналізовано і за його вчинення була встановлена адміністративна відповідальність. Чинний Кримінальний кодекс України (ст. 197-1) передбачає кримінальну відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки.

Цікавим видається підхід законодавця до визначення поняття цього правопорушення. Так, Закон України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» (ст. 1) самовільним зайняттям земельних ділянок вважав будь-які дії особи, які свідчили про фактичне використання не наданої їй земельної ділянки чи намір використовувати земельну ділянку до встановлення її меж у натурі (на місцевості), до одержання документа, що посвідчує право на неї, та до його державної реєстрації.

Відповідно до Закону України від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за порушення вимог земельного законодавства» самовільне зайняття земельної ділянки визначається як будь-які дії особи, які свідчать про фактичне використання земельної ділянки за відсутності відповідного рішення органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування про її передачу у власність або надання у користування (оренду) або за відсутності вчиненого правочину щодо такої земельної ділянки, за винятком дій, які відповідно до закону є правомірними.

Отже фактично в основу сучасної земельно-правової доктрини покладені положення, які знайшли своє відображення у творчих наробках І. О. Малиновського.

A decorative flourish consisting of symmetrical, ornate scrollwork and floral patterns in black and white, framing the text.

**Теорія та історія
держави і права,
історія політичних
та правових вчень**

**Теория и история государства и права,
история политических
и правовых учений**

A decorative flourish consisting of symmetrical, ornate scrollwork and floral patterns in black and white, framing the text.

**Theory and history of law,
history of political
and legal doctrines**

Dragan M. Mitrović,

PhD, Professor, Faculty of Law, University of Belgrade (Serbia)

THE IDEALISTIC CONCEPT OF THE LAW¹

Abstract: It is very difficult to determine the law precisely. It especially applies to the idealistic theories of the law. They can be classified into naturally-legal, aprioristical-phenomenological, existentialistic, culturalist theories or in some other way. Under them can also, for a special occasion, be classified few of the contemporary multidisciplinary theories.

Despite their numerousness, not a single idealistic theory can provide either a reliable or a definitive answer to the question of what the law is. For this reason the differentiation should be made between the idealistic and the idealised and the ideal concept of the law. The problem is in that the idealistic concept of the law is inoperative, the idealised concept of the law is not correct, while the ideal concept of the law is out of human's reach. One may ask oneself how it is possible at all to determine the law idealistically.

The answer to that question can be found by linking it with justice or some other value, as well as by using the teaching of the three worlds of the law through which it is possible to surpass dualism of the natural law and the positive law. The most difficult is to explain how the values of the natural law flow into the positive law. However, it is also attainable through the operative use of one or a number of naturally-legal values in the form of the legal policies or the decisive measurements which can be used for the choice of the legal principles through which the natural law flows into the positive law and becomes its part. For example, justice flows into the positive law through fairness, security through certainty, etc.

One thing is for certain: both the realistically determined law and the idealistically determined law always exist for the people, and not the people for the law. It also applies to the natural law which becomes operational whenever it flows into the positive law.

Key words: *The concept of the law. – Three worlds of the law. – Dualism of the natural and positive law. –Flowing of justice through fairness into the positive law.*

1. Introduction

The law is an extremely complex phenomenon which is very difficult to determine precisely. This is confirmed by the expressions used to refer to it: Greek *δίκη* and *δίκησιν* (in the sense of justice and the law in general) or Latin *directum* (in the sense of an idea of space: «flat» or the manner of acting: «correct») and *ius* (from the Sanskrit word *yoh*, in the sense of the law in general, fairness or justice, the power and authority stemming from the law, but also in the sense of the rights of the Roman citizens or the civil law, as *ius civile*). In addition to these two main expressions, for signifying the law in its narrower and more precise meaning – the positive legal source, the expressions *νόμος* (in the sense of the law, decree, provision, custom), *lex* (in the sense of the law, the law bill, the law provision, regulation, rules), or *mores* and *consuetudo* (in the sense of the commonality of the law) [1].

Through the mentioned linguistic terms are partially intersected the main meanings of the law: its idealistic and realistic meanings, as well as their numerous derived meanings. However, it is clear that some of the mentioned linguistic meanings unambiguously refer to the idealistic concept of the law. Their use shows that behind the derived linguistic problems there exists the essential problem of cognition, determination and definition of the law, which cannot be wholly solved through the realistic theories and teachings. That problem stems from the crucial multiple meaning of the law as the legal theory in its total scope, which has at its disposal its ideal (beyond experience) and realistic (based on experience) side and meaning. Because of that, it is conventionally said that the law has its *naturally-legal meaning*, which is one of its main meanings. This is a tribute to tradition according to which the law, in the sense of *ius*, is seen from the point of view of its value as social ideals (for instance, justice /*iustitia*/, fairness /*aequitas*, *iustus*/, etc.), where the philosophy of the law, theory and science get in touch with political and moral philosophy [2]. It is no wonder, then, that to this ultimate question, forever drawing on human curiosity, to the question of what the law is, a number of very different answers have been given and that different approaches and different schools of thought with almost innumerable finely

¹ This paper was published in «The Journal on Legal and Economic Issues of Central Europe», London, Vol. 4, 2013, No. 1, pp. 2-14 (ISSN 2043-085x). Reprint by author's consent.

drawn points of view and different definitions of the law have been formed. Yet, that diversity, which captivates, has not offered either a unique or a definitive answer to the question of what the law is [3]. However, if the law is difficult to determine and explain so as to fit one's desire, this still does not mean that it cannot be determined at all and that it is impossible to come by ever better definitions of the law that will appear ever so closer to its ideal, total and final definition.

2. The idealistic concept of the law in legal theory and doctrine

Idealistic theories of law are very old. They can be classified into naturally-legal, aprioristical-phenomenological, existentialistic, formal and culturalistical theories of the law depending on whether they explain the law exclusively or mostly as an idealistic phenomenon.

Naturally-legal theories of the law see in the law a «higher», «true» law that serves to realise the common good and justice in a political community, as well as ethical development and the betterment of man. They all share a common belief that the law represents a double (dual) normative system consisting of the system of natural law and the system of positive law. The natural law is not created by the will of the people; it is rather objectively given and based in human nature. It is eternal, as it is valid for all times, or universal, as it is valid for all the peoples (or for all the members of a people), as it consists of perfect and absolutely just rules [4]. It is superior to the system of positive law that is positioned, transient and particular, as it is not composed of perfect and absolutely just rules.

Naturally, legal theory has existed and developed ever since antique beginnings to this day. The oldest are *antique naturally-legal theories*. They comprise the period from the mythical traditions of ancient Greeks to Justinian's *Corpus iuris civilis* [5]. Following them is the *ecclesiastically natural-legal teaching* (with the Roman Catholic version: Aurelius Avgustinus and Thomasius Aquitanus [6], and the protestant version: Martin Luther and Jean Calvin) [7]. In the late Middle Ages a turnaround occurred owing to the *rationalistic naturally-legal theories* of the liberal or conservative direction (Hugo Grotius, Baruch Benedictus de Spinoza, Samuel von Puffendorf, Christian Thomasius and Christian Wolff). A separate version of the realistic naturally-legal theories represent *natural-legal theories of the Social contract* (Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau). They are succeeded by the theories of *German legal idealism* (Immanuel Kant, Johann Gottlieb Fichte) [8]. And then there comes the calm period. It lasts until the *renaissance of the natural law*, after the «dormant period» in the 19th century. The first to announce that renaissance in the 20th century, in 1910, was the Frenchman Joseph Charmont. Ever since the important common characteristic of the *contemporary naturally-legal theories* has been an emphasis placed on the relation of the form and the content on one side and the essence and goal of the law on the other. Also, in them, one can clearly differentiate between naturally-legal teaching as ideology and naturally-legal teaching as the general theory of the law. Finally, in all of them there exists a stressed, necessary connection of authority, freedom, the right to resist, the duty to obey, etc. with ethics. This has been done either as a repeated interpretation of earlier naturally-legal teachings (Rudolph Stammmler, Ernst Bloch, Michel Villey) [9] or, less often, by creating more or less original naturally-legal teachings (Robert Nozick, Otfried Höffe). The best known is the contract theory of John B. Rawls based on the variant of the social contract, known as the *Justice as Fairness* [10].

When it has to do with the creation of more or less original *contemporary naturally-legal teachings*, the most prominent representatives of this new naturally-legal teachings are Gustav Radbruch with his theory of the law as the embodiment of the idea of justice, as the law represents reality that should serve the idea of the law as value [11]; John M. Finnis with his theory of substantive natural law based on the «requirement of practical reasonableness [12]; Lon L. Fuller with the procedural naturally-legal theory of the *internal morality of the law* that solely makes the law possible [13]; and Ronald Dworkin with his theory of judicial decision according to which justice is determined as the principle relating to the distribution of «goods, opportunities and assets» [14].

Aprioristic-phenomenological and existentialistic legal theories draw the attention to the substantive matter as something obvious in the «phenomenon of the law» and tend, with «intellectual intuition» to reach it (Edmund Husserl, Gerhart Husserl) or, on the other hand, in the law they see the tools in the function of a mere «saving» (Karl Jaspers, Maurice Merleau-Ponty, Martin Heidegger).

The problems of phenomenological processing and the application of the law are also dealt with various *formal theories of the law*: topica, new rhetoric and the legal logic with their numerous variants (theory of argumentation, deontic logic, hermeneutics or discourse ethics) and with the most prominent representatives, from Theodor Viehweg and Chaim Perelman [15] to Aleksander Peczenik and Robert Alexy.

In contrast to formal theories of the law, the *culturalist legal theories* study and determine the law as a first rate cultural phenomenon (Wilhelm Dilthey, Heinrich Rickert, Emil Lask, Gustav Radbruch, Carlos Cossio, and others). What they have in common is the fact that they study the law as a value, especially as the value of justice, and that they try to free the legal science from formalism [16]. At the heart of interest of those theories lies the belief of the value as the essence of cultural phenomena, among which the law represents a first rate cultural phenomenon. Since the law is being determined as «the external regulation of human behaviour for the purpose of establishing the content state of value» (Emil Lask), i.e. as «the concept of culture which is linked with values or as reality, the idea of which is *to serve justice*» [17], it is thus claimed: the concept of the law is the cultural concept (Gustav Radbruch) [18]. The best-known attempt to answer the questions relating to the law as the cultural phenomenon was made by the *egological legal theory* of Carlos Cossio [19]. Under the influence of Cossio, the egologists Antonio Luis Machado Neto and Fernando Garcia Olano y José Manuel Vilanova [20] worked further on.

The naturally-legal theories can also include some of the most recent *multidisciplinary legal theories* [21]. A characteristic attempt has been made by Michael Walzer («liberal communitarian»), who relativises the concept of the natural law almost to the point of its being indiscernible, making it completely dependent on and changeable as to the concrete circumstances and cultural milieu of a society. For example, according to Walzer, «the field of justice is the society in which not one social good serves as a means of domination» [22]. This means that the field of justice is indeed found there where it is insignificant or unreachable. But then, does it have to do anything with justice at all?

A number of important things can be noticed: first, that the «pure» idealistic concept of the law does not exist otherwise but as the virtual content of the conscience of their creators; second, that in the inspired legal theory and doctrine there exist an incredible number of very different answers to the question of what the law is; third, that most of the answers were given by the naturally-legal theories and teachings of the natural law and its relationship with the positive law; fourth, that not only a satisfactory, but also a reliable answer to that ultimate question has not been found as yet; and fifth, that the natural law can be linked with the positive law in a way which brings their dualism to an end. There can exist only a unique, holistically created, concept of the law that has its idealistic side and realistic side, in addition to other numerous aspects that philosophy and theory of law deal with.

From the foregoing follows that the idealistic legal theories, and especially the naturally-legal ones, cannot be ruled out as the incorrect and unuseful, as is usually pointed out (that one can't see the forest for the trees). Their correctness can be argued about, as can the correctness of the realistic theories. Therefore, both these big groups of theories are equally correct, i.e. incorrect, only for different reasons. When it has to do with the correctness of the idealistic theories, it is apparent that they are useful. It is only that their purposiveness regarding a society is not directly perceivable despite the fact that they also show that the law always relates to the people and that it is being brought for the people. The idealistic theories show yet another more important thing: that the law can be freely determined and defined. This reminds one of the divine creativity. Still, such freedom is not arbitrariness as arbitrariness is inconsistent and unreliable. That this is so is confirmed by the development of the law that is nothing but the result of the competition of the many different idealistic and realistic legal theories and beliefs [23].

3. Planes for the idealistic concept of the law to spread over in contrast to the realistic

One of the possible answers to the question of why the idealistic concept of the law is inoperative, the idealised concept of the law is incorrect, and the ideal concept of the law is out of human reach, can be found in the teaching of the world which is spread over the three planes or three holistically created realities: physical, actual and virtual [24]. Since the law is a part of the world, («Of one world»), but is itself also «of one world», that is, the world of the law), within it thus exist three main worlds of the law: «the real one or the natural world», (*the world of physical reality*), «the world of the law» (*the world of legal reality*) and «metalegal world» (*the world of legal metareality*).

All the three worlds spread over like circles connected in such a manner that they cross one another. The central place of the law is in the legal world (metaworld) that acts as a mediator between the physical world and the metalegal world of ideas. This means that the law overcomes the real world, creating a wholly new legal world which surpasses the world of physical reality. This is rendered possible since the legal world relies on yet another, metalegal world of ideas, expressions, theories, problems, critical statements, institutions, etc. [25].

The first, «real world» (*the world of physical reality*) represents the physical world, the world of physical things and forces in the broadest sense of the word. This is the natural world «without the beginning and the end», «as a whole unchangeably big», «surrounded with that ‘nothing’ as if it were its border». [26] It has to do with the original world of all possibilities, but without people and the law. In this dynamic, processionalised physical world at a certain moment of its development there appears a man as «a being gifted with spirit», followed by the law as an integral part of that world (because in the endless time at a particular moment it could be – in fact, it must be! – rendered possible for every combination to be realised). In this physical world, the law exists as something that «is». It is being recognised according to the previously included conditions of the determined physical reality while formulating commands of the law, as well as according to the subsequent consequences resulting from human behaviour pursuant to the proclaimed commands of the law. As this law is realistically created, it represents something «that is» (*de lege lata*) and is realised in the form of human positive law. Such realistically created law is nothing other than the final result of the previously idealistically conceived law that resides within the metalegal world and out of which it acts upon the legal world, and through the legal world upon the world of physical reality. At one moment which slips away from the memory of the mankind, that idealistically conceived law has (out of that metalegal world) «required» to assume, through the world of legal commands, material form in the world of physical reality. This has been achieved through the creation of the realistic concept of the law, and then through its operationalisation and materialisation in the world of physical reality.

The second, «the legal world» (*the world of legal reality*) comprises the world of the thought processes and subjective experiences which, in the normative form, surpass the world of physical reality. This is the actual world where «a being gifted with spirit» resides, the being capable of comprehension, of creation, examination, and application of the law. Out of this world of thought processes and subjective legal experiences the law comes into being purposefully and acts expediently upon the physical reality as a well-thought out combination of desires and possibilities in order to act within that reality. That combination is expressed in the form of purposeful commands, which shows that such physical reality has been previously accepted as the object of human interest. Because of that, the legal world surpasses and overcomes the physical reality with its special legal reality. (The marriage, as factual cohabitation of a man and a woman, does not create the same consequences as the legally contracted marriage, but not consummated).

Inside the legal world there exist two of its subworlds: *the legal world of the rules* (the world of the material rules) and *the legal world of metarules* (the world of procedural rules determining how the material rules are applied). The former is used to organise the content of legal communication while the latter is used to determine the order of the proper application of legal rules and human behavior

following them. About the rules of that legal world almost the same thing says Herbert Hart, a prominent representative of the English analytical jurisprudence. According to him, procedural norms are «sui generis» operative norms by way of which «transactions» are carried out between the subjects of law. (Only, nothing that exists, exists «sui generis».) The mentioned differentiation has served as an inspiration to the contemporary idealistic legal theories to link the idea of the legal world of rules with the material concept of the natural law, and the legal world of the metarules with the procedural concept of the natural law (John Finnis, Lon Fuller).

On the basis of what has been said it is possible to conclude that in the legal world the law exists simultaneously as something «that is» (*de lege lata*) and something «that ought to be» (*de lege ferenda*). The legal world is something «that is» since the meaning can also be regarded as a type of existence. (Other types of the existence of the law are characteristic of the world of physical reality and have been mentioned.) But, in that world, the law is also something «that ought to be», because it has to do with a determined meaning expressed in the form of a purposeful command that ought to be materialised.

In the legal world, apparently, the idealistic side comes upon and intertwines with the realistic side of the law; the natural law comes upon and intertwines with the positive law. Their relationship is thus quite appropriately viewed as dualistic. However, it is possible to link and harmonise those two sides, somewhat similarly to the relationship of the legal world of rules and the legal world of metarules. It only needs to be shown how this occurs. And the answer referring to the legal world is simple: *it is the command of the law that inside itself melds the idealistic with the realistic into one*. It is only the legal command that can simultaneously exist as something «that is» and as something «that ought to be» because the meaning in its actual form is also a kind of being or existence.

The statement that the command of the law is simultaneously a kind of being (and not only of «that ought to be») cannot be corroborated only by arguments of legal philosophy and theory. One needs to look back at the results of other disciplines. A suitable example is the question that David Bohm has asked himself at one time [27]. The question is as follows: *Is meaning being?* To that question Bohm has answered affirmatively. As he says, «we make the distinction between meaning and being in order to express our thoughts. But this distinction does not imply a real difference – it is the way by which we understand an ultimately undivided whole after all. At the stage where meaning and being reflect each other, we can consider them divided. But at a deeper stage, meaning and being have to be viewed as a whole in its essence: meaning becomes being (and *vice versa*). Through this process, meaning and being begin to *reflect* each other» [28]. In this interaction, meaning ceases to exist exclusively as something «that ought to be» (*Sollen* or *de lege ferenda*). It transforms and becomes a part of the reality, something «that is» (*Sein* or *de lege lata*). Moreover, meaning becomes the major quality of reality as the reality is indirectly contained in the meanings and not only the meanings in reality. Finally, «meaning *is* being»(!) [29] It is necessary as all that is known about the reality has to be in some kind of relationship with that what it means to us. And that shows that meaning is always a whole. The essence of the matter is that there is no division, although the meaning need not always be fixed. For example, when a theory is interpreted, then one arrives at its meaning. And theories, as a rule, always have many meanings. It shows that the structure of the meaning is of such kind that finding a definitive, ultimate meaning can never be achieved. Still, the meaning is inexhaustible despite its above-mentioned important limitation. It has no limits because it is infinite and in any individual case dependent on the context within which it is used. As the context changes, so does meaning, and along with it being, too. It seems that this idea is also a reliable support, the support of which renders possible the drawing out of corresponding conclusions relating to the simultaneous existence and parallel acting of the idealistically and realistically conceived natural law and the positive law in the unique world of the law.

The third, «the metalegal world» (*the world of legal metareality*) is the meta-metaworld of legal expressions, theories, problems and critical statements. It is a clean product of the human mind and

human activities that surpass the physical and the legal world. That metalegal world in the broader sense of the word also comprises all the products of the human mind (legal concepts, institutions, procedures or legal provisions). Still, it does not influence its reality at all because it is real as all human products in general are – from the language codes to such social institutions as «university or police». [30] It has its history (the history of our ideas) and its values (created by the human mind). However, although purely virtual, it, too, is not self-sufficient, because nothing that exists is not devoid of meaning and purpose. And its content, too, at least totally indirectly and only partly, refers to the law that spreads in the above-mentioned two worlds. This, then, is the world of legal metareality, the world where the law is always something «that ought to be» (*de lege ferenda*).

The metalegal world is a pure product of the human mind. It is the birthplace of all legal theories. We are the ones who create the objects in this world. And the fact that those objects have their innate and autonomous laws which create unintentional and unpredictable consequences is only a single example (although extremely interesting) of a more general rule that all of our actions have such consequences. For this reason the metalegal world should be seen as the product of the human activity, the consequences of which are, for us, as big or bigger, than in the physical environment. There exists a type of feedback with all human activities: by «acting, we always, indirectly, act upon ourselves» [31].

The physical world is the world of the material sources of the law and of the materialised law. The legal world is the world of formal sources and systematised law. The metalegal world is the world of legal ideas (expressions, theories, problems and critical statements). And as the first world in itself is not legally active, and the third one effective, there exists the legal world as a mediator between the first and the third world, between pure matter and pure ideas, thus providing the necessary connections, sense and purpose of all the three holistically created worlds [32].

4. Dualism of the idealistically and realistically determined concept of the law: natural law and positive law

Externally viewed, the law is a complete, all-inclusive and whole, while internally it is a systemic well-ordered construct. At its disposal it has organic ability to be processed, that is, to be all-connected and all-persuasive at the macro– and micro-plane as its attributes, and the dynamics as its reliable state. Thanks to it, the law appears as a complex tissue where different interconnections exchange, overlap, combine and in this manner determine the texture of the whole.

Above all, the law is *a purposeful creation* completely filled with meaning and sense. In fact, the law is so filled with the meaning, sense and purpose that without them it is impossible to understand it. And this means that legal science is markedly teleological, too, for it tries to explain the laws of movement and development of the law through meaning, sense and purpose. This fact is the pivotal point of the creators and advocates of the idealistic determination of the concept of the law.

The law, too, is an extremely dynamic creation in a constant movement (filled with meaning, sense and purpose) that tries to achieve balance and agreement, all the way up to the achievement of harmony. It appears as a *processualised dynamic metasystem* whose steady state is certainty and whose characteristic is predictability. Thanks to that, legal reality can be presented in its full complexity and movement as there exists a continual flow of and intertwining among the mentioned three main holistic worlds of the law. This can be viewed as the second pivotal point of the idealistic theories, under the condition that the supremacy of the ideal world over the real and the natural law over the positive law is accepted.

Such statements require one to look briefly on the «notorious dualism» of the natural and the positive law that has been cherished from the antique times of Greece and Rome. Positive law (*ius natura*) is independent of an external authority. According to one of the schools of the natural law, the cause or the creator of the natural law is the «biological (anthropological) human nature» (*biological*

natural law); according to the second, it is the «mind, the intellectual nature of man» (*intellectual natural law*); according to the third, it is the «divine mind» (*divine natural law*) «whose messenger is the intellect of man» [33]. However, independently of its cause, natural law always precedes positive law and serves as its foundation and ideal. Otherwise, positive law would remain practical, concrete and devoid of its profound sense (that when one can't see the trees for the forest).

There are also some other important differences between the natural and the positive law. According to traditional belief, natural law is unchangeable and universal, while positive law is in different nations more or less subject to changes. Natural law is contained in the very nature of man «as are the creations of the natural rules given by nature», while positive law is made by man. Natural law is always just, while positive law can be just only, for example, as «an attempt to realise Justice». [34] With respect to the natural law the only question that can be asked is concerned with its explanation, while with respect to the positive law its justification has to be found. This justification can be offered only by the natural law. Also, natural law is a «perfect law», while positive law is «imperfect». Natural law is the law «based on ideas and values», while positive law is the law «based on the facts of reality», etc. [35].

The statement that natural law personifies justice while positive law knows only of fairness enables natural law to be operatively expressed, even as a separate source of positive law. In that particular sense, natural law can be regarded as a source independent of the positive law but only provided that a previous legal approval or judicial decision exists. For example, when there are gaps in the positive law, judges should look for norms in the natural law in order to fill those gaps by appealing to the provisions of the legal regulations in effect (codes, laws, etc.) [36].

Some older legal writers (H. Ahrens, R. Stammler, G. W. Paton) have at the end of the 19th and at the beginning of the 20th century included into the natural rights «primitive rights», too. Those are the rights that «spring directly from the nature and purpose of man and which comprise the basis of all other rights». Those rights are «born with man» and everyone can exercise them. Being naturally-legal, they are «unconditional or absolute». Those are, above all, the rights of «every man to life, freedom, dignity, honour, etc». [37] The mentioned teachings are very similar to the teachings of the representatives of the *naturally-legal theories of the Social contract* (John Locke, Jean-Jacques Rousseau, etc.). It seems that the main difference is in that the rights which were at the time called «natural» by Locke, Rousseau and others are now called «primitive» by the mentioned writers.

As has already been mentioned, the concept of the natural law is even more relativised by some contemporary writers (for example, Michael Walzer), almost to the point of its being indiscernible, making it completely dependent on and changeable as to the concrete circumstances and culture of a society. [38] But then, can one speak at all about natural law as the personification of justice?

In contrast to natural law, there exists positive law (*ius positum*). It holds for and is applied in a society. Its «positivity» is determined according to its application, i.e. «efficiency», while the «positivity» of its every part is determined according to the fact whether it belongs to the positive law.

Although natural law is perfect and positive law is imperfect, there need not be conflict and disagreement between those two laws as is often accentuated in legal philosophy and theory. Since the idea of natural law is objectively based in human nature, that fact should at least make the creators of the positive law think of what kind of the law they are making and prompt them to try to make a better one. Especially the study of the natural law and its principles by legal science is a strong impetus for the advancement of the positive law [39]. That this is possible has been proven by famous Roman jurists, the knowledge of which has reached unrivalled heights because, to a great extent, it has become a constituent part of the Roman law [40]. In the face of it, the advocates of the realistic determination of the concept of the law, and especially the advocates of the positivistic legal beliefs, insist on the differentiation between the real and the ideal in the law, on the differentiation between the law as a fact and the law as a value, the law as «that is» and the law as «that ought to be» – in a word, on the differences between the positive law and the natural law, justice and purposiveness. Such approach could be called scientific rather than philosophical. It requires from the realists-positivists to take an

objective, value-based and ethically neutral attitude with respect to the law as the norm is not linked with any one system of value. They refuse to include into the definition of the law elements such as the achievement of common good, the realisation of justice, the protection of human freedoms, etc. Instead, the measurement of being legal becomes the fact that the norm is derived from the established facts, i.e. that it has been posited by the specific organ pursuant to the specific procedure or that at least it has been respected effectively over a specific period of time by a group of persons. It is understandable if one bears in mind that positivists derive the law from «general to particular» and base it on the world of physical reality, which world they wrongly identify with the world of legal reality, while excluding the world of metalegal reality from their contemplations.

Such determinism produces substantial limitations. However, neither is «the devil quite as black as he is painted». Despite the fact that the realists-positivists jurists think that the only legally valid law is the one applied in a society, it still does not mean that they absolutely deny the existence of the ideal law. They just deny that this ideal law stands in the same plane with the positive law. Therefore, the point at issue is to link the two laws with each other and to surpass dualism of the natural and positive law. Although the values of the natural and positive law have their own order and role, it still does not show how the values from the natural law flow into the positive law, which, by the way, itself has at its disposal its own technical legal values.

5. Surpassing dualism in the law – examples of legal teachings of Gustav Radbruch and Ronald Dworkin

There are a number of interesting answers to the question of how the problem of dualism between the natural law and the positive law can be surpassed. One of the most interesting answers was given by Gustav Radbruch in his famous book «Philosophy of Law» (*Rechtsphilosophie*) [41]. In that, as well as in his other works, Radbruch «overtops» the opposed positions of the natural and positive law and focuses on three main topics: «the concept of the law», «the idea of justice» and the teaching of the «statutory lawlessness and supra-statutory law».

To Radbruch, the law is reality that ought to serve the idea of the law as a value, and that is the idea of justice. In line with this, the realistically created law ought to serve the idealistically created law. Radbruch further develops his belief by claiming that the idea of the law comprises three values: justice, purposiveness and legal security. Justice is reflected in the «equal treatment of equal persons», purposiveness in that «what benefits the people», and security in the positivity of the law and the exclusion of arbitrariness while making and applying it. Those three ideas are found in a changeable balance, [42] jointly creating the *approximate law* as an «open system» [43].

The second key theme in Radbruch's teaching relates to the content of justice, and is solved by means of the supra-empirical «idea of purpose». This is the theme intended to link the value of the idea of justice with the value of the idea of fairness as the kind of justice that is applied. Justice cannot be determined only by means of a single formal principle of equality, but needs the determination of both, the content value, which is relative (because while choosing it, at one's disposal there are only three highest values of the law: individualistic /human personalities, *individual values*/, supra-individualistic /collective personalities, *collective values*/ and transpersonal /human work, *work values*/). On the choice of one highest legal value depends how the principle of justice is going to be determined in terms of its content. Radbruch believes that this choice can be made only authoritatively, which is probably his weakest idea and the weakest answer.

The third key Radbruch's theme has to do with the differentiation between the «statutory lawlessness» and «supra-statutory law». This is his belated idea by which he again stirred the interest in the values of justice and natural law. Radbruch explains this idea as follows: «statutory lawlessness» cannot be the basis of legitimacy for when the law is perverted, then the basis of the positive law becomes «supra-statutory law» [44].

Radbruch's solutions rendered it possible for him to be successful in avoiding the trap of dualism between the natural and the positive law by regarding the law as a «triad» and as an «open system», even when claiming that justice has precedence over security and purposiveness. The only problem is the unfinished part of his teaching relating to the content of justice, in the part of which he concludes that the choice between individual value and collective value or work value can be made only authoritatively. It was that part of Radbruch's teaching that Arthur Kaufmann continued to work on and provided an adequate solution in favour of individual values as the decisive authority. This is an example of desired consistency as justice is also of the same individual origin [45]. Collective justice is not original, and moreover the question is whether it can be justice at all (lynch is not the application of collective justice), nor does justice exist in work values. Justice can exist originally only as an individual value. It is a feeling that can never characterise biologically created human beings, except for the ones who have at their disposal spirituality as their generic human characteristic.

Another stimulating example and an attempt to find a solution regarding the relationship between natural law and positive law have been presented by Ronald Dworkin. In his teaching justice is praised as a principle, a separate form of «integrity», which – set forth in his original theory of court decision-making process – is nothing but a new naturally-legal teaching [46]. This teaching is based on the realisation that we «live in and by the law. It makes us what we are: citizens, employees, doctors, spouses and people who own things. It is sword, shield and menace» [47]. Those are not the only important ideas of Dworkin's. One should mention at least his ideas of righteousness, which have to do with the «structure that determines impact on political decision-making in the right manner»; fairness, which is concerned with the «procedure of applying rules of the involved system»; [48]»self-purification» of the law [49]; fiction of «judge Hercules», etc.

Dworkin's most important and most fruitful idea is concerned with the positive law which contains not only *legal rules*, but also *legal principles*. Legal principles have moral significance. They become part of the positive law owing to the operation of legislature and court decision-making process. For example, when deciding a case, judges do not appeal only to legal rules, but also to legal principles. And while legal rules are absolute («all-or-nothing»), legal principles are relative and may be in conflict. It follows that the application of legal rules depends on the previous choice of legal principles. On that choice depends whether justice as a discernible value of the metalegal world will flow into the legal world in the form of fairness and into the world of physical reality in the form of realised justice. However, all does not end up here for there still remains the problem of the choice of legal principles to be solved. Dworkin solves this problem by differentiating them from *legal policies*. Legal policies take precedence because on their previous choice depends the choice of legal principles. While principles describe the rights of individuals, legal policies describe goods, i.e. political goals of a community as a whole. Unfortunately, Dworkin failed to arrive at a concrete solution in relation to the choice of policies, even by equal valuation of legal policies to which he appeals when determining relative weight (or importance) of one against another («Elmer» case) [50]. This is understandable because the choice of legal policies in his teaching also depends on yet another previous choice of a «political goal» which is at the moment thought to be the most desirable good of a society. Then it is justifiable for one to pose the question of what authority determines the political goal which is at the moment believed to be the most desirable political good. And this shatters the consistency of the entire Dworkin's construct and reduces it to arbitrary and changeable choice of a political goal as the policy on which depends the application of absolute legal rules. It is comforting that the choice of a political goal by an authority, which goal is at the moment believed to be the most desirable good in a society, Dworkin does not solve harshly as in the *Digest*: «Whatever pleases the prince has the force of law» (*Quod principi placuit, legis habet vigorem*), that is, «The sovereign is not bound by the laws» (*Princeps legibus solutus est*) [51], but less harshly, though the essence remains the same.

Not only Radbruch, but also Ronald Dworkin failed to solve completely the problem of dualism of the natural and the positive law as both of them appeal to the authority capable of imposing the choice

of the value as a good (G. Radbruch) or to influence by means of its choice of policies the choice of principles, and through principles the choice of legal rules in order to realise a good (Dworkin). Therefore, both of them softened the problem of dualism, but were unsuccessful in solving it completely. It seems as though they failed to keep in mind that there exist naturally-legal principles which are the supreme authority. Those principles are more forceful than any other authority in a way that not one rule which contradicts it is correct [52]. The most important one is the principle of justice. It is only after having chosen justice as the supreme authority and the decisive measurement for the choice of a good which is desirable for most members of a society, and after having been operationalised in the form of fairness, that it is rendered possible to say that the natural law has flown through general legal principles into the positive law. However, justice is not only the highest value. It is the measurement of all other values.

It should be pointed out that Dworkin has offered a clearer and rationally more tolerable *instruction* for linking the natural law with the positive law than Radbruch [53]. That important instruction of his can be used to explain how other naturally-legal values flow into the system of positive law: for example, legal security into legal certainty as the former in its pure form represents unreachable value, and the latter relates to the concrete state of a system of the law [54]. The most important thing is that justice and security can produce consequences in the positive law through its derived forms (fairness and certainty).

In order to show that dualism between the natural and the positive law is relative, perhaps this is the right time to make a digression and give a brief outline by looking back upon the teaching of a proven realist, Herbert Hart, the English representative of the analytical jurisprudence and Kelsen's pupil – and all this with the aim of viewing the same problem in a different perspective in the spirit of the rule *audiatur et altera pars*. Special attention is drawn by Hart's teaching of the «rule of recognition», which he has presented in his most famous book «The concept of law» published in 1961. It is comprised of one or more really existing norms. That rule exists both in the developed and primitive communities. The role it plays is not only in that it serves as a measurement of determining the legal character and «validity» of the norms in a system of law, but also as the basis of legitimacy and legality of state power. The problem is in that Hart does not quite specifically say which all those rules are that comprise the rule of recognition and serve as the measurement of validity of legal norms that are included within the scope of the given system of law as there are a number of such measurements that can mutually exclude one another. He only says that there is one «supreme measurement», as well as that the rule of recognition evades any evaluation of validity: it can only be accepted as such [55].

Hart's problem is especially manifest when it has to do with the rule of recognition in the underdeveloped and primitive societies in which that little amount of the written law is drowned in the sea of unwritten rules, the origin of which need not be even known exactly [56]. Is it possible that in such societies the rule of recognition belongs exclusively to the system of the written positive law? Is one rule or more which constitute the rule of recognition in such societies exclusively positive-legal? If so, are the naturally-legal rules deliberately excluded from the composition of the rule of recognition? If they are not, where are they? If they are, where does the positive rule of recognition spring from? Does it spring from the earlier, such one and the same rules? But, where do those earlier rules spring from? It seems that what his *Grundnorm* is to Kelsen, his rule of recognition is to Hart [57]. The difference is in that Kelsen admits that it has to do with the fictive basic norm, while Hart claims that it is concerned with the really existing norm.

One can ask: If the rule of recognition is comprised of one or more really existing norms, can it mean that the naturally-legal norms also really exist and are valid? Moreover, that the rule of recognition at least in primitive societies is comprised of really existing naturally-legal norms? Both questions are rightly posed as Hart himself concludes that positive law should contain at least a «minimum of the natural law». It remains unexplainable where that «minimum of the natural law» lies concentrated [58]. Is it in the rule of recognition? Obviously, Hart's rule of recognition could also serve as a suitable ex-

ample for linking natural law with positive law. And it shows that dualism of natural law and positive law is illusionary, as well as that the flowing of the natural law into the positive law is rendered possible as it has to do with the same holistically created unique concept of the law.

6. Linking legal values with the usefulness of the positive law – an example of operationalisation of justice and fairness

Values in the law are a major stronghold of idealistic theories. It is understandable because the law as a purposeful construct is value-based. Its purposefulness is determined by the values of justice, fairness, freedom, human dignity, tolerance, security, equality, order and peace, etc. Neither are those values in the law just a sum, which is the case with a simple sum of elements, but a whole. They cannot even be explained otherwise unless they are linked with other phenomena or their ingredients. And that requires the irreplaceable value of human personality which is unexplainable solely on account of the facts based on experience through which a personality manifests and expresses itself. Additionally, it seems that in man and in all his creations there is a continual presence of something from the transcendental world out of which originates his inexhaustible labour to link the world of experience with the world of value. Such labour exists in all the actions and creations of man. That is also the case with the law as a typically teleologically devised and value-positing creation of human mind. To naturally-legal theories are added technical legal values, which are characteristic of the system of positive law (purposefulness, efficiency, clarity, preciseness, conciseness, etc.).

The most important is to consider how the values of justice are operationalised in the positive law. The easiest way to do it is to follow in the track of Dworkin's two important ideas. According to the first, it is exactly justice as a naturally-legal principle that flows into the positive law through its general legal principles. And second, the flowing of justice into the positive law in the form of fairness is rendered possible owing to the previous authoritative choice of a good, i.e. a political goal desirable for the whole social community. Does it perhaps mean as follows: «To be just on the throne means to be strong» [59].

Obviously, that «good» in the contemporary developed democratic societies based on the rule of law *cannot* be found out by means of any one of authorities (for example, Attila's), but only by means of justice as the highest authority and the decisive measurement, as was properly emphasised by the antique writers. Today it is specifically the task of a parliament, as a legitimate representative body of those it governs (M. Weber) [60], or a court with its «empire of judges» and understanding of the law as a «prediction as to how the courts are really going to act» (O. W. Holmes) [61]. Especially the parliament and the court because of their prominent role – resulting from such one and the same recognised authority – must be continually *inspired* by justice as the supreme principle and goal since the most just is that good which suits most of the citizens [62]. But what can be regarded as such desirable good?

Two answers can be given to this question. The first is concerned with content by its nature and is very simple: such good is impossible to determine *in abstracto*. It needs something special to happen in a community for such good to be recognised as a common one, i.e. in the interest of all or a majority. The second is formal by its nature. It is clear, but insufficient. It relates to three possible situations. In reference to the first, when a parliament or courts are inspired by justice, the necessary harmony should always be established with rules regulating the most important goods such as life, freedom, peace, legal principles, etc. It is there that the impact of justice and other legal values is most evident. The second possible situation is concerned with the question as follows: What about those positive rules which are neither contrary to justice nor adverse to a community as they do not impose a good which fails to meet the interests of a majority of citizens? One can only conclude that it has to do either with purely technical legal rules or with value neutral rules (with respect to justice or other values). However, those rules, too, are in a way supported by purely social (customary, moral, traditional and other) rules. Finally, it is not difficult to imagine the third situation either, which is

concerned with the choice of a good which is as a political goal undesirable for a whole community, although lawfully chosen. In that case, it would relate to a legal or judicial injustice, as Gustav Radbruch emphasised.

Obviously, it is not difficult to ask why justice (*iustitia*) has such most prominent role in the law, and not some other value in its stead. The answer is simple: because it is only justice that is a kind of proportionality and agreement (all the way up to the achievement of harmony, which is another name for absolute, divine justice). Apart from that *absolute*, divine or natural justice, there exists *social justice* with its derived types (moral, religious, legal), which is relative [63]. All other values make sense only when they rely on justice as a measurement.

For recollection's sake, *legal justice* is a synonym for that which is proportional or equal. Pursuant to those measurements are determined two of its *formal* models: *distributive* (*iustitia distributiva*: «proportional allocation among all»), which is original, position-based and prescribes that «the unequal be treated unequally», and *commutative* (*iustitia commutativa*: «equal allocation among all»), which relates to exchange and prescribes that «the equal be treated equally». Justice in the law in its narrowest meaning denotes adapting to law (*legal justice /iustitia legalis/*). It consists of generality, equality and impartial exercise of laws and the law. However, to the question of what the *material* justice consists of, one cannot answer with any one of the like models [64].

Justice in the law being a type of social justice is not perfect. But neither is the law. As a result, between imperfect justice in the law and an even more imperfect positive law there is always to a lower or higher extent disagreement and tension [65]. Bearing exactly this in mind, Cicero determined the purpose of the law as the skill of right measure when allocating goods among citizens (*Sit ergo in iure civili finis hic legitimae atque usitatae in rebus causisque civum aequabilitatis conservatio*). And that means that any «normal» law should contain at least a minimum of justice. How important justice is is also shown by this: not one court is called court of the law, but many are called courts of justice. What is the reason for the jurists practicing law to reach out for that what jurists realists-positivists contest or ignore in their teachings?

When it is specified what justice is, then it is rendered possible to determine its operative and applicable form in the positive law. Its existence confirms that the idealistic concept of the law does not float in some imaginable space, but that it is capable of being operationalised and of flowing into the positive law. This operative applicable form of justice in the positive law is called *fairness* (*aequitas, iustus*). Fairness is justice in a concrete case which cannot be decided only on the basis of the positive law. It was originally considered a virtue of legal justice only to become in the 19th and 20th centuries a means used to correct overly rigid laws, especially when mechanical, unlawful or unjust application of rules in concrete cases were to be prevented. The same is done today, when fairness is called constitutional or customary-based authorisation of judges or other authorised persons to flexibly apply legal norms in concrete cases in order to administer the law more successfully. For this reason it is felt that fairness is a corrective justice, a kind of righteousness which corrects the law when its creator cannot think of all possible cases in advance. This righteousness is especially remedial when a parliament enacting laws (*legal justice*) or judges deciding cases can appeal to justice and fairness (*judicial justice*) if they are doubtful about the correctness of the positive law which they create or apply [66].

That there exists a link between the natural and positive law furthermore confirms the fact that fairness can be determined in the naturally-legal and positively-legal sense. Fairness in the *naturally-legal* sense exists when a law directly refers to the natural law in cases relating to legal gaps (when there is absence of legal provisions referring to particular cases which provisions are not envisaged by a law or a judge could not appeal to them as they do not fall under any one of general norms). On the other hand, fairness in the *positively-legal* sense has at its disposal its legal (material) and judicial (formal) forms. Legal fairness as a value renders possible for the legal norm to be applied in such way that all characteristics of a case are going to be taken into account. Such norms fall under *justice in the law* (which requires that petty theft, embezzlement, fraud out of need, etc. are not punishable)

in contrast to *rigid law* which does not allow for taking into account such characteristics. *Judicial fairness* exists when concrete cases which are embraced by law are decided «in the spirit» of the law, i.e. its idea, substance, and not in keeping with the letter of the law. This usually happens when a law does not embrace all characteristics of a concrete case (legal gap case). It is then that judicial fairness enables a judge to decide a concrete case according to the rule he himself determines. For example, acts concerned with endangerment of people by using atomic energy, wiretapping, producing shoddy goods, presenting mass culture, violence, gambling or debauchery are the acts which cannot be regarded as allowable under a law because they are not expressly forbidden by the law. And this for a very simple reason – there is no need to forbid by the law that which represents an apparent «pathological legal behaviour». Simply, it is understood that such self-evident things are by its nature absolutely forbidden. However, writers such as Norberto Bobbio dispute the declaratory character of a decision based on fairness and incorrectly think that the source of the law is the judicial decision itself, and not fairness expressed in the decision [67]. The acceptance of such point of view would give rise to inconsistent judicial practice which could be used to, without punishment, further endanger physically and mentally people by the mentioned acts. In any case, legal and judicial fairness should be realised for the benefit of those who suffer legal sanction. They should guarantee that individuals are not going to be unjustly prosecuted or punished. They are of such significance that in some places exist special organs which decide such cases (*equity courts*).

It follows that it is only through fairness that the law can serve the realisation of the idea of justice (Aristotle). A similar idea is found in Radbruch's teaching: the law is a reality which has its meaning in the fact that that it serves the idea of justice. This idea of Radbruch's can be summarised in a simple formula: when legal law negates equality as the «focus» of justice to an intolerable extent, then such law should be revoked by a judge for the benefit of justice. It was exactly in the judicial practice of the post-war Germany that it used to happen that courts appealed to the natural law when pronouncing a judgment. And not only did jurists reach out for the values independent of the state, but they also searched out for such proper values that would additionally limit the power of the state.

As they are today inseparable from the protection of human rights, legal and judicial fairness are linked with the *right to a fair trial*. This law relates to the protection of human rights through all stages of procedure before judicial or other state organs. It is based on the following idea: when human rights are not respected in a police station, hearing room, pre-trial confinement, court or a cell, it is evident that authorities do not fulfill their obligations [68].

To show that the linking of the natural law with the positive law is rendered possible, here is given a brief account of a case in which a judge splendidly linked in his decision the requirement to follow the law with the requirement of judicial fairness and the right to fair trial. Namely, a tipsy driver was brought before a judge. The driver promptly confessed his guilt. When the judge asked him why he had driven under the influence of alcohol, the driver answered that he was the father of three minor children whom he supported together with his unemployed wife and that the other day he was laid off without prior notice despite being a good worker. In distress, after receiving the notice of dismissal on account of which he and his family were left without any means of subsistence he dropped by a pub to pull himself together. However he had one too many a drink of beer. Seeing double he got into his car and drove off. The policeman stopped him and seeing him glazed asked him to take a Brethalyzer test and, of course, took him to jail to sober up. The judge, upon hearing the whole story, replied, roughly paraphrasing: I have to sentence you to jail not only because your guilt is evident, but also because you confessed to your guilt. However, given the fact that you have never before violated law and that you are without work and means to support your family, the court will recommend that you are to get a new job, while over the next three months you serve your prison sentence each weekend starting on Friday at 18.00 hours and ending on Monday at 08.00 hours, during which period you are going to work all working days at a new job. And there we have an example showing how judges can bring decisions based on justice and laws, which elevate the values of justice and the law.

7. Conclusion

The law is an extremely complex phenomenon. It is very difficult to determine it precisely even in the conventional and operative sense, while the complete cognition and definitive definition of the law are out of reach of human capabilities. This substantial limitation: that it is rendered impossible to determine the law neither uniquely, completely nor definitively applies to all theories and teachings which are concerned with studying of the most in-depth or even the unreachable layers of the law. In spite of this, there exist numerous idealistically or realistically inspired legal theories which try to give the answer to this ultimate question. This especially applies to idealistic legal theories which study layers of the law beyond or above the discernible reality and instead of giving preference to usefulness they give preference to justice, common good or some other important values. They can be classified into naturally-legal, aprioristical-phenomenological, existentialistic, culturalistical theories or in some other way. Under them can also, for a special occasion, be classified few of the contemporary multidisciplinary theories.

From limitations stem flaws. They can be summarised as follows: not a single idealistic theory can provide either a reliable or a definitive answer to the question of what the law is. For this reason the differentiation should be made between the idealistic and the idealised and the ideal concept of the law. The problem is in that the idealistic concept of the law is inoperative, the idealised concept of the law is not correct, while the ideal concept of the law is out of human's reach. One may ask oneself is it possible at all to determine the law idealistically?

To the question whether it is possible to determine the idealistic concept of the law can be answered by saying that although it is impossible to determine a unique, complete and definitive idealistic concept of the law, it is possible to link it with justice or some other value. The problem concerned with that approach is as follows: as the mentioned values are determined differently, so is the idealistic concept of the law determined differently, too, with all the accompanying flaws resulting from the incorrectness caused by its idealisation or unreachability caused by its ideality.

Despite difficulties, that idealistic concept of the law can be determined, even be indirectly operationalised, by linking naturally-legal values with the positive law. This can be done in the spirit of the teaching of the three worlds of the law. By means of that teaching can be determined not only the spread of values in the world of the law, but also the spread of the law itself in the metalegal world, legal world and the world of physical reality. In the metalegal world the law exists virtually, in the legal world actually, and in the world of physical reality it exists really. Also, it should be noted that it is only in the legal world that the law exists simultaneously as something «that is» (*de lege lata*) and as something «that ought to be» (*de lege ferenda*). Something like that is possible for it is the command of the law that inside itself melds the idealistic with the realistic into one. It is only the command of the law that can exist simultaneously as something «that is» and as something «that ought to be» because meaning is a kind of being. It is only then that, through the flow of major legal values into the positive law: for example, justice into fairness (applicable justice), with the stimulating examples set forth by Gustav Radbruch and Ronald Dworkin, one can see the possible usefulness of the idealistic theories and teachings relating to the law which is not exclusively *de lege ferenda*.

It seems that it is easier to determine the idealistic concept of the law and the scope of its spread in the world of the law than to link it with the realistic concept of the law. The easiest is to link the idealistic concept of the law with one or more values and then out of comfortable metalegal reality make use of that same value to explain all the worlds of the law. The most difficult of all is to explain how the values of the natural law flow into the positive law. Following in the track of Dworkin's teaching it is rendered possible through the operative employment of one or more naturally-legal values as policies or decisive measurements for choosing general legal principles through which the natural law flows into the positive law and becomes its part. Justice is the most important of such principles. It is at the same time the measurement of all other values. Finally, justice and fairness can serve as an

appropriate example showing how naturally-legal values flow into the positive law, by which it is at least hinted as to how dualism between the natural and positive law can be surpassed.

One thing is for certain: both the realistically determined law and the ideallistically determined law always exist for the people, and not the people for the law. This means that the natural law, too, can be useful, at least in the part in which it flows into the positive law. It did not come into being out of leisure time, but out of dire human need to protect the society from self-destruction. Out of leisure time came into being only the idealised, idealistic and realistic teachings of the law.

References:

1. See: D. M. Mitrović, *An Introduction to Law*, Belgrad 2012, 118-120 (in Serbian).
2. See: D. Vrban, *Sociology of Law*, Zagreb 2006, 7 (in Croatian).
3. See: D. M. Mitrović, *Theory of State and Law*, Beograd 2010, 187-188 (in Serbian).
4. See: N. Visković, *Theory of State and Law*, Zagreb 2001, 91-96 (in Croatian).
5. See: M. Djurić, *Natural Law Idea of Greek sophists*, Beograd 1959 (in Serbian); Plato, *Laws* (transl.), Beograd 1990; Aristotle, *Metaphysics* (transl.), Beograd 1960; R. D. Lukić, *The History of Political and Legal Sciences*, Beograd 1973 (in Serbian).
6. See: T. Aquinas, *Summa theologiae* (transl.), Zagreb 1980.
7. See: Lj. Tadić, *Philosophy of Law*, Beograd 1996, 66-68 (in Serbian).
8. Lj. Tadić, 116-129. See: *Philosophy of Law, I. Kant, Die Metaphysik der Sitten* (transl.), Beograd 1998.
9. See: M. Villey, *Philosophie du droit*, Paris 2001.
10. See: J. B. Rawls, *A Theory of Justice* (transl.), Beograd (Podgorica) 1998.
11. See: G. Radbruch, *Rechtsphilosophie* (transl.), Beograd 1980 (1999), 38-39, 94-101, 230-238, 287-289.
12. See: J. M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Un. Press 1982, 276-277.
13. See: L. L. Fuller, *Morality of Law* (transl.), Beograd 2001 (2011), 17-46, 50-55, 113-136, 172-174.
14. See: R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (transl.), Beograd (Podgorica) 2001.
15. See: Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz* (transl.), Beograd 1982; Chaim Perelman, *Droit, morale et philosophie* (transl.), Beograd 1983.
16. See: N. Visković, *The Concept of Law*, Split 1980, 17 (in Croatian).
17. See: G. Vukadinović, R. Stepanov, *Theory of State and Law I*, Petrovaradin 2001, 219 (in Serbian).
18. Lj. Tadić, 149-151, 155-157.
19. G. Vukadinović, R. Stepanov, 223.
20. See: J. Vilanova, *Al Concepto De Derecho. Estudios Iuspositivistas*, 1993. и *Introduction Al Derecho*, 1994.
21. See: M. Sandel, *Liberalism and Limits of Justice*, Cambridge Un. Press 1982; A. MacIntyre, *A short history of ethics: a history of moral philosophy from the Homeric age to twentieth century* (transl.), Beograd 2000; A. Etzioni, *The Third Way to a Good Society*, London 2000; M. Walzer, *Spheres of Justice* (transl.), Beograd 2000.
22. M. Walzer, *Spheres of Justice*, 16, etc.
23. D. M. Mitrović, *Legal Theory*, Beograd 2007, 93, 120 (in Serbian).
24. See: D. M. Mitrović, *Path of the law. Holistic paradigm of the world and the law, in the light of chaos theory and legal theory*, Beograd 2000, 63, 65, 115-116, 179, 221, 228-229 (in Serbian).
25. *Ibid.*, 229-245, etc.
26. F. Nietzsche, *Aus dem Nachlass der achtziger Jahre* (transl.), Beograd 1976, 432. See: *Werke, Kritische Gesamtausgabe*, VII/3, ed. Berlin – New York 1968-1970.
27. D. Bohm, *Wholeness and the Implicate Order*, London & New York, 2002, 87. See: *On Creativity*, London & New York, 2004; *On Dialogue*, London & New York, 2004.

28. D. Bohm, Wholeness and the Implicate Order, 87–89.

29. Bohm further explains the afore-mentioned statement by linking meaning and sense with the concept of information. The operative concept in relation to the information is the concept of form. In order for the information to become form, it needs to have at its disposal a meaning. «To inform» means «to put into form», «to shape» a meaning. This is the reason why the change of meaning leads to the change of form. The change of the form of information leads to the change of its content, and thereby – through a feedback – also to the change of its meaning! In other words, any form that has a meaning can create potential or actual information which is equally important for the real, actual and purely virtual world of the law. (Ibidem). However, it is not as important what is directly recognised between those three worlds of the law in physical reality. It is more important that all the three worlds are felt as common and unique («rational-intuitive») life experience as all the three worlds intertwine and supplement one another continually. When all the three holistically created worlds are thus viewed, then dualism of the natural law and the positive law does not seem so unsurmountable.

30. K. Popper, Unended Quest: An Intellectual Autobiography (transl.), Beograd 1991, 93.

31. Ibidem, 93-94.

32. D. M. Mitrović, Theory of State and Law, 189-194.

33. T. Živanović, System of the Synthetic Philosophy of Law, II, Beograd 1951, 144-145 (in Serbian).

34. G. Gurvich, L'idée du droit social, Paris 1932, 96.

35. T. Živanović, II, 147, 162. See: R. Tuck, Natural Rights Theories, Cambridge Un. Press, 1981; J. M. Finnis, Natural Law and Natural Rights, Oxford Un. Press, 1982; R. P. George, In Defense of Natural Law, Oxford Un. Press, 1999. and Natural Law Liberalism and Morality, Oxford Un. Press, 2001; M. Murphy, Natural Law in Jurisprudence and Politics, 2006; C. Wolfe, Natural Law Liberalism, 2006.

36. Some older civil codes dating from the 19th century, for example, The Austrian General Civil Code (1811) or the Civil Code of the Principality of Serbia (1844), expressly gave supplementary force to the natural law by referring to the «rules of nature».

37. See: T. Živanović, III, Beograd 1959, 143-144, 464.

38. M. Walzer, Spheres of Justice, 16-19.

39. T. Živanović, III, 631-632.

40. W. Morrison, Jurisprudence: from the Greeks to Post-Modernism, 1997, 15.

41. G. Radbruch, Philosophy of Law, 39, etc.

42. In his earlier works (until 1936), Radbruch gave preference to legal security only to, later on, upon learning of the horrors of National Socialism, and shortly before his death, in his perhaps most important written works (from 1945 to 1949), give preference to justice. (Ibidem, 38-39).

43. In all likelihood, that Radbruch's idea of the law as an «open system» further prompted Karl Popper to expand his teaching to a society. See: K. Popper, Open Society and Its Enemies, I-II, Beograd 1993 (in Serbian).

44. G. Radbruch, 287-289.

45. It was that unfinished part of Radbruch's teaching of the content of justice that Arthur Kaufmann continued to work on and allowed himself freedom to re-examine and further develop Radbruch's relativistic points of view relating to justice, claiming that the idea of the law as justice is essentially one and the same as human personality. This way was given the solution to Radbruch's problem of the authoritative choice of values in favour of individual values. Whether justifiably or not, the term «Radbruch-Kaufmann theory» is used today. (A. Kaufmann, The Law and Its Understanding /transl./, Beograd /Valjevo/ 1998, 285-287). See: The Philosophy of Law. An Encyclopedia, vol. II, New York & London 1999, 475-476).

46. See: R. Dworkin, A Matter of Principle (transl.), Beograd (Podgorica) 2001, 193-257.

47. See: R. Dworkin, *Law's Empire*. Preface, VII and VIII (transl.), Beograd 2003. See: *Taking Rights Seriously* (transl.), Beograd (Podgorica) 2001.

48. See: R. Dworkin, «Law beyond the Law» (transl.), *Pravni život*, No. 12, Beograd 1998, 799-800.

49. See: G. Vukadinović, R. Stepanov, 499.

50 Ibid., 501-504.

51. Ulpianus, *Digesta*, 1, 4. 1.

52. Lj. Tadić, 129-130.

53. See: R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 193–257.

54. See: D. M. Mitrović, *The Principle of Legality*, Beograd 1996, 41-56 (in Serbian).

55. See: H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (transl.), Podgorica 1994, 102-106, 119, etc.

56. Ibid., 9-18, 37-38, etc.

57. See: H. Kelsen, *Theory of Law and State*, Beograd 1951 (1998, 2010), 116-117, 119–120, 127.

58. H. L. A. Hart, 189.

59. C. Tacitus, *The Annales* (transl.), Beograd 2006, 290.

60. M. Weber, *Economy and Society* (transl.), II, Beograd 1976, 474-475.

61. See: G. Vukadinović, *Theory of State and Law II*, Novi Sad 2008, 73-74 (in Serbian).

62. This is in complete conformity with Plato's idea that justice constitutes «human and political order which is in agreement with nature», while laws should protect common good of citizens. In that Plato found the sense of serving the idea of justice. Otherwise, laws which protect only the good of individuals or some parts of a society are not true but illusionary laws. (Plato, *Laws*, 146, 314; A. V. G. Sabine, *A History of Political Theory*, London 1938, 72, etc).

63. With Serbs, justice has always been determined on the basis of that what «is» because natural and truthful is only that what is. Justice is the «foundation of everything» (St. Sava). It is the truth «because only that what is truthful is just» (Dositej Obradović). Or else, one has to believe fiercely in an authority as truth, instead in truth as the only authority.

64. The most recent attempts to determine solidarity justice, according to which more out of the common goods should be allocated to the weak and poor and less to the strong and rich, are not models of material justice as they are presented today, but of the Aristotle's formal distributive justice. For this reason, it is easier to feel than to realise justice.

65. See: R. Lukić, *Theory of State and Law*, Beograd 1976, 219-221 (in Serbian); T. Živanović, III, 675-679.

66. See: B. S. Marković, *On Just Law*, Novi Sad 1993 (in Serbian).

67. T. Živanović, III, 679-680.

68. The right to a fair trial is the fundamental human right and is one of the generally valid principles. It is contained in The Universal Declaration of Human Rights, The International Covenant on Civil and Political Rights of the UN General Assembly, The European Convention on Human Rights and other similar international agreements, and even in the norms of the customary international law. In all documents, and particularly in article 6 of The European Convention on Human Rights, international standards pertaining to the right to a fair trial are determined. (N. Mole, C. Harby, *Pravo na pravično suđenje. Vodič za primenu člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima /transl./*, Beograd 2003, 34-65).

Adam Moniuszko,

doktor, Instytut Historii Prawa, Zakład Historii Państwa i Prawa Polskiego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski (Warszawa, Polska)

ZASADY PROCESU SKARGOWEGO W PRAKTYCE MAZOWIECKIEJ Z PRZEŁOMU XVI I XVII WIEKU

Proces skargowy był dominującą procedurą w prawie ziemskim do upadku Rzeczypospolitej. Stosowano go nie tylko w sprawach cywilnych, ale także w znacznej części spraw karnych – choć w tym przypadku pojawiało się coraz więcej odrębności, zwłaszcza w wieku XVIII. Jego podstawowe zasady do dziś są charakterystyczne dla postępowania cywilnego, choć – oczywiście – przeszły pewną ewolucję. Celem niniejszego referatu jest krótkie ich omówienie na tle praktyki postępowania przed mazowieckimi sądami ziemskimi na przełomie XVI i XVII w.

Postępowanie sądowe, jako jedyny dział dawnego ziemskiego prawa koronnego, został w 1523 r. skodyfikowany w uchwalonej na sejmie *Formula processus iudicarii*. Stopniowo kodyfikacją tą zaczęto obejmować cały obszar stosowania prawa koronnego, w tym także Mazowsze. W województwach prawdopodobnie rawskim i plockim wprowadzono ją w 1553 r. – tak jak w prowincji wielkopolskiej, w województwo mazowieckim zaś w 1576 r. – po przyjęciu tam prawa koronnego. W tym ostatnim przypadku pozostawiono jednak pewne drobne odrębności spisane w *Zwyczajach województwa mazowieckiego (Ekscepta mazowieckie)*.

Wyodrębnianie zasad procesu skargowego jest sprawą dość umowną, różnie przedstawianą w opracowaniach. Do podstawowych, zgodnie wskazywanych przez historyków prawa (Oswald Balzer, Stanisław Kutrzeba, Józef Rafacz, Zdzisław Zdrójkowski, Marian Mikołajczyk), zalicza się: skargowość, jawność, kontradiktoryjność, dyspozytywność, ustność i formalizm w postępowaniu sądowym. Różnie jednak kształtował się ich zakres – w prawodawstwie i praktyce sądowej. Zdecydowanie najsilniejsze były pierwsze cztery z wymienionych zasad. W procesie ziemskim dominowała prywatna skarga poszkodowanego – legitymację procesową zasadniczo posiadała wyłącznie osoba, która poniosła szkodę. W ten sposób traktowano również zabójstwa – prawo dochodzenia sprawiedliwości mieli sukcesorzy zabitego, w pierwszym rzędzie jego dzieci. Skargę publiczną stosowano wyjątkowo: ograniczała się ona do najcięższych przestępstw publicznych, spraw skarbowych, oraz naruszeń bezpieczeństwa sądów. Dzięki zasadzie dyspozytywności, w dużej mierze strony sporu kształtowały postępowanie przed sądem. W praktyce mazowieckiej najczęstszym przykładem tego typu działań były klauzule kontraktowe, wyznaczające sposób rozstrzygnięcia ewentualnych sporów. Zawierać one mogły postanowienia w znaczący sposób zmieniające typowy tok procesu, zakazując odroczeń, wnoszenia zarzutów procesowych, a nawet wnoszenia apelacji. Innym przykładem szerokiego zastosowania zasady dyspozytywności były bardzo częste sytuacje zawieszania postępowania na czas próby zawarcia ugody.

Próba ograniczenia szerokiego zastosowania zasady prywatnej skargi i dyspozytywności, była konstytucja z 1588 dotycząca zabójstw szlachty. Wprowadzała ona – *iakoby głównik siedzenia w wieży nie uchodził* – obowiązek złożenia i popierania skargi przez rodzinę ofiary, zakazując jednocześnie jednania w tego typu sprawach. Dopuszczała także – w określonych okolicznościach – wystąpienie starosty ze skargą publiczną (skarga subsydiarna). Jednak skuteczność tych obostrzeń była wątpliwa. Z pewnością nie spowodowała ona – ugruntowanego w tradycji – pojednania i kompromisu w sprawach o zabójstwo. Skarga starościńska też była zjawiskiem sporadycznym: w badanej praktyce sądów ziemskich na Mazowszu nie odnaleziono przykładu jej stosowania.

Zasada jawności przejawiała się zarówno w aspekcie formalnym (obecność osób postronnych na sali rozpraw), jak i materialnym (jawność postępowania dla storn procesu). W związku z nią zwykle

wymagano obecności obu stron przy przeprowadzaniu środków dowodowych: np. składaniu przysięgi, czy też wywodzeniu *skrutynium* (w tym przypadku stosowano nawet specjalny przypozew *ad deducendum scrutinii*). Z kolei kwintesencją samego przewodu sądowego był spór między stronami (kontradykcyjność), wywodom i argumentacji których przysłuchiwał się dość biernie sąd. W związku z powyższą zasadą najbardziej charakterystycznym, formalnie wyodrębnionym, momentem rozprawy było tzw. zagruntowanie sporu (*litis contestatio*). Następowало ono w sytuacji, gdy pozwany negował istotę roszczenia przedstawionego przez powoda. Pewną ciekawostką może stanowić fakt, że w sytuacji gdy pozwany odmawiał wyrażenia swojego stanowiska co do sedna sprawy, mazowieckie sądy ziemskie wydawały wyrok zaoczny – tak jakby strona pozwana była nieobecna na rozprawie.

W średniowiecznym procesie ziemskim najbardziej jaskrawe przejawy funkcjonowania formalizmu procesowego stanowiły: odrzucenie pozwu na skutek nawet niewielkich – nieistotnych dla roszczenia – błędów oraz upadek w dowodzie przy błędnym wypowiedzeniu rot przysięgi dowodowej. *Formula processus* zносиła pierwszą niedogodność, uznając, że nawet pozew obarczony poważną wadą w elemencie istotnym można było konwalidować na rokach sądowych, płacąc jedynie stosunkowo niewielką karę za błąd. Postanowień tych jednak nie stosowano w praktyce przed sądami mazowieckimi, bardzo formalistycznie podchodząc do kwestii pozwów. W jednym z badanych przypadków nawet odrzucono pozew ze względu na wpisanie wysokości roszczenia (tzw. taksy) za pomocą cyfr, nie zaś – słownie. Należy uznać, że zanikły za to – podobnie jak przed innymi sądami – negatywne konsekwencje błędów przy składaniu przysięgi. Osłabiało to nacznie zasadę formalizmu, lecz z drugiej strony, na przełomie XVI i XVII w. zaczynał się kształtować formalny podział na stadia rozprawy z uściśloną kolejnością wnoszenia zarzutów procesowych.

Do powyższego katalogu dodać można jeszcze zasady charakterystyczne dla postępowania dowodowego: prawdy formalnej i bliższości do dowodu. Niezmiernie dyskusyjne – by nie rzec wątpliwe – jest istnienie formalnej (ustawowej) teorii dowodowej. Wprawdzie piśmiennictwo prawnicze tej doby wskazywało na pewną hierarchię dowodów, które z kolei służyć miały sędziemu do przyznania jednej ze stron prawa do przeprowadzenia dowodu, lecz w prowadzonych badaniach nie udało się odnaleźć wyraźnych argumentów potwierdzających jej stosowanie. Kwestia ta jest jednak daleka od rozstrzygnięcia i wymaga dalszych badań.

Баліцька О. Ю.,

викладач кафедри цивільного права факультету з підготовки фахівців для підрозділів кадрового забезпечення та міліції громадської безпеки Львівського державного університету внутрішніх справ

ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРАВОВІДНОСИН

Стрімкий розвиток сучасного суспільства накладає значний відбиток і на розвиток науки, загалом, і на розвиток філософії права зокрема. До прикладу, з одного боку, нині наука значно підвищила та згуманізувала образ людини як і, з другого боку, призвела, новітніми науково-технологічними розробками, до виникнення низки глобальних проблем, котрі, тією чи іншою мірою, ставлять під сумнів існування людини та її виживання у пліні світових глобалізаційних і трансформаційних процесів.

У цьому контексті актуалізуються питання пов'язані з дослідженнями правовідносин у рамках засад філософії права.

Проте аналіз останніх наукових досліджень зазначеної проблематики дає можливість констатувати, що питання філософсько-правового виміру правовідносин досліджувалося здебільшого у загальному плані, натомість правовідносин як об'єкта філософсько-правового дослідження не завжди приділялася достатня увага. Це й зумовило мету нашої наукової розвідки.

У рамках правового впливу на суспільство відображаються правовідносини як урегульовані правом суспільні відносини. Зрештою, правові норми регулюють не суспільні відносини, а поведінку людей, що, за суттю, не одне і теж. Тому правовідносини в їх строгому, філософському розумінні (правова структура), – не результат, а засіб правового регулювання. Отже, для з'ясування суспільних відносин і діяльності слід опертися, передовсім, на філософське трактування терміну «відносини» як родового щодо терміну «суспільні відносини», котрі є різновидом відносин загалом. На думку С. С. Алексеєва, правовідносини – сформований на ґрунті норм права індивідуалізований суспільний зв'язок між особами, що характеризується наявністю суб'єктивних юридичних норм та обов'язків і підтримується (гарантується) примусовою державною силою [1, с. 82]. Таким чином слідує, що правовідносини – це суспільний зв'язок між особами, їх спільнотами, державою, органами державної влади тощо.

Крім того, трактування правовідносин передбачає індивідуалізацію змісту та смислу прав і свобод, визначеність типу поведінки, яка б слугувала оцінюванням того чи іншого вчинку суб'єкта правовідносин. Звісно ж необхідно брати до уваги закінчену та повну визначеність правовідносин на певній стадії свого розвитку. До прикладу, кримінальні правовідносини формуються у контексті вчиненого правопорушення, але повноцінного визначення набувають виключно після винесення звинувачувального вироку.

Таким чином, правовідносини, передовсім, – міжособистісний зв'язок в контексті реальних, фактично існуючих, за наявності прав і обов'язків, фіксованих міри поведінку осіб. Безумовно, в цьому випадку й доцільно розглядати правовідносини, власне, у філософсько-правовому розумінні честі, гідності та ділової репутації особи як суб'єкта правовідносин.

До прикладу В. С. Бліхар зазначає, що соціальність права впливає з того, що право існує і діє в суспільстві, адже виникає як найоптимальніший засіб організації, орієнтації та соціального контролю для забезпечення правомірного функціонування суспільства і його розвитку. У межах цієї точки зору особливості соціальної дії права проявляють себе у процесі функціонування правової системи [2, с. 50]. На його думку, практичну діяльність особи доцільно розглядати як своєрідну регуляторну систему, оскільки поза регуляторністю не спроможна проявитися свобода особи. Тим більше, що без регуляторності думок і вчинків особа позбавляє себе самоусві-

домлення, усвідомлення іншої людини тощо. Більше того, усвідомлення регуляторності уможливує існування принципу свободи від неконтрольованих потягів та зовнішніх впливів. До певної міри самопізнання представляє історії принцип «себе заради іншого» у загальній системі міжособистісних стосунків. Відмова від недоторканості закорінених у свідомості установок та уявлень про смисл навколишнього, необґрунтовані правила поведінки – це саме ті умови, які за своєю природою забезпечують можливість універсалізувати цілість людських стосунків, а це, у свою чергу, буде запорукою єдності багатоманітності [2, с. 51]. «Отже, – зазначає дослідник, – існує безпосередній зв'язок того чи іншого розуміння сутності людини зі смыслом людського життя, оскільки смисл людського життя має історичний характер і трактується по-різному. Смисл життя пов'язаний із розумінням мети життя як уявного чи очікуваного результату діяльності людини, із вибором життєвого шляху, який пов'язаний із життєвою позицією та способом життя. Тобто життєва позиція людини реалізовується в її ж способі життя: заради чого та як людина живе, як діє і якими є її стосунки з іншими людьми, із суспільством [2, с. 52].

У загальному, термін «відносини» у філософській транскрипції означає зв'язок між деякою сутністю і тим, що з нею співвіднесено. Тому необхідно розглядати їх у рамках відповідної категоріальної тріади: річ, властивість і відношення. Ґрунтуючись саме на цій тріаді формується пізнання будь-якого об'єкта дійсності. В принципі, відносини між речами формуються внаслідок обміну певними властивостями, проте розуміння суті речі, в даному випадку суто філософське, вкрай відрізняється від звичайного уявлення про неї. Адже для визначення речі в її фізичній, просторово обмеженій інтенціях філософія користується терміном «тіло». Тому річчю може вважатися будь-який самостійний предмет виокремлений з-поміж інших явищ. Тобто, однією із найзагальніших і найважливіших ознак тієї чи іншої речі, безумовно, виступає те, що явище взяте у самостійному аспекті. Натомість, за умови, якщо один і той же предмет трактувати як належність до іншого предмету, то це вже буде властивістю. Остання, своєю чергою, є потенційним відношення, яке є реалізованою властивістю. Отже, взяти участь у відносинах означатиме прояв спільної природи з іншими співвідношеннями та з'ясування, у цьому випадку, різницю із співвідношеннями.

У такому контексті, необхідно зазначити, що проблематика змісту правовідносин є можливою лише в рамках соціально-правового смислу терміну «правовідносини», який, передовсім, характеризується виділенням у структурі правовідносин сукупності елементів. Мається на увазі – їх розуміння як певної цілісності, яка б містила в собі й елементи й структурні зв'язки між ними. Натомість із філософської точки зору це є можливим лише за умови трактування правовідносин, передовсім, як певної системи. Все ж таки слід брати до уваги існуючу різницю між онтологічними аспектами правовідносин як явища правової реальності та ґносеологічними аспектами категоріального апарату теорії правовідносин.

Висновки. Таким чином, підсумовуючи, можемо зазначити те, що поділ трактування правовідносин на філософський і суто правовий неодмінно стає корисним для удосконалення законодавчого регулювання, подолання одностороннього владно-командного характеру, як і, зрештою, надмірної не нормативності та декларативності. Своєю чергою, правовий вимір змісту правовідносин виражають не стільки реальні дії сторін, скільки відповідно можливі та обов'язкові, такі, що передбачені законом. Саме це й відобразатиме кореляційний зв'язок філософського та правового підходів до вивчення феномену правовідносин.

Список використаних джерел:

1. Алексеев С.С. Общая теория права: в 2-х т. / С.С. Алексеев. – Т.2 – М.: Юридическая литература, 1981. – 360с.
2. Бліхар В. С. Роль самопізнання у вирішенні проблеми деструкції особовості людини: філософсько-правовий аспект / В. С. Бліхар // Науковий вісник Волинського національного університету імені Лесі Українки : Філософські науки. – 2009.» № 919. – С. 49-53.

Іщук С. І.,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії та історії держави і права Національного університету «Острозька академія»

ПРАВОВІ МЕХАНІЗМИ СТИМУЛЮВАННЯ БЛАГОДІЙНИЦТВА У ЕКОНОМІЧНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ІНСТИТУТІВ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА

Потреба у розгляді питання економічної діяльності інститутів громадянського суспільства зумовлена тим, що сучасні економічні показники розвитку громадянського суспільства в Україні свідчать про відставання не лише від країн Європейського Союзу, а й від інших посткомуністичних країн. Таким чином, розгляд форм та методів державного регулювання діяльності інститутів громадянського суспільства в сучасних умовах є безумовно корисним для аналізу процесу становлення та розвитку громадянського суспільства.

Державне регулювання економічної діяльності інститутів громадянського суспільства варто розглядати в контексті певних механізмів підтримки таких інститутів. Так, в цілому державна підтримка інститутів громадянського суспільства може бути реалізована в таких формах як цільове фінансування, надання пільг, консультивання та організаційно-адміністративна підтримка, підтримка інститутів громадянського суспільства у сфері господарювання.

Механізми непрямой фінансової підтримки інститутів громадянського суспільства, передбачений податковим законодавством України, не обмежується лише спеціальним режимом оподаткування неприбуткових організацій. До системи пільг, які стимулюють діяльність інститутів громадянського суспільства варто додати механізми стимулювання благодійництва. Поряд із звільненням доходів інститутів громадянського суспільства у вигляді добровільних пожертвувань, благодійної допомоги та інших доходів від оподаткування, держава встановлює податкові пільги для благодійників, юридичних та фізичних осіб, з метою стимулювання такої діяльності.

Поширення та стимулювання благодійної діяльності є суттєвим резервом пом'якшення негативних наслідків кризових процесів, соціального захисту найуразливіших груп населення, зменшення навантаження видатків на Державний бюджет. Однак, як вважають представники експертного середовища, потенціал благодійної діяльності використовується вкрай недостатньо. За останні роки Україна посідає лише 150 місце у світовому рейтингу благодійності серед 153 держав і відповідно останнє місце з 26 держав у регіоні Центрально-Східної Європи [1, с. 11]. Саме тому створення сприятливих умов для благодійництва є одним із пріоритетних спільних завдань держави та громадянського суспільства.

Юридичні особи, які застосовують у своїй діяльності загальну систему оподаткування та сплачують податок на прибуток, мають право відповідно до підпункту 6 пункту 10 статті 138 Податкового кодексу України віднести до складу інших витрат звичайної діяльності суми коштів або вартість товарів, виконаних робіт, наданих послуг, добровільно перераховані (передані) протягом звітного року до неприбуткових організацій, внесених до Реєстру неприбуткових установ та організацій, у розмірі, що не перевищує чотирьох відсотків оподаткованого прибутку попереднього звітного року. Окрім того, юридичні особи мають право віднести до складу інших витрат фінансової діяльності суми коштів, перераховані первинним профспілковим організаціям на культурно-масову, фізкультурну та оздоровчу роботу, передбачені колективними договорами (угодами) відповідно до Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», в межах чотирьох відсотків оподаткованого прибутку за попередній звітний рік.

Наведений механізм стимулювання благодійництва при оподаткуванні юридичних осіб одразу зумовлює ряд зауважень: по-перше, у податковому законодавстві відсутні пільги для юридичних осіб, які застосовують спрощену систему оподаткування, обліку та звітності; по-друге, існуюче обмеження щодо розміру сум благодійної допомоги (чотири відсотки оподаткованого прибутку попереднього звітного року) охоплює як розмір матеріальної підтримки неприбуткових організацій, так і кошти, перераховані для первинних профспілкових організацій. Саме тому для реального стимулювання благодійництва юридичних осіб вказане обмеження повинно бути встановлене принаймні на рівні десяти відсотків від прибутку попереднього звітного року.

При оподаткуванні фізичних осіб Податковий кодекс України також передбачає механізм стимулювання благодійництва, який надає право благодійнику зменшити загальний річний оподатковуваний дохід з податку на доходи фізичних осіб. Так фізична особа відповідно до підпункту 3 пункту 3 статті 166 Кодексу має право віднести до складу податкової знижки суму коштів або вартість майна, переданих платником податку у вигляді пожертвувань або благодійних внесків неприбутковим організаціям, зареєстрованим в Україні та внесеним до Реєстру неприбуткових організацій та установ на дату передачі таких коштів та майна, у розмірі, що не перевищує 4 відсотки суми його загального оподаткованого доходу такого звітного року у вигляді заробітної плати.

Механізм стимулювання благодійництва фізичних осіб не позбавлений недоліків. Як слушно відзначають представники громадськості, чинне законодавство України позбавляє податкових стимулів для надання благодійної допомоги фізичних осіб-підприємців та самозайнятих осіб, що є порушенням статті 24 Конституції України [2, с. 108-109]. Така дискримінація зумовлена тим, що розмір податкової знижки з податку на доходи фізичних осіб, до складу якої фізична особа може включити благодійну допомогу, не може перевищувати суми річної заробітної плати. Більше того, в експертному середовищі висловлюється, на наш погляд, суперечлива пропозиція скасувати обмеження розміру податкової знижки річним доходом у вигляді заробітної плати.

Норми податкового стимулювання благодійництва містяться у правовому механізмі податку на додану вартість. Операції платників податку з надання благодійної допомоги, зокрема безоплатне постачання товарів чи послуг благодійним організаціям, утвореним і зареєстрованим відповідно до законодавства, а також надання такої допомоги благодійними організаціями набувачам (суб'єктам) благодійної допомоги відповідно до підпункту 15 пункту 1 статті 197 Податкового кодексу України звільнюються від оподаткування податком на додану вартість. До набрання чинності Податковим кодексом України у 2011 році громадські та релігійні організації могли надавати благодійну допомогу у вигляді непідакцизних товарів і послуг без сплати податку на додану вартість, однак проведена податкова реформа залишила таку пільгу лише для благодійних організацій.

Таким чином, наведені положення існуючих механізмів стимулювання благодійництва свідчать про необхідність системних змін, насамперед, у податковому законодавстві України щодо більш ефективного стимулювання благодійництва як основи функціонування інститутів громадянського суспільства.

Список використаних джерел:

1. Про стан розвитку громадянського суспільства в Україні: аналітична доповідь / А. В. Єрмолаєв, Д. М. Погорелов, О. А. Корнієвський [та ін.]. – К. : Національний інститут стратегічних досліджень, 2012. – 48 с.
2. Правові умови розвитку громадянського суспільства в Україні. Що потрібно зробити? / М. В. Лациба, А. О. Красносільська [та ін.]; Український незалежний центр політичних досліджень. – К. : Агентство «Україна», 2011. – 132 с.

Клименко Н. И.,

доктор юридических наук, професор кафедри уголовного права и криминологии юридического факультета криминального права и криминологии Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Пеньковский В. Ф.,

доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин и правосудия, Киевского университета рыночных отношений

ПРИНЦИПЫ СПРАВЕДЛИВОСТИ В ИНСТИТУТЕ СОБСТВЕННОСТИ РИМСКОГО ПРАВА И СОВРЕМЕННОСТЬ

На протяжении столетий в процессе формирования римского права принцип справедливости закладывался в основу многих источников (законов, постановлений сената, эдиктов магистратов, конституциях принципсов, ответов знатоков права) институтов права (особенно института обязательного права) отдельных правовых норм [6].

Обобщая принципы римского частного права, профессор Е. А. Харитонов первым из них определяет признание римскими правоведами справедливости права, как одного из главных основ жизни общества [4, с. 274]. Именно этот принцип можно признать главным достижением римской юриспруденции, духовной ценностью имеющей непреходящее значение в течении минувших веков и до настоящего времени.

Справедливость была признана категорией естественного права, которое считалось высшей мудростью и в котором, по определению юриста Ульпиана, отражалось то, чему природа научила все живое. [1, с. 157] Известный философ школы стоиков и император Марк Аврелий, рассматривая природу, как наиболее совершенное явление, из которого исходит справедливость, порождаящая в свою очередь прочие добродетели [1, с. 113].

Само право, по определению юриста Цельса, есть наука о добром и справедливом. Принципы естественного права воплощались римскими законодателями в нормах позитивного права.

В римской юриспруденции справедливость рассматривалась не как равный подход к любой жизненной ситуации: то, что в одних условиях признавалось справедливым, в иных случаях таким не считалось, под сомнение ставилось слепое следование букве закона, что и нашло отражение в афоризме «высший закон может быть высшей несправедливостью». Точного, формализованного определения справедливости в римской юриспруденции нет. На протяжении столетий представители интеллектуальной элиты разных народов пытались сформулировать своё понятие справедливости. Эти определения в своей сущности не только различные, но нередко и прямо противоположные [7].

С нашей точки зрения, наиболее близкая к римской, но несколько идеализированная, трактовка справедливости изложена в середине XX века выдающимся мыслителем, философом и юристом Иваном Ильиным. Исходя из формулы римской юриспруденции «воздать каждому своё», И. Ильин видит сущность справедливости в неодинаковом обращении с неодинаковыми людьми, ибо люди неравны от природы, неравны по своей силе и способности, неравны и по своему социальному положению, и поэтому нельзя возлагать на них одинаковые обязанности, нельзя взыскивать со всех одинаково. В основе справедливости лежит «живая совесть и живая любовь к человеку», нежелание «умножать на земле число обиженных, страдающих и ожесточённых» [8, с. 12-17].

Как подчёркивает профессор Д. В. Дождев: «В адвокатской практике римских юристов стало обычным защищать справедливость вопреки установленному праву».[2.29] В творчестве римских юристов характерны такие изречения: «Во всех делах, особенно же в праве, нужно помнить о справедливости», «естественная справедливость предпочтительнее строгого пра-

ва», «злой умысел никому не должен пойти на пользу под предлогом права, вопреки естественной справедливости.»

Общепризнанным является факт того, что право собственности является центральным институтом любой правовой системы и определяет характер всех иных институтов частного права (обязательственного, наследственного, семейного). Но именно в этом институте права принципу справедливости приходилось и приходится противостоять экономическим и политическим интересам влиятельных в государственной и общественной жизни лиц.

Римское право предусматривало различные виды собственности: квинтскую, перегринов, провинциальную, бонитарную и др. Постепенно к третьему веку нашей эры различия всех этих видов собственности сглаживаются. Но на протяжении всех периодов истории в Риме можно констатировать формирование государственной, частной и коллективной собственности, причём сфера распространения и роль государственной собственности в период ослабления могущества империи усиливалось, что было попыткой укрепления экономической основы страны. Разновидностями коллективной собственности были угодья общего пользования, общинные поля, собственность ассоциаций, корпораций и других объединений. И государственный интерес и интерес общности людей оценивались не только с позиции экономической целесообразности, но и с позиции справедливости.

Римское право неоднократно подвергалось критике как такое, что сформировало культ частной собственности. Критиками выступали представители левых и революционных взглядов, интеллектуалы консервативного направления (славянофилы в России) и др. Такие оценки являлись и являются достаточно спорными. В Римском праве закреплялись многочисленные ограничения частной собственности: это сельские и городские сервитуты, эмфитевзис и суперфиций, законодательное ограничение процентов по кредитам, издание законодательных актов лишаящих кредиторов права истребовать долги у заёмщиков (счастливые весны), обязывающих богатых собственников вкладывать капитал в сельское хозяйство и др. В законодательстве предусматривался перечень объектов, которые в силу их особого общественного значения исключались из торгового оборота и не могли обращаться в частную собственность: общественные дороги, реки, городские стены, укрепления, храмы и др.

Особый интерес в аспекте справедливости представляет также законодательство направленное на борьбу против роскоши то-есть того, что по мнению римских философов и юристов не было ни полезным, ни необходимым, но использовалось для демонстрации богатства и превосходства над другими людьми. В многочисленных нормативных актах предусматривалось ограничение демонстрации роскоши, особенно со стороны государственных чиновников (магистратов): ограничивалась высота частных домов и украшений их фасадов, запрещался выезд в городе на повозке с двуконной запряжкой, ограничивалось количество драгоценностей на женском убранстве, устанавливался максимальный предел численности приглашённых на пиры и т.п. Известен случай, когда сенатор Корнелий был исключён из сенаторского сословия за приобретение сервиза из серебра. Роскошная жизнь, как считали римские юристы и политики, расшатывала семейные узы, приводила к глубокому падению нравов, и тем самым подрывала основы государственного могущества.

История римского права демонстрирует нам и глубокие конфликты между стремлениями воплощения идеи справедливости и частными интересами. Наиболее ярко это проявилось в борьбе за землю. Желание выдающихся государственных деятелей, братьев Гракхов, ограничить крупное земледелие и раздать часть земли бедным крестьянам закончилось гибелью их и их сторонников.

Проводя некоторые параллели между нормами гражданского права Украины и нормами римского права следует констатировать как достоинство действующего Гражданского кодекса включение в его текст принципа справедливости (ст.3) и запрещение злоупотребления правом (ст. 13). Многие нормы обязательственного и наследственного права, как и в далеком рим-

ском праве, отражают принципы справедливости, что нельзя сказать о третьей книге кодекса «Право собственности и иные вещевые права». Этот институт гражданского права изложен в аспекте либеральной идеи. Из него исключены предусматриваемые ранее понятия «трудовая собственность» и «коллективная собственность», неопределённо каких-либо ограничений в размерах и стоимости индивидуальной частной собственности включая и земельных участков. Нет в кодексе и понятия «предметы роскоши». Освещение сервитуттов более чем скромно. Провозглашённое в кодексе равенство всех форм собственности на практике проигнорировано, что подтверждается массовым преобразованием государственной собственности в частную, а также принудительной ликвидацией коллективной собственности на землю.

В итоге можно констатировать, что римские юристы возвысились над эгоистическими интересами определённых кругов господствующего класса жестокого рабовладельческого общества, создали, нередко рискуя ценой своей жизни (казнь юристов Папиниана, Ульпиана, Цицерона), универсальную теорию (принцип) справедливости в праве. Следование этому принципу, с учётом реалий жизни XXI века, в законотворческой и правоприменительной деятельности безусловно способствовало бы повышению как эффективности законодательных актов, так и их авторитету в обществе.

Список использованных источников:

1. Памятники римского права. – Москва: Изд. «Зерцало». – 1997.
2. Дождев Д. В. Римское частное право. – Москва: Изд. ИНФРА. – 1996.
3. Харитонов Є О. Нариси теорії цивілістики (поняття і концепти). – Одеса: Вид. «Фенікс». – 2008.
4. Марк Тулий Цицерон. Избранные сочинения. – Москва: Изд. «Художественная литература». – 1975.
5. Марк Аврелий. Наедине с собой. Размышления. – Киев. Изд. «Реал». 1993.
6. Бабич І. Г. Значення принципів природного права в еволюції римського приватного права. Римське право і сучасність: Тези доповідей міжнародної конференції (19 – 20 травня 2006 р. м. Одеса). – Одеса Вид. «Фенікс». – 2005.
7. Головченко О. Політико-правова й філософська сутність справедливості. // Віче. – 2012. – №22 – С. 19 -21.
8. Ильин И. А. Возвращение. – Минск: Белорусская Православная Церковь. – 2008.

Ковальчук В. Б.,

доктор юридичних наук, завідувач кафедри теорії та історії держави і права Національного університету «Острозька академія»

ПРАВОСВІДОМІСТЬ У ПОСТРАДЯНСЬКИЙ ПЕРІОД: З ДОСВІДУ ВІТЧИЗНЯНОГО ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ

Особливими рисами правової свідомості пострадянської доби, що притаманні і для українського суспільства, є домінування як в свідомості, так і в політиці, ідеології патерналізму, правовий нігілізм, відчуття правової безвідповідальності, особливо це характерно для чиновників органів державної влади.

Головною ознакою пострадянської правосвідомості є тотальний патерналізм, який тісно співіснує з прихованою зневагою до всього, що пов'язане з публічною владою, і що особливо небезпечно, з державою загалом. Впродовж сімдесяти років існування радянського режиму серед громадян прививалося почуття «батьківської турботи» про народ, який повинен безумовно довіряти публічній владі, натомість повністю нівелювалась особистість, яка наділена почуттям власної гідності.

Проявами такої ідеології сьогодні є занадто великі сподівання громадян щодо ролі держави у забезпеченні їх соціально-економічних прав. Так, відповідно до результатів загальнонаціонального опитування, яке було проведено з 17 по 22 травня 2013 року, 69% громадян України переконані, що переважна більшість громадян не зможуть прожити без опіки держави. Як відомо, за Основним Законом держава взяла на себе значний тягар достатньо вагомих соціальних зобов'язань. В цьому контексті можна чітко говорити про формування у громадян, у тому числі під впливом Конституції та інтерпретаційної діяльності органу конституційної юрисдикції, своєрідних патерналістських (щодо соціальних зобов'язань держави) установок.

Проявом патерналістської ідеології є також нехтування державною владою правами та свободами громадян, з одного боку, та зневіра самих громадян власними силами захистити ці права, у разі необхідності, з іншого. Так, державна влада впродовж всіх років незалежності декларуючи свою прихильність до ключової тези ліберальної ідеології – держава для людини, своїми діями постійно доводила протилежне. Яскравим прикладом цього є часте недотримання прав людини, включаючи фундаментальні права (право на свободу думки та слова, право на власність, право на мирні зібрання і т. д.). Не випадково за експертною оцінкою міжнародної недержавної дослідницької установи Freedom House Україна входить до числа «частково вільних» країн, для яких є характерним порушення політичних та громадянських прав, панування корупції, порушення принципу верховенства права та домінування в політичній сфері однієї політичної партії.

Проте і самі громадяни не завжди свідомі того, що вони володіють невід'ємними, невідчужуваними правами на які юрисдикція держави не поширюється. Більше того, для більшості громадян невідомий механізм захисту цих прав. Лише в ситуації повного відчаю вони звертаються до суду, в організований спосіб висловлюють своє незадоволення чи незгоду з діями (чи бездіяльністю) органів державної влади. Яскравим свідченням цього є результати соціологічного дослідження, яке було проведено з 27 лютого по 5 березня 2009 року. На запитання «Який спосіб захисту прав людини є найбільш ефективним в Україні?» 31,4% громадян відповіли – «важко відповісти».

Наступною ознакою пострадянської правосвідомості є правовий нігілізм, який є деформацією правосвідомості особи та суспільства, що характеризується усвідомленим ігноруванням

вимог закону, запереченням значущості норм та принципів права або зневажливе до них ставлення. Причини такої деформації правосвідомості мають глибинний характер. По-перше, вони зумовлені наступністю нігілістичних традицій – впродовж всього періоду існування СРСР формувалося нігілістичне ставлення до правових норм, які приймалися в угоду чинній владі і втілювалися в життя з порушенням принципів справедливості, свободи, рівності. Державу і право марксистська ідеологія трактувала не як інститути, основною цінністю яких є забезпечення інтересів та потреб людини і суспільства, а як, відповідно до висловлювання В. Леніна, «апарат примусу» та «засіб примусу» одного класу по відношенню до іншого. Саме в цей період на державному рівні обґрунтовувалися ідеї про відмирання держави і права при соціалізмі, про перевагу всесвітньої пролетарської революції над правами людини, про пріоритетність постанов комуністичної партії перед законами і т. п.

По-друге, правовий нігілізм є причиною кризи самої влади, яка виявилася неефективною ні в економічній ні в політичній сфері, що призвело до економічної нестабільності, інфляції, боротьби за владу, корупції посадових осіб, відсутності професіоналізму державних службовців тощо. Зневажливе ставлення громадян до законів, у тому числі Конституції, в значній мірі зумовлене і тим, що самі представники влади, включаючи вищих посадових осіб держави, не завжди добросовісно відносяться до чинного законодавства. Так, нерідко норми Основного Закону тлумачаться єдиним органом конституційної юрисдикції без урахування «букви» та «духу» закону, а лише з позиції політичної доцільності. Очевидно це і є одна з причин того, що згідно з результатами соціологічного дослідження 2008 року, лише третина громадян України вважає День Конституції святом, при тому, що лише 5% вважає його великим святом, в той час як свято 1 травня дійсно великим святом вважає 25% опитаних.

По-третє, недосконалість законодавства, в першу чергу Конституції, окремі норми якої є практично нездійсненні (передусім норми, що містять вагомні соціальні стандарти), породжує почуття правової незахищеності значної частини громадян. А враховуючи те, що велика кількість законів на думку громадськості в тій чи іншій мірі порушують права та свободи людини (візьмемо для прикладу реакцію представників середнього та дрібного бізнесу в зв'язку з прийняттям Податкового кодексу України), формування правосвідомого громадянина в Україні можна очікувати лише в далекій перспективі.

По-четверте, правовий нігілізм є наслідком неефективної правозастосовної діяльності. Зокрема, йдеться про недосконалість механізму введення в дію ухвалених нормативних актів, що породжує серед громадян зневіру в легітимність дій посадових осіб різних рівнів, законність правозастосовних актів, дій судових та правоохоронних органів. В зв'язку з цим актуальними видаються результати ще одного соціологічного дослідження, яке проводилося на початку квітня 2012 року і відповідно до якого населення вкрай негативно оцінило діяльність правоохоронної системи України. Так діяльність міліції позитивно оцінило лише 26% громадян, а негативно – 64%; діяльність прокуратури – позитивно 23%, негативно – 64%; діяльність судів – позитивно 20%, негативно – 69%. Є всі підстави вважати, що після останніх резонансних кримінальних справ (в першу чергу мова йде про справу згвалтування у Врідіївці), в яких основними фігурантами були співробітники правоохоронних органів кредит довіри до цих органів в суспільстві різко знизився.

Ознакою пострадянської правової свідомості є відчуття правової безвідповідальності як держави перед особою, так і особи перед державою. В Україні як і в більшості посттоталітарних держав, які перебувають у стані демократичної трансформації, характерною є безвідповідальність органів державної влади перед суспільством. В значній мірі це зумовлено тим, що на законодавчому рівні передбачений абсолютний імунітет для окремих посадових осіб держави: президента, народним депутатів, суддів. Звичайно, не ставиться під сумнів частковий імунітет цих осіб, однак мова може йти лише про гарантування їх незалежного статусу виключно в межах виконання їх професійних обов'язків і в жодному разі такий статус не може розгляда-

тися як привілей, що ставить особу вище норми закону. Як відомо, правова норма наділена двосторонньою юридичною силою, тобто вона поширюється як на звичайних громадян, так і на тих, хто брав участь в її підготовці та прийнятті, чи тих, хто виступає у якості гаранта її дотримання. Що стосується представників влади, то вони повинні бути взірцем безумовного виконання не лише правових, але й етичних норм.

Однак, не лише окремі посадові особи держави, які наділені імунітетом, мають можливість перебувати поза законом та уникати правосуддя, це стосується і значної частини державних чиновників, які прикриваючись партійною приналежністю чи лояльністю до чинної влади набувають свого роду «неофіційного» імунітету. Щоправда, державна влада час від часу намагається демонструвати громадянам свою об'єктивність і незаангажованість у питаннях боротьби з корупцією (можна згадати хоча б кримінальну справу, яка була порушена проти экс-ректора Національного університету Державної податкової служби). Однак, такі дії з боку влади є епізодичними і безсистемними. Для України, як пострадянської держави, все ж залишається актуальним питання вибіркового правосуддя, на що неодноразово вказували міжнародні інституції, включаючи Європейську комісію за демократію через право.

Стереотипи пострадянської правосвідомості щодо правової відповідальності залишаються характерними і для значної частини звичайних громадян України. Установка про те, що будь-яка особа в тій чи іншій мірі несе відповідальність перед державою не стала домінантою правосвідомості для частини українського соціуму. Але, без усвідомлення того, що поряд з широким спектром демократичних прав та свобод людина в своїх діях щонайменше обмежена конституційними обов'язками, про формування громадянського суспільства з високим рівнем правосвідомості складно говорити. У загальному вигляді вказане положення сформульоване як конституційна вимога додержуватися конституції та законів держави, сплачувати податки, захищати вітчизну, тощо. Конституції окремих демократичних країн (наприклад Німеччина) містять вимогу, що громадяни зобов'язані захищати конституційний лад і вільний демократичний порядок.

Дотримання конституції та законів є невід'ємним обов'язком кожного громадянина навіть у разі, якщо на його думку закон є несправедливим по відношенні до громадянина, він зобов'язаний його дотримуватися (хоча б у частині, яка не порушує фундаментальні права), при цьому прикласти усі можливі зусилля для його зміни у легальний спосіб. Правосвідомий громадянин повинен усвідомлювати можливість застосування санкцій до нього з боку держави у разі недотримання ним норм чинного законодавства. Абсолютно протилежний підхід до розуміння своїх громадянських обов'язків можна спостерігати в період проведення виборів, коли громадяни, чи то в статусі звичайного виборця, який володіє активним виборчим правом, чи то в статусі члена виборчої комісії, свідомо порушують виборче законодавство на користь окремого кандидата чи політичної сили, сподіваючись при цьому уникнути юридичної відповідальності. Подібних прикладів можна навести достатньо багато не лише в політичній, але й у інших сферах життєдіяльності людини, при цьому всі вони будуть підтверджувати оцінку міжнародної установи Freedom House, про те, що Україна входить до числа «частково вільних» країн.

Литвяк Ю. Ф.,

студент 4 курсу Юридического інститута Іркутського державного університета

ОСОБЕННОСТИ НАЗНАЧЕНИЯ И ИСПОЛНЕНИЯ СМЕРТНОГО ПРИГОВОРА ИНКВИЗИЦИОННЫМ ТРИБУНАЛОМ

Смертная казнь являлась наиболее суровым наказанием, назначаемым Инквизиционным судом Римско-католической церкви. Высшая мера применялась в отношении следующих категорий еретиков: тех, кто отказывался признать свою вину, тех, кто упорствовал в ереси и не желал отречься от своих взглядов. Смертный приговор ожидал также ранее осужденных еретиков, вновь уличенных в ереси. Кроме того, к смертной казни приговаривали тех, кто уклонялся от преследования Инквизиционного трибунала и не присутствовал на процессе, а также еретиков, признание и раскаяние которых было сочтено за ложь.

Представляется заслуживающим внимания более подробное рассмотрение вышеназванных оснований применения смертной казни. Применяемым ранее других и наиболее безоговорочным основанием вынесения смертного приговора следует признать «упорство в ереси», под которым нужно подразумевать либо отказ признать вину, либо нежелание отречься от ереси. Именно в таких вероотступниках Церковь видела своих главных врагов, не заслуживающих никакого снисхождения. За подобные деяния Инквизиционный трибунал изначально считал необходимым применять высшую меру наказания.

Необходимо также обратить внимание на такое основание вынесения смертного приговора, как «возврат в ересь». Именно оно, начиная с середины XIII в., стало наиболее распространенным поводом применения высшей меры наказания. Под ним следует понимать повторное привлечение к суду Инквизиции лица, ранее обвинявшегося в ереси и примирившегося с Церковью, а затем снова подвергнутого обвинению. Это преступление было признано заслуживающим смерти позднее, чем «упорство в ереси», первоначально за него предусматривалось пожизненное лишение свободы. Однако уже Раввенский эдикт 1232 г. предписывал «предавать смерти всех, кто снова впал в ересь, а также тех, чье обращение было притворным» [1, с.194] В связи с наличием такого основания применения высшей меры возникал закономерный вопрос: следует ли включать в эту категорию подсудимых, которым обвинение ранее предъявлялось, но не было доказано, вследствие чего они остались «под подозрением, но без всяких улик» [1, с. 195]. Папа Александр IV постановил следующее: в основу решения вопроса должна быть поставлена степень тяжести подозрения. Если подозрение было тяжелое, оно должно признаваться доказательством виновности и поводом для осуждения к смертной казни. Если же подозрения было легким, то применять высшую меру не следует, однако наказание, назначаемое такому подсудимому, должно быть более строгим, чем предусмотренное за то же преступление, совершенное впервые. Для установления факта повторного преступления достаточно было даже того, чтобы обвиняемый выказал еретику дружеское расположение.

Включение осужденных заочно в перечень лиц, подлежащих смертной казни, можно объяснить тем, что сам факт уклонения лица от инквизиционного трибунала считался признанием вины и нежеланием раскаяться. К этой категории причисляли тех, кто скрывался от преследования Инквизиционного трибунала, а также тех, кто умер до вынесения приговора. Последнее, казалось бы, абсурдное положение, которое должно противоречить всякому здравому смыслу (как можно выносить смертный приговор тому, кто уже умер?!), на самом деле являлось вполне закономерным следствием политики, проводимой Римско-Католической Церковью в тот период. Дело в том, что вынесение смертного приговора сопровождалось кон-

фискацией имущества осужденных. Имущество казненных Инквизицией подлежало изъятию, наследники покойного лишались прав на него. В то же время никогда не поднимался вопрос об уплате долгов обвиняемого, так как считалось, что еретик не мог делать законных долгов. Его кредиторы теряли свои долговые обязательства [2, 31]. Также признавалось, что любая другая сделка, совершенная еретиком, не имеет юридической силы. На основании этого осуществлялось отчуждение имущества, которое было продано или передано в дар обвиняемым в ереси, без какой бы то ни было компенсации для нового владельца. Разумеется, Церковь была крайне заинтересована в применении смертного приговора – у нее была значительная материальная выгода в этом деле [3, 65]. «Зачастую процесс возбуждался с единственной целью – завладеть имуществом жертвы, так как Инквизиция проявляла не меньший, а часто даже больший интерес к состоянию своих жертв, чем к спасению их душ» [4, с. 144].

Так же следует отметить, что очень часто случаи вынесения смертного приговора сопровождались выкапыванием останков умерших, и их публичным сжиганием. Это делалось во многом для того, чтобы продемонстрировать невозможность избавления от Инквизиционного трибунала даже через смерть [5, с. 48].

Представляется целесообразным отметить особенности приведения приговора в исполнение. Его отличительной чертой было то, что сами инквизиторы не приводили это наказание в исполнение, а передавали осужденных светской власти. Однако не возникало никаких сомнений относительно того, как поступит с приговоренным светский правитель. Поэтому тот факт, что Инквизиция самолично не казнила осужденных, ни в коей мере не служит оправданием ее репрессивной деятельности. Последние сомнения в этом исчезают при ознакомлении с буллой папы Иннокентия IV Adextirpanda (букв. «Для искоренения»), изданной в 1252: «Когда признанные виновными в ереси отдаются в руки светской власти епископом (или его представителем) или инквизицией, подеста, или главный магистрат данного города должен немедленно их взять и в течение самое большее пяти дней привести в исполнение приговоры, вынесенные им» [6, с. 210]. Более того, в 1486 г. папа Иннокентий IV постановил, что любой муниципальный закон, который противоречит намерению Инквизиции применить смертную казнь, не имеет силы. Передача роли «палача» светской власти следует объяснять, вероятнее всего, желанием создать видимость человеколюбия и соблюдения церковных догматов. Существует мнение, что это делалось для того, чтобы «непременно сделать светскую власть соучастницей своих преступлений» [4, с. 146]. Представляется, что возложение данной карательной функции на светскую власть имело под собой также очень серьезную политическую подоплеку. Оно служило наглядной демонстрацией руководящей, направляющей роли Римско-католической Церкви по отношению к мирским правителям.

При наличии оснований для применения высшей меры наказания Инквизиция отлучала еретика от Церкви и «отпускала на волю» (именно так звучала формулировка, означающая вынесение смертного приговора). Приведение наказания в исполнение происходило путем проведения специальной процедуры «аутодафе» (от исп. «Акт веры») – публичного осуждения, объявления и исполнения приговора. Происходило это в местах большого скопления народа, очень часто в праздничные дни, чтобы как можно большее количество людей увидело казнь. Таким образом, можно сказать, что аутодафе исполняла роль своеобразной и, безусловно, весьма эффективной «общей превенции». Перед смертью еретика могла быть оказана «особая милость» – удушение, которое позволяло избежать мучительной агонии на костре.

Инквизиционный трибунал не знал смягчающих обстоятельств, за исключением полного подчинения обвиняемого воле судей. Последнее, стоит отметить, действовало далеко не всегда. Нарбоннский собор 1244 г. объявил, что «не следует никогда мужа щадить ради жены, отца ради детей, единственным кормильцем которых он являлся. Ни возраст, ни болезнь не должны влиять на смягчение приговора» [1, с. 172].

В заключение всего вышеизложенного, хотелось бы отметить, что особенности и порядок назначения смертной казни были обусловлены теми задачами, которые ставила перед собой Средневековая Инквизиция: подавление инакомыслия, устрашение народных масс, а также обогащение церкви и усиление ее влияния в обществе. Применение смертной казни, к тому же публичной и мучительной, являлось достаточно действенным орудием, которое способствовало осуществлению этих задач.

Список использованных источников:

1. Ли Г. Ч. История инквизиции в Средние века / Г. Ч. Ли. – Смоленск: Русич, 2002. – 635 с.
2. Арну А. История Инквизиции / А. Арну. – СПб: Евразия, 1994. – 635 с.
3. Васильев А. В. По следам «святых» преступлений: атеистические очерки / А.В. Васильев. – М.: Мол. гвардия, 1988. – 159 с.
4. Григулевич И. Р. Инквизиция / И. Р. Григулевич. – 3-е изд. – М.: Политиздат, 1985. – 448 с.
5. Бейджент М. Инквизиция / М. Бейджент, Р. Ли. – М.: Эксмо, 2003. – 347 с.
6. Лозинский С. Г. История папства / С. Г. Лозинский. – 3-е изд. – М.: Политиздат, 1986. – 382 с.

Турчак О. В.,

кандидат історичних наук, доцент, заступник начальника факультету з підготовки фахівців для підрозділів кримінальної міліції Львівського державного університету внутрішніх справ

«УКРАЇНСЬКЕ ПИТАННЯ» У МІЖВОЄННІЙ ПОЛЬЩІ 20-Х РР. ХХ СТ. В КОНТЕКСТІ ВРЕГУЛЮВАННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ВІДНОСИН

Однією з важливих національних проблем Другої Речі Посполитої було Українське питання. Лідери національного руху та й українське населення, що проживало в кордонах польської держави, підкреслювали своє прагнення до незалежності. Воно не було лише проблемою польської держави, а й мало загальноєвропейське значення.

Правовий статус української меншини був визначений, як міжнародними актами, так і внутрішніми законами держави. До них належав «Малий Версальський трактат» з 28 червня 1919 року щодо охорони національних меншин, Ризький мирний договір, підписаний 18 березня 1921 року.

Версальський договір остаточно не вирішив головного питання – про кордони Польщі. Він торкався мовного питання у східних воєводствах. Польський уряд брав на себе зобов'язання не чинити будь-яких обмежень вживання української мови [10, с. 63-82].

Специфіка державно-правового становища Галичини була підтверджена наступними рішеннями Версальської конференції, а саме Сен-Жерменським договором від 11 вересня 1919 р., за яким всі суверенні права на Галичину переходили до країн Антанти. Найвища Рада Мирної конференції постановою від 8 грудня 1919 р. відділяла польську Західну Галичину від української Східної так званою лінією Керзона. Ця лінія не відповідала етнічним кордонам Польщі. 10 липня 1920 р. польська делегація на конференції в Спа (Бельгія), погодилася визнати цю лінію східним кордоном Польщі. 12 липня 1920 р. міністр закордонних справ Великобританії Дж.-Н. Керзон направив більшовицькому уряду в Москві ноту з пропозицією припинити наступ Червоної Армії на цій лінії.

11 листопада 1919 р. Найвища Рада ухвалила «Статут для східної Галичини», за яким край, як автономія, переходив до Польщі на 25 років під наглядом Ліги Націй. Українська і польська мови оголошувалися в Галичині урядовими. Статут забороняв здійснювати у будь-якій формі польську колонізацію українських земель. Однак він був відхилений польською й українською сторонами. У зв'язку з цим Найвища Рада Мирної конференції відклала питання про Галичину [2, с. 148].

Позиція українських політичних сил зводилася до визнання тимчасового характеру польської окупації. [4].

З ініціативи фашистського уряду Італії 15 березня 1923 р. Рада послів Антанти, прийняла рішення про передачу Галичини Польщі [1].

Рада Послів у визнанні польської суверенності у Східній Галичині не давала застережень щодо обов'язку впровадження національно-територіальної автономії для української меншини [6; с. 40-49; 7, с. 176-190].

У червні 1921 р. польський уряд ухвалив рішення провести 30 вересня перепис населення. Емігрантський уряд ЗУНР і українські політичні партії розцінювали це як спробу спотворити етнонаціональний характер регіону. Населення підтримало бойкот перепису і в трьох східних воєводствах від перепису ухилилося до половини жителів.

Українці протестували також проти набору рекрутів і проведення у Східній Галичині парламентських виборів як таких, що не відповідали міжнародним зобов'язанням Польщі. Напру-

ження у відносинах між поляками та українцями у Східній Галичині підсилювала ліквідація 1 листопада 1921 р. намісництва у Львові і поділ його на три воєводства [5, с. 104-109; 7, с. 35-44].

Частина західноукраїнської політичної еліти, визнали перехід теренів заселених українцями під владу Польщі як національну загрозу. Вони вважали, що польська влада буде намагатися стерти національний характер цих земель і асимілювати українське населення [3, с. 37].

Польські урядовці у розв'язанні національних проблем опиралися на засади чинних конституцій. Конституції, прийняті у березні 1921 р і у квітні 1935 р., повинні були забезпечувати українській меншині громадянські, національні та релігійні права.

Березнева конституція 1921 р. допускала усіх громадян до публічної влади, передбачала творення автономних об'єднань публічно-правного характеру і окремого територіального самоуправління [9].

З польської точки зору у 1918 р. лише Східна Малопольща була територією, на якій офіційно визнано присутність української мови в публічному житті. Що ж до Волині і Полісся, то такий стан лише формально було толеровано. Остаточний стан справ був урегульований в східних законах від 31 липня 1924 року (*Lex Grabski*). Він допускав можливість користування української мови в урядах публічної адміністрації і органах самоуправління на територіях Львівського, Тернопільського, Станіславівського, Волинського і Поліського воєводств.

Найбільше контрверсій викликав мовний шкільний закон, який запроваджував засади утравізму. Його творці керувалися засадами, що державною мовою у внутрішньому житті і зовнішній кореспонденції є польська мова, яку повинні знати усі громадяни, а також, що українську мову слід допустити до публічної сфери тільки у випадку труднощів у порозумінні державною мовою або ж духовних потреб.[6, с.81–130].

Символічною у міжвоєнному часі була «війна про метрики» цивільного стану між греко-католицькою церквою і державною владою. Восени 1919 року згідно розпорядження митрополита впроваджено засади написання метрик українською мовою. Це зустріло негативну реакцію з боку державної влади.

Окремі польські дослідники визнають помилку польської влади щодо обмеження вживання української мови. На їх думку, з цього приводу державна позиція Другої Речі Посполитої, її престиж і стабільність не понесли би втрат. Одночасно, регулювання офіційного полонізаційного курсу, розширення повної двомовності на національно-змішаних територіях створювало б значно кращі умови до державної консолідації, а також зменшувало б етнічно-територіальне напруження [8, с.58].

Позиція українських сил у Галичині зводилася до визнання тимчасового характеру польської окупації. Однак, згодом вони розділилися на три групи: ліві сили займали радянофільську позицію і вбачали майбутнє Західної України у з'єднанні з УРСР; УНДО виступало за співробітництво з польськими урядовими чинниками, націоналістичні сили відстоювали гасла національної незалежності. Політика польських урядів у 20-х рр. ХХ ст. була спрямована на асиміляцію українців у Польщі.

Список використаних джерел:

1. Діло. – 1925. – 25 серпня.
2. Кугутяк М. Українська націонал-демократія 1918–1929. – Київ; Івано-Франківськ: Плай, 2002. – Т.1. – 534 с.
3. Лозинський М. За державну незалежність Галичини. Чому українська Галичина не може прийти під Польщу. – Відень, 1921.
4. Панейко В. Фатальна грамота // Діло. – 1928. – 17 березня.
5. Mańkowski Z. Traktat ryski i jego konsekwencje // *Warszawskie Zeszyty Ukrainoznawcze*. – 1996. – Z. 3. – S. 104–109.

6. Ogonowski J. Uprawnienia językowe mniejszości narodowych w Przewypospolitej Polskiej 1918–1939. – Warszawa, 2000.
7. Papierzyńska-Nurek M. Sprawa ukraińska w Drugiej Rzeczypospolitej. 1922-1926. – Kraków: Wydawnictwo literackie, 1979. – 390 s.
8. Potocki R. Polityka państwa polskiego wobec zagadnienia ukraińskiego w latach 1930–1939. – Lublin : IEŚW, 2003.
9. Zieleniewski L. Zagadnienie mniejszości narodowych w Konstytucji Rzeczypospolitej. – Warszawa, 1935.
10. Żyndul J. Państwo w państwie. Autonomia narodowo-kulturalna w Europie. – Śródkowoschodniej w XX wieku. – Warszawa, 2000. – S. 63-82.

Ханас В. А.,

курсант 2-го курсу факультету з підготовки фахівців для підрозділів кримінальної міліції Львівського державного університету внутрішніх справ

ІНСТИТУТ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ НЕДІЄЗДАТНИХ ТА МАЛОЛІТНІХ ОСІБ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Дана тема є актуальною і досить цікавою для розгляду, адже правопорушення вчиняють не лише особи, які наділені повною дієздатністю, але й малолітні і недієздатні особи, які також несуть відповідальність за неправомірні діяння. Слід звернути увагу на історичний аспект розвитку права, в якому відображається еволюція інституту відповідальності за вчинення правопорушення вищевказаними суб'єктами.

За загальним правилом, деліктна відповідальність покладається на осіб, які є повністю дієздатними (здатними своїми діями набувати та реалізовувати свої права та створювати для себе і виконувати цивільні обов'язки), а головне – деліктоздатними (здатними нести відповідальність за свої дії) [1].

Однак виникають ситуації, коли шкода завдається особами, які залежно від різних обставин не можуть повною мірою усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними [2]. У цьому випадку слід говорити про деліктні зобов'язання з так званим дефектним суб'єктним складом.

Україна має багатий історичний досвід законодавчого регулювання юридичної відповідальності малолітніх. На різних історичних етапах української державності по-різному вирішували питання не тільки про вік, з якого вона наступала, а й про заходи, які застосовувались до малолітніх правопорушників.

Розглядаючи становлення законодавства щодо особливостей відповідальності малолітніх, треба зазначити, що досить тривалий час законодавець взагалі не вирішував цього питання. Лише у XVII ст. ми можемо спостерігати такі положення в законодавстві, які визначають що особа, яка не досягла 7 років не може нести відповідальність, а саме смертну кару за вбивство [3].

У XVIII ст. досить прогресивно розвинулось законодавство щодо пом'якшення відповідальності малолітніх. Так, у Військовому статуті Петра I (Артикул 195) було зазначено, що покарання за крадіжку пом'якшується або особа взагалі не карається, якщо це дитина і вона може бути віддана батькам на виховання. Вже в цей період ми можемо спостерігати гуманізм щодо застосування покарання до малолітніх.

На той час велике значення мав вік особи, яка вчинила правопорушення. Відповідно до ст. 138 Зводу законів Російської імперії малолітніх віком до 10 років, які вчинили суспільно-небезпечні діяння, без втручання суду віддавали батькам чи родичам для перевиховання. Особи віком від 10 до 14 років, якщо встановлено, що вони діяли з «розумінням», підлягали загальним покаранням, окрім каторжних робіт та деяких інших [3].

Не слід забувати історію розвитку інституту відповідальності недієздатних осіб, які вчинили правопорушення, адже на сьогодні практично жодне дослідження правових проблем не відбувається без застосування історичного методу. Саме історія може допомогти знайти відповідь на сучасну проблему у правозастосуванні.

Одним із перших джерел права у 1669 р., у період царювання Олексія Михайловича, були видані «Новоуказные статьи», спрямовані на охорону суспільства від можливої шкоди, яку могли заподіяти душевнохворі, і, одночасно, на захист майнових інтересів самих хворих. Відповідно до Указу 1677 року, що стосувався майнових прав душевнохворих, глухі, німі і сліпі могли управляти своїм майном, а недоумкуваті не могли вести справи і управляти своїм майном [4].


Слід звернути увагу на те, що такий метод як визнання особи недієздатною на підставі рішення судово-психіатричної експертизи до 50-х років минулого століття застосовувався дуже рідко. З 1962 р. недієздатність стала встановлюватись судом, що привело до призначення судами судово-психіатричних експертиз для вирішення цього питання [5].

На сьогоднішній день визнання особи недієздатною та призначення будь-якого покарання не обходиться без висновку судово-психіатричної експертизи.

Отже, на основі вищезазначеного можна зробити висновок про те, що історичний аспект розвитку інституту юридичної відповідальності недієздатної та малолітньої особи відіграє важливу роль у застосуванні норм права у XXI столітті, адже без дослідження історії розвитку права, а також змін соціального життя у суспільстві неможливо значно покращити реалізацію державної політики у сфері забезпеченні прав і свобод людини і громадянина.

Список використаних джерел:

1. Академічний курс: Підручник.: У 2 т. / За заг. ред. Я.М. Шевченко. – Вид. 2-ге, доп. і перероб. – К.: 2006. – 520 с.
2. Цивільний кодекс України: офіційний текст: [Відомості Верховної Ради, (ВВР), 2003, № 40-44, ст. 356, із змінами, внесеними Законами: за станом на 11.08.2013] // [Електронний ресурс]. – Режим доступу // <http://zakon1.rada.gov.ua>.
3. Заїка Ю.А. Українське цивільне право / Ю.А. Заїка // Посібник. – К.: 2005 – С.356.
4. Свод законов Российской империи / Законы уголовные. – С.-Пб, 1842. – Т.15.
5. Ілейко В. Р. Історичний аспект розвитку поглядів на проблему дієздатності / В. Р. Ілейко // Галицький лікарський вісник. – 2003. – Т. 10, № 1. – С. 120.



**Конституційне право,
Адміністративне
право та процес,
Міжнародне право**

**Конституционное право,
Административное
право и процесс,
Международное право**



**Constitutional law,
Administrative
Law and Procedure,
International Law**

Dr. Milenko Kreća,

Professor, University of Belgrade Faculty of Law, judge ad hoc of International Court of Justice, member of the Permanent Court of Arbitration, judge ad hoc of ECHR, member of the Venice Commission (Serbia)

IS THE RULE ON AUTOMATIC SUCCESSION OF MULTILATERAL HUMAN RIGHTS TREATIES NECESSARY?

The author analyzes the very complex issue of succession of States in respect of human rights multilateral treaties by challenging the automatic succession rule. The analysis focuses on both theoretical perceptions of the automatic succession and its application in practice. In that regard, the article provides for a detailed analysis of not only the relevant jurisprudence of the International Court of Justice and its predecessor the Permanent Court of International Justice, but also the practice of States as regards the rule embodied in Article 34 of the Convention on Succession of States in Respect of Treaties. He devotes proper attention to events relating to the dissolution of the USSR, Czechoslovakia and the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia. The article further examines the relationship between automatic succession and notification of succession since the two concepts seem to be mutually exclusive. However, it also questions the most important argument in favour of the automatic succession rule – the claim that its absence would undermine stability and certainty in the international community.

Key words: Succession of States in respect of multilateral treaties. – Automatic succession. – Successor State. – International Court of Justice. – Notification of succession.

The primordial importance of multilateral treaties, especially human rights treaties within the international legal system, has generated extensive discussions on impact of territorial changes on their validity *vis-à-vis* successor States.

The discussion was concentrated *pro et contra* automatic succession principle, as the only alleged legal means of ensuring stability and certainty in treaty relations.

It appears that such approach was simplistic, based on the specific perception of the succession of multilateral treaties.

A different perception of the essence of succession opens room for the construction that safeguards the application of substantive provisions of general multilateral treaties expressing interests of the international community as a whole, on one hand, and protects the interests as well as practice of the successor States, on the other, outside the frame of automatic succession.

1. THEORETICAL VIEWS

The theory of automatic succession of treaties is not a new one. It is basically a *ratione materiae* narrowed projection of the oldest theories of succession of States, based on strict analogy with the notion of inheritance in civil law and the concept of legal succession (substitution + continuation) according to which «(d)er Nachfolger des Volkerrechts aber tritt im Rechte und Pflichten seines Vorgängers so ein als wären es seine eigenen» [1].

In a new, modified form it emerges in the pronouncements of various UN human rights bodies during the nineties of the last century. *Exempli causa*, Human Rights Committee at its session in March/April 1993 declared that «all peoples within the territory of a former State party to the Covenant (International Covenant on Civil and Political Rights – M.K.) remained entitled to the guarantees of the Covenant and that, in particular, Armenia, Georgia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkmenistan and Uzbekistan were bound by the obligations of the Covenant as from the dates of their independence» [2]. Similar terms were couched in a declaration with regard to Bosnia and Herzegovina, Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia [3]. Kamminga, one of the protagonists of automatic succession of human rights treaties says, trying to explain the special position of human rights treaties, that: «From policy point of view, its importance lies in the fact that massive human rights violations often occur precisely during the

period of political instability which tend to accompany State succession. In such circumstances there is an urgent need to know the precise extent of the international obligations which are incumbent on the successor State» [4].

These and similar declarations and considerations are rather statement of policy [5] or plea for the establishment of automatic succession as regards human rights treaties, than legal argument supporting its existence in terms of positive international law.

The argument that possesses some credibility in legal terms seems to be a doctrine of acquired rights, according to which «rights granted under human rights treaties are not affected by state succession...» [6] For «As a matter of fact private rights may consist not only of property right...» [7], and the doctrine of acquired rights «applies *a fortiori* with respect to human rights» [8].

The only legal means by which the principle of acquired rights might be extended to human rights is an analogy, for as Kamminga correctly states, private rights may consist not only of property rights «as a matter of fact». Not as a matter of law as it stands.

Analogy *in concreto* involves reference to the opinion of the Permanent Court of International Justice in German Settlers in Poland case. In that advisory opinion the Court stated *inter alia*: «Private rights acquired under existing law do not cease on a change of sovereignty. No one denies the German Civil law, both substantive and adjective, has continued without interruption to operate in the territory in question. It can hardly be maintained that although the law survives, private rights acquired under it perished...» [9].

The extension of the opinion of the Court as regards acquired rights to human rights appears to be a complex matter.

Apart from inherent controversies of the very notion of acquired rights [10] some intrinsic requirements needed to be met for the application of analogy. Two of them are of special relevance in this particular matter. *Primo*, the facts surrounding the issue of acquired rights in German Settlers case must be identical or substantially similar to those relating to human rights [11]. Further, the issue was considered outside the context of succession of States [12]. Finally it appears that the real issue the Court dealt with was the principle of equality of nationals stipulated by Minorities Treaty. For, as the Court stated: «By the Minorities Treaty Poland has agreed that all Polish nationals shall enjoy the same civil and political rights and the same treatment and security in law as well as in fact. The action taken by the Polish authorities under the Law of July 14th, 1920, and particularly under Article 5 is undoubtedly a virtual annulment of the rights which the settlers acquired under their contracts and therefore an infraction of the obligation concerning their civil rights. It is contrary to the principle of equality in that it subjects the settlers to a discriminating and injurious treatment to which other citizens holding contracts of sale or lease are not subject» [13].

Secundo, temporal element must be taken into account in the application of analogy. The purpose of using the analogy lies in filling *lacunae* in law in the judicial process or in the construction of *de lege ferenda* in theoretical considerations.

Hence, the importance of the state of affairs in the law of succession with respect to multilateral treaties, including human rights, in a given moment. Do *lacunae* exist in that regard?

If, as it seems from the consistent [14] practice of the successor States in the last decade of XX century, accepted by members of the international community, the customary rule is inconsistent with the doctrine of automatic succession emerged, then *lacunae* and use of analogy in judicial process have no place.

The analogy with acquired rights in this case is possible on a theoretical level, as a basis for the construction of a new rule of succession in respect of human rights treaties in terms of automatic succession.

2. JURISPRUDENCE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

The jurisprudence of the International Court of Justice regarding automatic succession of multilateral treaties seems to be unclear and confusing, dictated by the specific circumstances of the cases the Court dealt with.

The issue of automatic succession of human rights treaties was raised in the Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Former Republic of Yugoslavia).

In its Memorial Bosnia and Herzegovina asserted, *inter alia*, that «automatic continuity clearly is in any case, the prevailing rule of international law, applying to succession to multilateral conventions on human rights, like the Genocide Convention» [15]. In the view of Bosnia and Herzegovina rule of automatic succession is the part of customary law [16].

Third Preliminary Objection, raised by Yugoslavia, has been based on the view that the rule of automatic succession of multilateral treaties embodied in Article 34 of the Convention on Succession of States is not applicable as a rule of customary international law, for it has been in the Convention not as a result of codification but as a result of progressive development [17].

In its Judgment on Preliminary Objections, the Court refrained from giving answer to the controversy. It found that: «Without prejudice as to whether or not the principle of «automatic succession» applies in the case of certain types of international treaties or conventions the Court does not consider it necessary in order to decide on its jurisdiction in this case, to make a determination on the legal issues concerning State succession in respect to treaties which have been raised by the Parties. Whether Bosnia and Herzegovina automatically became party to the Genocide Convention on the date of its accession to independence on 6 March 1992, or whether it became a party as a result – retroactive or not of its Notice of Succession of 29 December 1992, at all events it was a party to it on the date of the filing of its Application on 20 March 1993. These matters might, at the most, possess a certain relevance with respect to the determination of the scope *ratione temporis* of the jurisdiction of the Court» [18]

But, the Court did not completely exclude the possibility to apply the principle of automatic succession of multilateral treaties of humanitarian nature. Moreover, the wording of successive decisions on the matter gives an impression that the Court, in a shy and indirect way, alluded to such a possibility. First, in its Order on provisional measures of April 1993 [19] as well as in 1996 Judgment, the Court stated that the proceedings instituted before the Court «are between two States whose territories are located within the former SFR of Yugoslavia. That Republic signed the Genocide Convention on 11 December 1948 and deposited its instrument of ratification, without reservation, on 29 August 1950» [20]. The formulation «whose territories...», being a factual not a legal one, is basically unnecessary, but can act in conjunction with virtually identical wording of para. 1 of Article 34 of the Convention.

Further, the Court tacitly accepted the Bosnia-Herzegovina's characterization of Genocide Convention as a human rights or humanitarian treaty, although it is rather a convention of international criminal law.

Finally, the Court essentially declared retroactive effect as regards parties in the dispute of the Genocide Convention, finding that «the Genocide Convention – and in particular Article IX – does not contain any clause or object or effect of which is to limit... the scope of its jurisdiction *ratione temporis*...» [21]

However, the issue of automatic succession of human rights treaties and especially of the Genocide Convention, was extensively discussed in the separate opinions of Judges Weeramantry, Shahabuddeen and Parra – Aranguren.

Judge Weeramantry strongly advocated the principle of automatic succession of Genocide Convention as well as human rights treaties, considering that if the principle is not clearly recognized

«the international legal system would be endorsing the curious result that people living under guarantees that genocide will not be committed against them will suddenly be deprived of that guarantee, precisely at the time they need it most – when there is instability in their State. The anomaly of a grant followed by a withdrawal of the benefits, of such a Covenant as the International Covenant for Civil and Political Rights, becomes compounded in the case of the Genocide Convention, and the result is one which, in my view, international law does not recognize or endorse at the present stage of its development» [22].

In fact, Judge Weeramantry elaborated ten «Reasons favouring the view of automatic succession to the Genocide Convention» [23]. But, paradoxically, the two reasons that from a legal point of view are the most promising – «The obligations imposed by the Convention exist independently of conventional obligations» and «It (Genocide Convention M.K.) embodies the rules of customary international law» – do not work in favour of automatic succession. For, if the obligations embodied in the Genocide Convention are by customary nature or exist independently of Conventional obligations, then it is unclear why automatic succession of the Convention is vitally necessary?

Judge Shahabuddeen's opinion was that in order «To effectuate its object and purpose, the Convention would fall to be construed as implying the expression of a unilateral undertaking by each party to the Convention to treat successor States as continuing as from independence any status which the predecessor State had as a party to the Convention. The necessary consensual bond is completed when the successor State decides to avail itself of the undertaking by regarding itself as a party to the treaty. It is not in dispute that, one way or another, Yugoslavia is a party to the Convention. Yugoslavia has therefore to be regarded as bound by a unilateral undertaking to treat Bosnia and Herzegovina (being a successor State) as having been a party to the Convention as from the date of its independence.» [24].

It must be admitted that the interpretation of Judge Shahabuddeen is highly creative. As extensive, extratextual one, it exceeds the permissible interpretative framework. Especially, in relation to the provisions of the Convention as a whole. In addition, it places the successor States in an unequal position in relation to other Contracting Parties, depriving them of the right of choice stipulated by the Convention as regards some of its provisions (for instance, the right to put a reservation on Art. IX of the Convention).

True, Judge Shahabuddeen was going to make a construction that suffices «to answer the question in the case of the Genocide Convention in the light of specific features of this particular instrument» [25]. But, based on the judicial presumptions [26] it could not resist further developments in the Genocide case, as regards the status of the FR of Yugoslavia/Serbia in the United Nations and its status *vis-à-vis* Genocide Convention [27]. Last but not least, the basic element of the construction implying «the expression of a unilateral undertaking by each party to the Convention to treat successor States as continuing as from independence any status which the predecessor State had ...» has virtually no support in state practice [28]. Moreover, the practice went in the opposite direction. That practice seems to be in accordance with article XIII of the Convention, as well as the rule embodied in Article 24(3) of the Convention on the Law of Treaties.

In his separate opinion Judge Parra-Aranguren endorsed the importance of maintaining the application of conventions of humanitarian character, including Genocide Convention. To that effect he relied primarily on the Court's position taken in the Advisory Opinion on Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), according to which: «With respect to existing bilateral treaties, member States must abstain from invoking or applying those treaties or provisions of treaties concluded by South Africa, on behalf of, or concerning Namibia which involve active Intergovernmental cooperation. With respect to multilateral treaties, however, the same rule cannot be applied to certain general conventions, such as those of a humanitarian character, the non-performance of which may adversely affect the people of Namibia» [29].

The advice of the Court however, can not be taken as relevant as regards the issue of automatic succession of multilateral treaties, for it has nothing to do with. It represents only advice on those dealings with the Government of South Africa which, under the Charter of the United Nations and general international law, should have been considered as inconsistent with Res. 276 (1970), because they might imply recognizing South Africa's presence in Namibia as legal [30].

In the Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), the Court in its Judgment on Preliminary Objections put the Declaration of 27 April 1992 in a broader context of the succession in respect of treaties. Basically, the Court treated it as a notification of succession. The reasoning of the Court, as regards the succession in respect of multilateral treaties, is coloured by the logic of automatic succession.

The Court found that:» In the case of succession or continuation on the other hand, the act of will of the State relates to an already existing set of circumstances, and amounts to a recognition by that State of certain legal consequences flowing from those circumstances, so that any document issued by the State concerned, being essentially confirmatory, may be subject to less rigid requirements of form» [31].

And, further, that the idea is reflected in: «Article 2(g) of the 1978 Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties...defining a 'notification of succession' as meaning 'in relation to a multilateral treaty, *any notification, however framed or named*, made by a successor State expressing its consent to be considered as bound by the treaty'» [32].

The Court interpreted «being...confirmatory» [33] in the context of «an already existing set of circumstances... (amounting) to a recognition by that State of certain legal consequences flowing from those circumstances» [34]. Further, that the 1992 Declaration referred «to a class of instruments which was perfectly ascertainable... the treaty 'commitments'... the Genocide Convention was one of these 'commitments'» [35].

It appears that the Court started from the perception of notification of succession as confirmation that Serbia was bound by a «perfectly ascertainable» [36] class of instruments, which includes the Genocide Convention on the basis of law. Such an understanding might correspond to the grammatical meaning of Article 34 of the Convention on Succession of States in Respect of Treaties [37].

3. LEGAL NATURE OF THE RULE EMBODIED IN ARTICLE 34 OF THE CONVENTION

The crucial question is: what is the legal nature of the rule embodied in Art. 34 of the Convention in terms of dichotomy *lex lata* / *lex ferenda*?

It seems indisputable that at the time of the adoption of the Convention on Succession of States in respect of treaties, the automatic succession rule was *lex ferenda*.

As an Expert Consultant of the Conference, Sir Francis Vallet, emphasized: «The rule (in Article 2 – Succession of States in cases of separation of parts of a State – corresponding to Article 34) was not based either on established practice or on precedent, it was a matter of the progressive development of international law rather than of codification» [38].

Whether the rule *tractu temporis* became part of general international law throughout customary law or is *in statu nascendi*?

The State practice following the adoption of the Convention gives a negative answer to this question.

The Minsk Accords of 8 December 1991, signed by Russia, Belarus and Ukraine, providing for the unconditional commitment to honour treaty obligations of the USSR, appeared to lay conventional foundations for universal succession of the treaties of the former USSR. However, the subsequent Alma-Ata Accords modified the commitment to fulfil the treaty obligations of the former Soviet Union to the extent that such continuation was «in accordance with constitutional procedures» of the

successor State [39]. Acting on that basis, the Baltic republics opted to accede to the conventions of the USSR in their own right [40], while Moldova, Uzbekistan and Turkmenistan explicitly adopted the clean State model [41]. Turkmenistan, Kazakhstan, Kyrgyzstan and Tajikistan issued notifications of succession in their own right, without any reference to reservations and declarations made by the Soviet Union as a predecessor State [42]. Consequently, the former Soviet republics widely practised accession, as a means of binding themselves by multilateral treaties to which the USSR was a party.

The practice of the Czech and the Slovak Republics is also not free from inconsistency, although these two States notified the Secretary-General of the United Nations that they consider themselves bound by the multilateral treaties, to which the former Czechoslovakia was a party. Inconsistency is reflected not only in the fact that they consider themselves bound as from different dates (the Czech Republic as from 1 January 1993 and Slovakia as from 31 December 1992), but also because, in spite of confirmatory notifications relating to the multilateral treaties to which Czechoslovakia was a party, they also issued notifications on succession in respect of particular treaties, while they acceded to some others. Thus the Czech Republic became a party to the 1985 International Convention against Apartheid in Sports by succession, whereas Slovakia did not. Also, whereas Slovakia succeeded to most treaties on the date of general notification, the Czech Republic, in a number of cases, succeeded on the basis of notification of succession which followed on a later date [43]. As regards some multilateral conventions, the Czech Republic bound itself in the form of accession, although in question were conventions to which the former Czechoslovakia was a party such as, for example, the Convention on International Civil Aviation [44].

The legal situation as regards the former Yugoslav republics is much more contradictory. At first, while the FRY claimed continuity until 2000, Slovenia, Croatia, Bosnia and Herzegovina and Macedonia *ab initio* considered themselves as successor States and were recognized as such by the international community. Further, although declaratively favouring automatic succession in respect of multilateral treaties to which the SFRY was a party, in particular, Bosnia and Herzegovina and Croatia in proceedings before the Court, they did not apply the automatic succession pattern of treaty action in practice. Thus, for instance, Bosnia and Herzegovina designed its notification on succession to the Genocide Convention in terms of a «wish» to succeed to it, which fits in with the concept of succession in its own right, rather than automatic succession. Particularly illustrative is the case of the 1989 Convention on the Rights of the Child. Bosnia and Herzegovina is listed as having succeeded on 1 September 1993, Croatia succeeded on 12 October 1992, Slovenia succeeded on 6 July 1992 and Macedonia did so on 2 December 1993 [45]. None of these dates corresponds to the dates upon which those republics succeeded the SFRY according to the generally accepted opinion of the Badinter Arbitration Commission [46]. The Commission established the following dates in that regard: 8 October 1991 in the case of the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia, 17 November 1991 in the case of the Former Yugoslav Republic of Macedonia, 6 March 1992 in the case of the Republic of Bosnia and Herzegovina. Finally, this contradictory practice seems to be nothing more than the expression of a confused and ambivalent attitude towards the automatic succession rule. For example, at a meeting of Legal Advisers on International Public Law convened by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 14 -15 September 1992, the representative of Croatia noted that Croatia would respect all the treaties of the SFRY unless they conflicted with the Croatian Constitution [47]. Slovenia, as stated by its representative «had been invited to accede to some conventions to which former Yugoslavia had been a party and would like to be invited to accede to other conventions which had been ratified by the former federation» [48].

It comes out that the rule contained in Article 34 of the Convention on Succession of States in Respect of Treaties did not generate the rule of general international law on *ipso jure* transfer of the treaty rights and obligations from the predecessor State to the successor State.

Moreover, before the Convention entered into force in 1996, the automatic succession rule provided in Article 34 was modified by the practice of successor States, followed by acceptance of that practice

by existing States. It is important to note that the Convention entered into force with minimal number of fifteen expressions of consent to be bound almost eighteen years after its adoption, on one side, and due to the consent of successor States FYR of Macedonia, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Estonia, Slovakia, Slovenia, Ukraine which in their practice after gaining independence did not follow the spirit and the wording of Article 34 of the Convention, on the other.

None of the successor States applied the practice of confirmatory notification in a generalized form, which alone perfectly corresponds with the conception of the *ipso jure* transfer of the rights and obligations from the predecessor State to the successor State(s), but declared themselves bound by the treaties of their predecessor State in their own name, applying different modalities. In addition, universal succession implies not only *ipso jure* transfer of treaty rights and obligations, but transfer *uno actu* comprising *all* the treaty rights and obligations of the predecessor State, together with the reservations made, excluding boundary treaties or territorial settlement. The fact that the modalities applied have, or may have, the effect of a *continuum* of treaty rights and obligations does not mean automatic succession – although it is implied – because that *continuum* is created not by the operation of the rule of International Law (*ipso jure*) but by the will of the successor State. It is difficult, *exempli causa*, to qualify the notification of succession of Bosnia and Herzegovina of 29 December 1992 in terms of automatic succession if it states that «*having considered* the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948 to which the former SFRY was a party, *wishes to succeed* to the same.» [49] Successor States, most of them being at the same time Contracting Parties to the Convention on Succession of States in respect of Treaties, treated the continuity rule provided in its Article 34 «only as main and general flexible rule covering everything that has emerged in the region involving State succession» [50]. The residual and *jus dispositivum* nature of the rules on succession on the one hand, and the general notion of succession of States given in Article 2, paragraph 1 (b), of the Convention, leaving aside any connotation of inheritance of rights and obligations on the occurrence of change of sovereignty, on the other, give supportive force to such practice of successor States.

4. RELATIONSHIP BETWEEN NOTIFICATION OF SUCCESSION AND AUTOMATIC SUCCESSION

In the light of common sense and legal consideration, it seems clear that «automatic succession» and «notification of succession» are mutually exclusive. The effect of automatic succession would consist of the automatic, *ipso iure* transfer of treaty rights and obligations from the predecessor State to the successor State. In that case, therefore, the succession does not occur as a result of the will of the successor but on the basis of the norm of international law which stipulates the transfer of treaty rights and obligations as a consequence of the replacement of one State by another, in the responsibility for the international relations of a territory. «Notification of succession» has a rational and legal justification only in cases in which the transfer of treaty rights and obligations or the modalities of that transfer, depend on the will of the successor since, *ex definitione*, it represents «any notification, however phrased or named, made by a successor State *expressing its consent to be considered as bound by the treaty*». In other words, it is applied in cases when the successor State is not bound by the norms of objective international law, to continue to apply the treaties of its predecessor to its territory after the succession of States but is entitled to consider itself as a party to the treaties in its own name.

Misunderstanding stems from the broad use of the expression «notification of succession».

In United Nations practice such notifications are called – «declarations» [51]. «Notification» of a function is a rather loose qualification of the practice of States, in the form of a «note» without the suffix of succession» [52] to declare themselves bound uninterruptedly by multilateral treaties concluded on their behalf by the parent State before the new State emerged to full sovereignty or to deposit their own instruments of acceptance of such treaties, effective from the date of deposit

of the new instrument. It would therefore be more opportune to speak of a «declaration of entry into the treaty». Furthermore, the mentioned «notes», as a rule, represented a form of realization of conventional obligations assumed by «devolution agreements».

The true meaning of the expression might be established within the frame of the law of treaties.

For, as the special rapporteur on the law on Succession of States in respect of treaties H. Waldock made it clear: «The Commission could not do otherwise than examine the topic of succession with respect to treaties within the general framework of the law of treaties... the principles and rules of the law of treaties seemed to provide a surer guide to the problems of succession with respect to treaties than any general theories of succession» [53].

The Convention on the Law of Treaties (1969) stipulates in Article 11 (Means of expressing consent to be bound by a treaty): «The consent of a State to be bound by a treaty may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, acceptance, approval or accession, or by any other means if so agreed».

The formulation of Article 11 of the Convention on the Law of Treaties does not exclude the *possibility* of notification of succession being understood as a means of expressing approval to be bound by a treaty. The operationalization of this possibility implies, however, the agreement of the parties for, in the light of treaty law as expressed in Article 11 of the Convention, «notification of succession» undoubtedly comes under «*any other means*» of expressing consent to be bound by a treaty but is conditioned by the phrase «if so agreed». From this viewpoint, «*notification of succession*» as a unilateral act of the State, constitutes a basis for a collateral agreement in simplified form between the new State and the individual parties to its predecessor's treaties. Thus «notification of succession» actually represents an abstract, generalized form of the new State's consent to be bound by the treaties of the predecessor State – a form of consent which is, in each particular case, realized in conformity with the general rule of the law of treaties on expression of consent to be bound by a treaty contained in Article 11 of the Convention on the Law of Treaties and prescribed by provisions of the concrete Treaty.

The practice of the Secretary-General as a depositary of Multilateral Treaties confirms such consideration.

«The deposit of an instrument of succession results in having the succeeding State become *bound, in its own name, by the treaty to which the succession applies, with exactly the same rights and obligations as if that State had ratified or acceded to, or otherwise accepted, the treaty*. Consequently, it has always been the position of the Secretary-General, in his capacity as depositary, to record a succeeding State as a party to a given treaty solely on the basis of a formal document similar to instruments of ratification, accession, etc., that is, a notification emanating from the Head of State, the Head of Government or the Minister for Foreign Affairs, which should specify the treaty or treaties by which the State concerned recognizes itself to be bound» [54].

5. DOES THE ABSENCE OF AUTOMATIC SUCCESSION RULE UNDERMINE STABILITY AND CERTAINTY?

The most important argument in favour of automatic succession rule is that, in the absence of *ipso iure* transfer of rights and obligations, there appears a time gap or, even termination in the application of the general multilateral treaties expressing the interests of the international community as a whole [55].

Judge Weeramantry expressed the thesis in following terms: «Without automatic succession to such a Convention (Genocide Convention – M.K.), we would have a situation where the worldwide system of human rights protection continually generates gaps in the most vital part of its framework, which open up and close, depending on the break up of the old political authorities and the emergence of the new» [56].

Such understanding of the effects of automatic succession in respect of multilateral treaties and treaties in general, is a clear demonstration of a specific perception of succession which may prove to be misleading. In that regard the very expression «succession in respect of treaties» is in its brevity imprecise and abstract, and as such can create confusion.

Sedes materiae of the issue lies in the question – what is the object of the succession of States in respect of treaties? Whether it is treaty qua treaty or rights and obligations that it creates?

The answer seems clear. For, treaty as a legal act is not law *per se*, but a source of law consisting of rights and obligations. Rights and obligations created by it are the very substance and *raison d'être* of a treaty as a legal act. Without rights and obligations contained in it, the treaty is an empty form deprived of any legal significance.

This fact should be taken as a starting point in considering the true and genuine meaning of the expression «succession of treaties». In this approach the focus shifts from the continuity of the treaty to the continuity of stipulated rights and obligations, opening up a whole different perspective on the issues of succession in respect of multilateral treaties. Of particular importance is the fact that such perception of succession does not affect stability and certainty but on the contrary maintains in force the provisions of multilateral treaties expressing fundamental interests of the international community as a whole.

All the treaties, including general multilateral treaties, are composed of substantive provisions and procedural ones.

In contrast to its procedural provisions, the substantive provisions of the general multilateral treaties adopted in the interests of the international community as a whole, being part of the *corpus juris cogentis*, bind any successor State, regardless whether it is, or is not, a Contracting Party to the treaty. The rules of *jus cogens* as peremptory, absolutely binding rules, bind *a priori* every State, being a successor or predecessor State, «even without any conventional obligation» [57].

In that regard, to speak about the automatic succession of substantive rules contained in universal treaties or general multilateral treaties adopted in the interests of the international community as a whole, is either superfluous or a wrong way of expressing, for those rules are *ab initio et suo vigore* binding on any successor State, regardless of the law on succession of States in respect of treaties.

The different position of the substantive and the procedural provisions of universal treaties or general multilateral treaties which express the interests of the international community as a whole is not contradicting the legal nature of succession in respect of treaties, either.

Substantive obligations in universal treaties being «the obligations of a State toward the international community as a whole» [58] are the obligations of «a State», regardless of its legal position in terms of whether it is a new State or the existing one. Opposite to them stand procedural provisions of such treaties, including provisions such as those of Article IX of the Genocide Convention which are not «obligations toward the international community as a whole», but obligations *intuitu personae* which are not binding upon the successor State without its consent.

Apart from these considerations, of utmost importance is the fact that the practice of successor States acting in its own name, as regards succession in respect of multilateral treaties to which their predecessor States were parties, demonstrates that basically they did not jeopardize the stability of treaty relations. As a rule they decided to be bound, either in the form of notification of succession or in the form of accession, from the date of gaining independence or a slightly different later date. The choice of a later date of commitment, which in itself does not affect the validity of the obligations appertaining to *corpus iuris cogentis*, is primarily a demonstration of the sovereignty that successor State is especially sensitive of.

References:

1. Hans Max Huber, *Beiträge zu einer Lehre von der Staatensuccession*, Berlin, 1897, 14.
2. UN Doc. A/49/40, para. 49.

3. *Ibid.*, para. 48.

4. Meno Kamminga, «State Succession in Respect of Human Rights Treaties», *European Journal of International Law (EJIL)* 7/1996, 470.

5. In that regard it should be noted that after the presentation of her report the President of the Human Rights Committee, Professor Rosalyn Higgins, drew attention to the fact that the mere presence of the Bosnian delegation was a proof in itself, independently of any formal notification of succession, that Bosnia and Herzegovina was automatically bound by the Covenant from the date of its independence. CCPR/C/SR.1200, 9 November 1992, 5, s. 14. In fact, Bosnia and Herzegovina issued subsequently, on 1 September 1993, notification of succession as regards the Covenant on civil and political rights. Even more importantly, notifications of succession of Bosnia and Herzegovina were not couched in terms of automatic succession. In its notification of succession of 29 September 1992, Bosnia and Herzegovina stated:

«The Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina having considered the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide...wishes to succeed in the same and undertakes faithfully to perform and carry out all the stipulations contained therein with effect from 6 March 1992...». Memorial of the Republic of Bosnia and Herzegovina, 3.52, 75-76.

6. M. Kamminga, 472.

7. *Ibid.*

8. Rein Mullerson, *International Law, Rights and Politics: Developments in Eastern Europe and the CIS (The New International Relations)*, Routledge, 1994, 154-157.

9. PCIJ, *German Settlers in Poland Case*, Series B, No 6, 36.

10. See Second report on Succession in respect of matters other than treaties by M. Bedjaoui, Special Rapporteur, Doc. A/CN.4/216/Rev. 1, YILC 1969, vol. II.

11. «It is not easy to equate acquired rights with human rights. The acquired rights, in contrast to human rights, derived from the contracts or national law. In its advisory opinion the Court dealt with acquired rights in a specific way dictated by the circumstances surrounding the issue.» For that reason the Court did not consider the question «whether and under what circumstances a State may modify or cancel private rights by its sovereign legislative power». PCIJ, Series B, No 6, para 88.

12. «The Court is here dealing with private rights under specific provisions of law and of treaty, and it suffices for the purposes of the present opinion to say that even those who contest the existence in international law of a general principle of State succession do not go so far as to maintain that private rights including those acquired from the State as the owner of the property are invalid as against a successor in sovereignty». *Ibid.*, para 89.

13. *Ibid.*, para 90.

14. Discussing about formation of a new rule of customary international law, the Court stated: «... an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform». I.C.J. Reports, *North Sea Continental Shelf*, 1969, 43.

15. Memorial of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina, 3.33, 65.

16. *Ibid.*, 3.34, 66.

17. Preliminary Objections B. 1.4.1., 118.

18. I.C.J. Reports, *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment, 1996, para 23.

19. I.C.J. Reports 1993, para 21.

20. I.C.J. Reports 1996, para 17, emphasis added.

21. *Ibid.*, para. 34.

22. I.C.J. Reports 1996, Separate Opinion of Judge Weeramantry, 650.

23. *Ibid.*, 645-653.

24. *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, 636.

25. *Ibid.*

26. On juridical presumption in the Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) and other cases in which Yugoslavia/Serbia was involved, see *Ibid.*, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Kreća, 658 et seq.

27. Following the admission of FR of Yugoslavia in the United Nations as a successor State, on 1 November 2000, the Legal Counsel of the United Nations sent, on 8 December 2000, a letter addressed to the Minister of Foreign Affairs of the FRY, expressing, *inter alia*, that «the Federal Republic of Yugoslavia should now undertake treaty actions, as appropriate, in relation to the treaties concerned, if its intention is to assume the relevant legal rights and obligations as a successor State». On that basis the FRY sent a notification of accession to the Secretary-General of the United Nations as its depositary on 6 March 2001. United Nations Doc. C.N.945.2006.TREATIES-2 (Depositary Notification). In a Note dated 21 March 2001 the Secretary-General took note of the instrument. *Ibid.* The important element in the reasoning of Judge Shahabudden is the position of Yugoslavia taken in Preliminary Objections phase as regards its status to the Genocide Convention for, «If, as no one disputes, Yugoslavia is correct in regarding itself as having always been a party to the Convention, this by parity of reasoning applies equally to the case of Bosnia and Herzegovina». I.C.J. Reports 1996, Separate Opinion of Judge Shahabudden, 636. The statement most resembles the justification of the failure of the Court to decide meritoriously upon two interdependent issues in the circumstances surrounding the case – the status of FR Yugoslavia in the United Nations in terms of state continuity and its status *vis-à-vis* Genocide Convention. What the party or parties consider as the basis of jurisdiction of the Court is one thing and the basis of jurisdiction of the Court is another.

28. See, *supra*, 10 et seq.

29. I.C.J. Reports, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, 1971, 55; I.C.J. Reports 1996, 657.

30. I.C.J. Reports 1971, paras, 117-127, 133.

31. I.C.J. Reports, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, 2008, para. 109.

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*, para. 108.

36. *Ibid.*

37. Such understanding of the 1992 Declaration seems to be an attempt of the Court to reconcile its interpretation of the Declaration with the dictum in the Armed Activities case. In that case, the Court, dealing with Rwanda's argument that the statement by its Minister of Justice could not have any implications for the Court's jurisdiction since it did refer explicitly to the reservation made by Rwanda to Article IX of the Genocide Convention, took a precise and unequivocal position. The Court found that «the statement by the Rwandan Minister of Justice was not made in sufficiently specific terms in relation to the particular question of the withdrawal of reservations. Given the general nature of its wording, the statement cannot therefore be considered as confirmation by Rwanda of a previous decision to withdraw its reservation to Article IX of the Genocide Convention, or as any sort of unilateral commitment on its part having legal effects in regard to such withdrawal; at most, it can be interpreted as a declaration of intent, very general in scope». I.C.J. Reports, *Armed Activities on the Territory of the Congo* (New Application: 2002), (DR of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 2006, para 52. As a mode of reconciliation should serve, in the approach of the Court, the distinction between «the legal nature of ratification or accession to a treaty, on the one hand, and on the other, the process by which a State becomes bound by a treaty as a successor State...» I.C.J. Reports 2008, par. 109. The difference makes sense in the case of the existence of

specific rules of succession in respect of multilateral treaties, *in concreto* automatic succession rule. Otherwise, treaty succession rule is purely a matter of treaty law.

38. Summary Records, Committee of the Whole, 48th meeting, 8 August 1978, Doc. A/CONF. 80/16/Add. 1, 105, para. 10.

39. Paul R. Williams, «The Treaty Obligations of the Successor States of the Former Soviet Union, Yugoslavia and Czechoslovakia: Do They Continue in Force?» *Denver Journal of International Law and Policy* 23(1)/1994-1995, 22-23; see also Rein Mullerson, «The Continuity and Succession of States by Reference to the Former USSR and Yugoslavia», *International and Comparative Law Quarterly* 42/1993, 479.

40. Jan Klabbbers, «State Succession and Reservations to Treaties», *Essays on the Law of Treaties*, (eds. J. Klabbbers, R. Lefeber), Martinus Nijhoff Publishers 1998, 111.

41. Brigitte Stern, «Rapport préliminaire sur la succession d'états en matière de traités», Report submitted to the International Law Association's Committee on Aspects of the Law of States Succession for the 1996 Helsinki Conference, 675.

42. J. Klabbbers, 113.

43. *Ibid.*, 117-118.

44. P.R. Williams, 41.

45. *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status as at 31 December 1993*, United Nations Doc. ST/Leg/Ser.E/11-12, 193-194.

46. *International Legal Materials* 32/1993, 1587-1589.

47. Committee of Legal Advisers on International Public Law for the Council of Europe, 4 th meeting, 14-15 September 1992, 3.

48. *Ibid.*

49. Communication from the Secretary-General of the United Nations dated 18 March 1993, ref. C.N. 451-1992, Treaties 5 (Depositary Notification) entitled «Succession by Bosnia and Herzegovina», emphasis added.

50. Hanna Bokor-Szego, «Questions of State Identity and State Succession in Eastern and Central Europe», *Succession of States*, (ed. M. Mrak), Martinus Nijhoff Publishers, 1999, 104-105.

51. Introduction to the Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status as at 31 December 1991 and cited by the International Court of Justice in para. 6 of the Order of 6 April 1993, note 4.

52. See, UN Legislative Series, Materials on succession of States (ST/LEG/SER.B/14) 1967, 225-228.

53. *Yearbook of the International Law Commission* 1968, II, 131, para. 53. Also, O'Connell: «The effect of change of sovereignty on treaties is not a manifestation of some general principle or rule of State succession, but rather a matter of treaty law and interpretation». Daniel Patrick O'Connell, *The Law of State Succession*, Cambridge University Press, 1956, 15.

54. Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties, Doc. ST/LEG/7/Rev. 1, paras. 303-305 (footnote omitted, emphasis added).

55. Judge Weeramantry observes that «without automatic succession to such Convention (Genocide Convention – M.K.), we would have a situation where the world wide system of human rights protection continually generates gaps in the most vital part of its framework...». I.C.J. Reports 1996, Separate Opinion of Judge Weeramantry, 654-655. In similar terms also, Kamminga, 470; Ian Brownlie *Principles of Public International Law*, 1990, 670; Mohammed Bedjaoui, «Problèmes récent de succession d'Etats dans les Etats nouveaux», *Recueil des cours* 1970-II-130, 526; Judge Shahabuddeen in his separate opinion in Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia), I.C.J. Reports 1996, 635.

56. I.C.J. Reports 1996, Separate Opinion of Judge Weeramatry, 654-655.

57. I.C.J. Reports, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 1951, 23.

58. I.C.J. Reports, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Second Phase, Judgment, 1970, 32, para 33.

Аврамишин С. В.,

здобувач кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія», адвокат

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ ІНСТИТУТУ СТРОКУ ЗВЕРНЕННЯ ДО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ

06.07.2005 року Верховною Радою України прийнятий Кодекс адміністративного судочинства України (далі по тексту – КАС).

КАС є важливим нормативно-правовим актом, який ознаменував новий етап розвитку правової системи нашої держави і суспільства в цілому.

Його прийняття свідчить про факт визнання державною владою наявності численних порушень прав, свобод та інтересів фізичних і юридичних осіб саме у сфері публічно-правових відносин, усвідомлення масштабів цього явища та необхідності їх подолання.

Саме ці чинники обумовили запровадження особливої процесуальної форми – адміністративного судового процесу (в рамках даного дослідження поняття «адміністративний процес» розглядається виключно у вузькому розумінні як процесуальна форма відправлення правосуддя у публічно-правових спорах), що відображено в ст. 1 КАС, відповідно до якої Кодекс адміністративного судочинства України визначає юрисдикцію, повноваження адміністративних судів щодо розгляду адміністративних справ, порядок звернення до адміністративних судів та порядок здійснення адміністративного судочинства.

Основним завданням адміністративного судового процесу є захист прав, свобод та інтересів фізичних і юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі й на виконання делегованих повноважень (ст. 2 КАС).

Проте, реалізація цих завдань адміністративного судочинства має всі шанси в кращому випадку надовго залишитися майбутньою перспективою, а в гіршому – декларацією, і ось чому.

Якщо адміністративний процесуальний кодекс (КАС) є процесуальною формою, то його інститути повинні регулювати порядок виникнення, зміни та припинення правовідносин між учасниками, залученими до сфери адміністративного судочинства, і вони повинні функціонувати виключно в рамках цієї процесуальної форми, не виходити за межі визначеної сфери правового регулювання (не виходити за рамки процесу).

Однак на практиці це не так. Розробниками КАС та законодавцем не було враховано традиційний поділ норм права на матеріальні і процесуальні, з огляду на що до процесуального за своїм змістом і призначенням закону було запроваджено (свідомо чи помилково) матеріально-правовий інститут, який став одним із наріжних каменів серед практиків і науковців.

Ним є строк звернення до адміністративного суду, закріплений у ст. 99 КАС.

Частиною першою ст. 99 КАС передбачено, що адміністративний позов може бути подано в межах строку звернення до адміністративного суду, встановленого цим Кодексом або іншими законами. Для звернення до адміністративного суду за захистом прав, свобод та інтересів особи встановлюється шестимісячний строк, який, якщо не встановлено інше, обчислюється з дня, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про порушення своїх прав, свобод чи інтересів (ч. 2 ст. 99 КАС України). (Початково цей строк становив 1 рік, а в зв'язку із прийняттям Верховною Радою України 07.07.2010 року Закону України «Про судоустрій і статус суддів» № 2453-VI – він був зменшений до шести місяців (ч. 2 ст. 99 КАС України).

Згаданий інститут наділений матеріальним змістом, і фактично є аналогом строку позовної давності, визначеному у ст. 256 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України).

І строк звернення до адміністративного суду, і строк позовної давності визначають часові (темпоральні) межі для звернення до суду за захистом порушеного права або охоронюваних інтересів чи свобод та є підставою для застосування наслідків їх пропуску.

Відповідно до ч. 4 ст. 267 ЦК України вплив позовної давності, про застосування якої заявлено стороною у спорі, є підставою для відмови у позові.

Натомість, згідно ч. 1 ст. 100 КАС адміністративний позов, поданий після закінчення строків, установлених законом, залишається без розгляду, якщо суд на підставі позовної заяви та доданих до неї матеріалів не знайде підстав для визнання причин пропуску строку звернення до адміністративного суду поважними, про що постановляється ухвала.

Такий підхід є особливо неправильним у випадку, якщо адмінсуд призначив справу до судового розгляду, розглядає справу в судовому засіданні, досліджує докази, а після проведення судового слідства постановляє ухвалу про залишення адміністративного позову без розгляду.

Разом з тим, велике занепокоєння викликають й інші моменти.

Аналіз судової практики показує, що в різних категоріях справ адміністративні суди по різному застосовують одні й ті ж норми, якими визначається строк звернення до адміністративного суду.

Причин цього дві: 1) те, що строки звернення до адміністративного суду є не уніфікованими, оскільки визначені одночасно і матеріальними, і процесуальними нормами, в тому числі й КАС; 2) внаслідок відсутності єдиних підходів застосування тих чи інших строків звернення суди адміністративної юрисдикції самостійно, на власний розсуд визначають, який строк застосовувати в тій чи іншій справі, при цьому дуже часто повністю ігноруючи наявність спеціальних норм.

Так, наприклад, при вирішенні по суті адміністративних справ у так званих «соціальних» спорах, предметом яких були правильність нарахування та виплати пенсій, надбавок, доплат, пільг тощо, право на отримання яких передбачено Законом України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» № 796-ХІІ від 28.02.1991 року, Законом України «Про соціальний захист дітей війни» № 2195-IV від 18.11.2004 року тощо, суди адміністративної юрисдикції активно застосовували статті 99 – 100 КАС.

В основному адміністративні суди задовольняли позовні вимоги в межах шестимісячного строку, що передував даті звернення позивача із адміністративним позовом до суду, по дату ухвалення постанови про задоволення позову.

Проте, спеціальними матеріальними законами передбачено інше.

Так, частиною 2 статті 87 Закону України «Про пенсійне забезпечення» від 05.11.1991 року № 1788-ХІІ передбачено, що суми пенсії, не одержані своєчасно з вини органу, що призначає або виплачує пенсію, виплачуються за минулий час без обмеження будь-яким строком.

Аналогічною за змістом є частина 2 статті 46 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 09.07.2003 року № 1058-IV, згідно якої нараховані суми пенсії, не отримані з вини органу, що призначає і виплачує пенсію, виплачуються за минулий час без обмеження будь-яким строком з нарахуванням компенсації втрати частини доходів.

Попри наведене вище, у зазначеній категорії справ при вирішенні питання, яку норму застосовувати (загальну чи спеціальну) суди адміністративної юрисдикції, в тому числі й Вищий адміністративний суд України (далі – ВАСУ) обрали позицію про необхідність застосування загального процесуального строку, ігноруючи при цьому спеціальні норми.

Звичайно, що такий підхід до захисту судами адміністративної юрисдикції прав громадян на отримання пенсій, доплат, пільг, компенсацій тощо суттєво вплинув на розміри грошових сум, стягнутих на користь позивачів у даній категорії справ.

Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ст. 19 Конституції України).

Однак, внаслідок такого підходу судів до вирішення зазначеної категорії справ, органи Пенсійного фонду України так і не навчилися правильно нараховувати пенсію, обчислювати пільги, доплати і компенсації, після чого, громадяни, які отримали позитивне рішення повторно зверталися із аналогічними позовами за захистом своїх порушених прав на тих самих підставах.

З цього вбачається, що строк звернення до адміністративного суду на практиці функціонує як обмежувальна норма, оскільки одночасно впливає на обсяг матеріально-правової вимоги та часові межі процесуальної функції захисту.

Діаметрально протилежним є підхід ВАСУ у питанні застосуванні спеціальних та загальних строків при розгляді виборчих спорів.

Згідно ч. 6 ст. 172 КАС позовні заяви щодо рішень, дій чи бездіяльності виборчої комісії, комісії з референдуму, членів цих комісій може бути подано до адміністративного суду у п'ятиденний строк з дня прийняття рішення, вчинення дії або допущення бездіяльності.

Попри те, що строк звернення із адміністративним позовом з приводу спорів, які виникають під час виборчого процесу встановлений ст. 172 КАС, в адміністративній справі № П/800/99/13, за яким статусу народних депутатів були позбавлені Павло Балога і Олександр Домбровський [8] ВАСУ застосував ст. 99 КАС, мотивуючи це необхідністю захисту права на чесні вибори, закінченням виборчого процесу і неможливістю застосування спеціальної норми (статті 172 КАС).

В даному випадку ВАСУ вийшов за рамки спеціальної норми заради «захисту» права на чесні вибори.

Суди адміністративної юрисдикції на чолі з ВАСУ, демонструють занадто вільний підхід в питанні, який строк звернення до адмінсуду застосовувати, що ніяким чином не сприяє єдності судової практики і абсолютно не співвідноситься з поняттям, метою та завданнями правосуддя.

Враховуючи важливість публічно-правових відносин, обмеження можливостей для захисту порушених органами держави прав, свобод та інтересів будь-якими строками (зокрема строком звернення до суду) є нічим іншим як узаконеним механізмом уникнення відповідальності державних органів (їх посадових осіб) за допущені ними в своїй діяльності порушення.

Тому, захист порушених державними органами прав, свобод та інтересів має бути абсолютним. Право на захист в публічно-правових спорах не повинно обмежуватись часовими рамками, оскільки захист являється одним із головних і визначальних завдань правосуддя.

Проблеми функціонування інституту строку звернення до адміністративного суду потребують переосмислення через призму окремих філософських і загальнотеоретичних категорій, таких як цінність і сутність права (в рамках дослідження зазначеного правового інституту).

Такий підхід дасть можливість визначити здатність досліджуваного інституту служити метою і засобом задоволення науково обґрунтованих, соціально справедливих потреб суспільства.

Спроби науково обґрунтувати приналежність матеріально-правового інституту строку звернення до адміністративного суду як процесуального є невиправданими і є нічим іншим, як грубим відступом від загальнотеоретичних засад функціонування процесуальних галузей права.

Окреслені питання по суті даної проблеми спонукають до пошуку нових шляхів її вирішення.

Список використаних джерел:

1. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35-36. – Ст. 446.

2. Цивільний кодекс України: станом на 01 листопада 2013 року / Верховна Рада України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

3. Закон України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» № 1058-IV від 09.07.2003 року станом на 01 листопада 2013 року / Верховна Рада України [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1058-15>.

4. Закон України «Про пенсійне забезпечення» № 1788-XII від 05.11.1991 року станом на 01 листопада 2013 року / Верховна Рада України [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1788-12/page3>.

5. Закон України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» № 796-XII від 28.02.1991 року / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради, 1991, N 16, ст.200.

6. Постанова Вищого адміністративного суду України від 08.02.2013 року в адміністративній справі № П/800/99/13 / Єдиний державний реєстр судових рішень України / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29333049>.

Ахметова И. Э.,

магистрант кафедры международного права юридического факультета ЕНУ им. Л.Н. Гумилева (Казахстан)

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ПРИНЦИПЫ ПО ЗАЩИТЕ ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ В УСЛОВИЯХ ВООРУЖЕННОГО КОНФЛИКТА

Механизм защиты окружающей среды в случае вооруженного конфликта остается все еще слабо развитым, так как этому вопросу не обращалось должного внимания, хотя военные действия могут привести к серьезным последствиям для природной среды. Оказавшись в ситуации войны, стороны в вооруженном конфликте забывают о необходимости защиты окружающей среды и, как правило, дают приоритет военной необходимости и достижению военных целей. Экологический ущерб, причиненный в ходе таких конфликтов, является не только сам по себе прискорбным, но и может увеличить уязвимость пострадавшего населения, а также, привести к смещению все большего числа беженцев в другие страны. Таким образом, вооруженные конфликты являются одной из наиболее серьезных причин ухудшения состояния и деградации окружающей природной среды. В большинстве войн XIX-XX века основной причиной военного конфликта служат природные ресурсы: нефть, уголь, газ, лес, алмазы и т.д. В Ежегоднике ООН 2010: «Бедствия и конфликты, повлиявшие на окружающую среду» указано, что более 90 % крупных вооруженных конфликтов произошли в странах, обладающих чувствительными зонами биологического многообразия [1]. В связи с этим конфликты в таких регионах представляют существенную угрозу биологическому разнообразию.

Негативное воздействие на окружающую среду в ходе вооруженного конфликта способно стать причиной излишних страданий, не оправданных военной необходимостью [2, с. 432]. Разрушительное влияние военных действий на природную среду нарушает важные права человека и осложняет защиту гражданского населения, что является основной целью международного гуманитарного права (МГП).

Осознание жизненно важного значения здоровой окружающей среды для всего человечества, посредством решительных усилий многих природоохранных организаций привело к разработке большого свода законов по охране окружающей среды. Впервые кодификация правовых норм по защите природной среды была проведена на национальном уровне. Однако государства довольно быстро поняли, что только национального законодательства не достаточно для регулирования столь масштабных и серьезных экологических проблем, что необходимо принятие международно-правовых норм в этой сфере. В результате чего, благодаря многочисленным международным учреждениям, появилось международное экологическое право (МЭП) – свод правил, охватывающий круг вопросов по предотвращению ущерба окружающей среде и содействию международному сотрудничеству в борьбе с его негативными последствиями.

Принципы МЭП могут применяться, хотя они не касаются вооруженных конфликтов напрямую [3, с. 580]. Рассмотрим два основополагающих принципа международного экологического права. Первым принципом является обязательством государств не причинять ущерба окружающей среде за пределами их границ. Этот принцип был подтвержден в нескольких правовых решениях. Он также упомянут в различных международных договорах и многих других правовых текстах, в частности, ст.194 Конвенции по морскому праву 10 декабря 1982 года, Принцип №21 Стокгольмской декларации 16 июня 1972 года. Второй принцип это обязательство государств уважать окружающую среду в целом. Этот принцип также изложен в различных международных договорах, региональных и двусторонних соглашениях.

Вышеуказанные принципы должны соблюдаться не только в мирное время, но и в период вооруженных конфликтов. Нормы, охраняющие окружающую среду в такое время содержатся в международном гуманитарном праве, ведь экологический ущерб во время войны неизбежен. К тому же, обычно такой ущерб имеет длительный, масштабный и серьезный характер.

Разрушительные экологические последствия принесла война во Вьетнаме, одна из крупнейших во второй половине XX века. Полномасштабное военное вмешательство США в гражданскую войну повлекло многочисленные жертвы среди мирного населения и крупный ущерб окружающей среде [4, с. 149]. А во время войны в Персидском заливе в 1990-1992 гг. 9,5 млн т нефти было намеренно вылиты в пустыне, 1,5 млн т нефти было сброшено в воды Персидского залива и более 600 нефтяных скважин в Кувейте было подожжено [5, с. 801]. В результате чего, было выброшено огромное количество загрязнителей, пострадали земля и морская среда, жители не только данной местности, но и соседних регионов.

Главное предназначение МГП заключается в защите жертв вооруженного конфликта: раненых, больных, военнопленных, гражданских лиц, а такие масштабные разрушения экологической инфраструктуры могут стать серьезным препятствием в реализации данной цели. Поэтому уважение и соблюдение норм МГП по защите окружающей среды имеют решающее значение.

Самым важным общим принципом МГП можно назвать принцип, согласно которому право сторон в вооруженном конфликте выбирать методы и средства ведения войны не является неограниченным. Этот принцип впервые был закреплен в Санкт-Петербургской Декларации в 1868 году и неоднократно подтвержден в международных договорах, в том числе и в Дополнительном протоколе к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающимся защиты жертв международных вооруженных конфликтов от 8 июня 1977 года (Протокол I). Согласно статье 35 Протокола I «в случае любого вооруженного конфликта право сторон, находящихся в конфликте, выбирать методы или средства ведения войны не является неограниченным. Запрещается применять оружие, снаряды, вещества и методы ведения военных действий, способные причинить излишние повреждения или излишние страдания». Еще одним основным принципом МГП является принцип соразмерности. Как и первый принцип, он явно относится и к охране окружающей среды во время вооруженных конфликтов.

На основе данных принципов было принято несколько международных актов, которые ограничивают или запрещают использование определенных средств ведения войны, тем самым содействуют защите окружающей среды во время вооруженных конфликтов. Это Протокол о запрещении применения на войне удушливых, ядовитых или других подобных газов и бактериологических средств, подписанный в Женеве 17 июня 1925 года; Конвенция о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении, принятая 10 апреля 1972 года; Конвенция о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие от 10 октября 1980 года и Протокол III «О запрещении или ограничении применения зажигательного оружия» к ней.

Большое значение имеют договоры, обеспечивающие особую защиту окружающей среды: Конвенция о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду от 10 декабря 1976 года и Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) от 8 июня 1977 года. Конвенция 1976 года была принята под эгидой Организации Объединенных Наций и является договором в области разоружения и служит, в частности, для защиты природной среды во время военных действий. Она запрещает враждебное использование природной среды в качестве средства ведения войны. Ее положения дополняются в значительной мере положениями Протокола I 1977 года.

Протокол I содержит две статьи, конкретно касающиеся защиты окружающей среды во время вооруженных конфликтов. Согласно статье 35, запрещается применять методы или средства ведения военных действий, которые имеют своей целью причинить или, как можно ожидать, причинят обширный, долговременный и серьезный ущерб природной среде.

В статье 55 «Защита природной среды» предусматривается, что при ведении военных действий проявляется забота о защите природной среды от обширного, долговременного и серьезного ущерба. Такая защита включает запрещение использования методов или средств ведения войны, которые имеют целью причинить или, как можно ожидать, причинят такой ущерб природной среде и тем самым нанесут ущерб здоровью или выживанию населения. Также статья запрещает причинение ущерба природной среде в качестве репрессалий.

В отличие от ст.35, которая направлена на охраны природной среды как таковой, данная статья устанавливает обязательство по защите окружающей среды, которое направлено на защиту гражданских лиц. Однако факт в том, что одновременно «обширный, долговременный и серьезный» ущерб редко встречается, будет причиной того, что цель данного положения не будет в полной мере достигнута, потому что такой порог является неясным и слишком высоким.

Кроме того, в Протоколе I закреплены положения, которые косвенно содействуют защите окружающей среды, это статья 54, которая запрещает нападения на объекты, необходимые для выживания гражданского населения, такие как посеы, скот, сооружения для снабжения питьевой водой и запасы последней, а также ирригационные сооружения; а также статья 56, которая запрещает нападения на дамбы и атомные электростанции, и близлежащие объекты, если такое нападение может вызвать высвобождение опасных сил и последующие тяжелые потери среди гражданского населения.

Такие же положения содержит Дополнительный протокол II к Женевским конвенциям 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера: статьи 14 «Защита объектов, необходимых для выживания гражданского населения» и 15 «Защита установок и сооружений, содержащих опасные силы». К сожалению, ни одна из норм МГП, применимых ко внутренним вооруженным конфликтам, не предусматривает специальные положения для защиты окружающей среды, несмотря на то, что большинство вооруженных конфликтов в нынешнее время являются конфликтами немеждународного характера.

Хотя окружающая среда и природные ресурсы пользуются защитой согласно ряду важных международных правовых документов, эффективность осуществления и обеспечения применения этих документов остается весьма слабой. Существуют несколько международных механизмов для контроля за нарушениями или удовлетворения претензий в связи с экологическим ущербом, причиненным во время войны. Поскольку экологические и природные ресурсы имеют исключительно важное значение для установления и укрепления мира, чрезвычайно важно усилить их защиту в периоды вооруженных конфликтов. В связи со всем этим, в своем Послании по случаю Международного дня предотвращения эксплуатации окружающей среды во время войны и вооруженных конфликтов 6 ноября 2009 года Генеральный секретарь ООН призвал государства уточнить и расширить нормы международного права, касающиеся защиты окружающей среды во время войны. Не может быть прочного мира, если природным ресурсам, которые обеспечивают средства к существованию человечества, наносится ущерб или они уничтожаются [6].

Список использованных источников:

1. Ежегодник ООН 2010: «Бедствия и конфликты, повлиявшие на окружающую среду»: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://ekologhealth.ru/>.
2. Международное экологическое право: Учебник / Отв. ред. Р.М. Валеев. – М: Статут, 2012.

3. M. Bothe, C. Bruch, J. Diamond, and D. Jensen. International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities. – International Review of Red Cross. – September, 2010.

4. Приборович, А.А. Экологический контекст современных военных конфликтов. / отв. ред. В. Н. Сидорцов. – Минск : БГУ, 2011.

5. Международное публичное право: Учебник / отв. ред. К.А. Бекяшев. – 5-е изд., перераб. и доп. – Москва: Проспект, 2013.

6. Послание Генерального секретаря ООН по случаю Международного дня предотвращения эксплуатации окружающей среды во время войны и вооруженных конфликтов от 6 ноября 2009 года: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.un.org/ru/sg/messages/2009/envwar.shtml>.

Ермолина М. А.,

кандидат юридических наук, доцент Санкт-Петербургского государственного университета (г. Санкт-Петербург, Российская Федерация)

КОНЦЕПЦИЯ УСТОЙЧИВОГО РАЗВИТИЯ: ПРАВО И ПОЛИТИКА

Во второй половине прошлого века, когда угроза экологической катастрофы приобрела реальный характер, перед человечеством встал выбор приемлемой модели дальнейшего развития цивилизации. Идеей предложенной мировым сообществом концепции устойчивого развития стало «такое развитие, которое удовлетворяет потребности нынешнего поколения, не ставя под угрозу возможности будущих поколений удовлетворять их потребности» [1]. Феномен концепции устойчивого развития состоял, прежде всего, в том, что идея устойчивости прочно связывалась с социальными, экономическими и экологическими аспектами международной политики. Удачное сочетание этих составляющих стало одновременно и политическим брендом, и основой «взаимовыгодного» международного сотрудничества [2].

После Конференции по окружающей среде и развитию в Рио-де-Жанейро (1992) концепция устойчивого развития стала фундаментальной основой национальных стратегий и программ. Принципы устойчивого развития в контексте «экологического процветания и благополучия» [3] были включены в законодательства всех без исключения европейских стран. В то же время, в Повестке дня на XXI век – «основном программном документе на будущее» – было отмечено, что реализация модели устойчивого развития «в одной отдельно взятой стране», в принципе, не возможна.

На Конференции по устойчивому развитию в Йоханнесбурге (2002) государства-участники «признали коллективную ответственность» за сохранение окружающей среды «на благо настоящего и будущих поколений» [4]. Конференция ООН по устойчивому в Рио-де-Жанейро (2012) показала, что идею устойчивости необходимо связывать с глобализацией и другими процессами и явлениями, обострившимися в современном мире.

Между тем, определяя приоритеты национальной политики, лидеры государств часто «забывают», что проблема чрезмерного потребления природных ресурсов характерна как для развитых, так и для развивающихся стран. В свое время ныне экономически развитые страны активно эксплуатировали природные ресурсы, загрязняли окружающую среду промышленными выбросами и сбросами, но всерьез «обеспокоились» проблемами охраны окружающей среды, когда возникла реальная угроза экологической безопасности этих стран.

Так, в Западной Европе и США проблемами лесовосстановления местные правительства серьезно озаботились только тогда, когда было вырублено 95% древесной растительности. Проблемы же «особо охраняемых природных территорий» возникли лишь после того, как остались лишь территории, на которые «почти» не ступала нога человека.

Очевидно, что восстановленные лесные насаждения никогда не смогут достигнуть размеров и качественных характеристик естественно произрастающих лесов. Точно так же как и искусственно созданные водные объекты не смогут стать основой экосистемы, а выращенные в неволе животные не смогут давать полноценное потомство и жить в условиях естественной свободы.

В последние годы именно развивающиеся страны явно ощутили все последствия чрезмерного воздействия на окружающую среду в виде катастрофического загрязнения окружающей среды, истощения природных ресурсов, нищеты, роста заболеваемости и смертности среди населения. Вместе с тем проблема доступа к водным ресурсам касается не только развива-

ющихся стран. По прогнозам экспертов ООН, уже к 2025 году с нехваткой воды столкнется около 2/3 населения стран мира [5].

Один из американских экспертов констатировал, что в настоящее время человечество живет в полной дисгармонии с природой по принципу «природа нам не нужна, только экономика». Экономический рост происходит за счет не возобновляемых природных ресурсов. С тех пор как земля и природные ресурсы (недра, леса, животный мир и др.) стали «объектами права собственности» их можно покупать, продавать и распоряжаться по своему усмотрению. Природа ничего не получает взамен. Последствия такой неразумной политики непредсказуемы. Поэтому природа на определенном этапе отвечает кризисами и катастрофами. Так, в результате неграмотного ведения сельского хозяйства и вырубки деревьев в отдельных регионах происходят наводнения. В результате сжигания нефтепродуктов – изменение климата и опасные заболевания и т.п. Ежегодно в мире происходит исчезновение 50-55 тыс. видов животных. Огромные корпорации сбрасывают ежегодно в Мировой океан около 5 миллионов галлонов отходов. Океан испытывает кризис: мы слишком много забираем биоресурсов и слишком много сбрасываем отходов. Территории развивающихся стран становятся полигоном для скопления опасных отходов. При этом нельзя забывать, что экономика – это всего лишь подсистема биосферы: экономика растет, а биосфера не расширяется.

Между тем мировая экономика наращивает темпы роста, отодвигая проблемы охраны окружающей среды в буквальном смысле «для будущих поколений». Отсюда можно сделать вывод, что лидеры ведущих держав до конца еще не осознали глобальность и значимость проблем устойчивого развития в контексте современных мирополитических процессов и явлений.

В условиях глобальных вызовов и угроз одних деклараций о приверженности идеям устойчивого развития уже явно не достаточно. Лозунг о необходимости «политической воли и качества закона», который все чаще доносится с высоких трибун, является информацией к размышлению.

Как отмечал известный голландский юрист и политолог Г. Гроций, предметом юриспруденции являются «вопросы права и справедливости», а предметом политической науки – «целесообразность и польза» [6]. Эти слова как нельзя более актуальны в современных условиях. К сожалению, акторы международных отношений склонны забывать, что право и политика тесно взаимосвязаны и взаимообусловлены. Приоритеты международной концепции устойчивого развития: право человека на благоприятную окружающую среду и сбалансированное социально-экономическое развитие касаются как развитых, так и развивающихся стран.

Список использованных источников:

1. Ирхин Ю.В. Взаимосвязь политики, морали и права // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Политология. 1999. № 1. С. 7-15.
2. Коптюг В.А. Окружающая среда и развитие мировой экономики // Материалы международной научно-практической конференции (Июнь 1992, Рио-де-Жанейро). Новосибирск, СО РАН, 1992.
3. Проблемы развития экономики и общества / М.А.Ермолина, И.В.Кириянов, Е.Д.Кочегарова и др. – Saint-Louis, MO: Publishing House «Science & Innovation Center» (St. Louis, Missouri, USA), 2013.
4. Социально-гуманитарные проблемы современности: политика, социум, язык и культура / М.А.Ермолина, А.И. Каргаманова, Е.В. Матвеева [и др.]. Красноярск: Научно-инновационный центр, 2012. С.7.
5. Стецко Е.В. Устойчивое развитие как политический бренд // Актуальные проблемы мировой политики в XXI веке: Сб. статей / под ред. В.С.Ягьи, М.Л. Лагутиной. – СПб.: СПбГУ, 2011. С.392 – 402.

Примечания:

1. Коптюг В. А. Окружающая среда и развитие мировой экономики // Материалы международной научно-практической конференции (Июнь 1992, Рио-де-Жанейро). Новосибирск, СО-РАН, 1992.
2. Стецко Е. В. Устойчивое развитие как политический бренд // Актуальные проблемы мировой политики в XXI веке: Сб. статей / под ред. В.С.Ягьи, М.Л. Лагутиной. – СПб.: СПбГУ, 2011. С.392.
3. Проблемы развития экономики и общества / М. А. Ермолина, И. В. Кирьянов, Е. Д. Кочегарова и др. – Saint-Louis, MO: Publishing House «Science & Innovation Center» (St. Louis, Missouri, USA), 2013. С.214.
4. Проблемы развития экономики и общества / М. А. Ермолина, И. В. Кирьянов, Е. Д. Кочегарова и др. – Saint-Louis, MO: Publishing House «Science & Innovation Center» (St. Louis, Missouri, USA), 2013. С.15.
5. Социально-гуманитарные проблемы современности: политика, социум, язык и культура: монография. Кн.2 / М. А. Ермолина, А. И. Каргаманова, Е. В. Матвеева [и др.]. Красноярск: Научно-инновационный центр, 2012. С. 11.
6. Цит. по: Ирхин Ю. В. Взаимосвязь политики, морали и права // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Политология. 1999. № 1. С.12.

Костюк В. Л.,

доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри муніципального права та адміністративно-правових дисциплін Національного університету «Острозька Академія»

ГРОМАДСЬКИЙ КОНТРОЛЬ У КОНТЕКСТІ РЕФОРМУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

Здійснення в Україні демократичних, соціально орієнтованих реформ зумовлює складний та системний процес соціальних реформ, виходячи із об'єктивної потреби становлення України як соціальної держави на основі підвищення ефективності, дієвості та доступності права особи на соціальних захист та інших тісно пов'язаних із ним прав[1, с. 65 та ін.]. Насамперед, у системі соціальних реформ ключове значення відводиться процесу реформування сучасної моделі соціального захисту, яка, виходячи із міжнародного досвіду та досвіду зарубіжних держав, має бути достатньо гнучкою, мати різні організаційно-правові форми функціонування та орієнтуватись на найбільш вразливі категорії осіб. У той же час, успадкована із радянської доби, модель соціального захисту характеризується декларативністю. Намагання її реформувати (удосконалити) має виключно ситуативний, безсистемний характер. Крім того, безсистемністю та суперечливістю характеризується законодавство про соціальний захист, яке не відповідає динаміці розвитку суспільства та держави.

Характеризуючи сучасний стан діючої моделі соціального захисту буде доречним, вказати на такі її основні риси як: має декларативно-позитивний характер; відсутність чітких механізмів реалізації, гарантування громадянами права на соціальний захист та окремі види соціального забезпечення; фінансування провадиться, головним чином, за рахунок коштів держави; неефективність системи соціального страхування та недержавного соціального захисту; безсистемність законодавства про соціальний захист; відсутність ефективних механізмів захисту соціальних прав; наявність складної та неузгодженої ієрархічної структури уповноважених органів та організацій у сфері соціального захисту; відсутність громадського контролю за дотриманням законодавства про соціальний захист.

Насамперед, слід констатувати, що спрямованість розвитку суспільства та держави по шляху соціальних реформ та реформування діючої моделі соціального захисту є важливим кроком їх належного функціонування в сучасних умовах. Головні орієнтири проведення реформи соціального захисту є реальне визнання, законодавче закріплення ефективних механізмів реалізації, гарантування усієї системи соціальних прав особи. Принагідно констатувати, що згідно ст. 46 Конституції України[2] громадяни мають право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом. Також Основний Закон України визначає, що це право гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій, а також бюджетних та інших джерел соціального забезпечення; створенням мережі державних, комунальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними. Пенсії, інші види соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, мають забезпечувати рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом.

За своєю правовою суттю, право на соціальний захист є основоположним соціальним правом особи, яке є визначальним по відношенню до інших прав у цій сфері. Тому, у контексті соціальної реформи, таке право має бути максимально доступним та дієвим, відповідати потребам та інтересам правомочних осіб, що передбачає ефективне поєднання систем державного та недержавного соціального захисту, а також соціального страхування. Відповідній стратегії має відповіда-

ти реформування законодавства про соціальний захист, яке характеризується тим, що до нього включаються акти законодавства, ухвалені протягом перших років незалежності нашої держави (1991-1996р.р.), а також акти законодавства, які прийняті з урахуванням положень Основного Закону України (1996-2013р.р.). Відсутність системності, а часто наявність суперечності між актами законодавства про соціальний захист не сприяє, а ускладнює реформи з цих питань.

Таким чином, становлення сучасної моделі соціального захисту потребує якісного реформування та удосконалення законодавства шляхом його систематизації та кодифікації. Тим більше, що досвід кодифікації законодавства про соціальний захист маж досить позитивний характер. Доречно відзначити, що кодекс про соціальне забезпечення ухвалений та діє в ЄС[3].

Нещодавно на розгляд Верховної Ради України було внесено проект Соціального кодексу (далі – СК), який покликаний, серед інших завдань сприяти реформуванню моделі соціального захисту[4]. Так, проектом СК передбачалось, що СК регулює соціальні відносини з метою забезпечення соціального захисту людини у разі втрати нею здатності самостійно забезпечувати себе і свою сім'ю засобами для повноцінної життєдіяльності і виникнення потреби у підтримці від суспільства і держави. Кодекс регулює соціальні і пов'язані з ними відносини з питань: організації соціального захисту та його управління; забезпечення повної реалізації соціальних прав людини; використання ефективних видів та форм соціального захисту; особливостей застосування соціального захисту окремих категорій населення; державного нагляду і контролю за дотриманням соціального законодавства; забезпечення судового захисту соціальних прав людини. Не вдаючись у детальний науково-теоретичний аналіз, який наразі знято з розгляду, його принциповим недоліком стало те, що у ньому було на формально-правовій основі об'єднано цілу низку законів з питань соціального захисту, без якісного та системного реформування діючої моделі, вираховування інтересів суспільства, особи держави та держави.

Принципова важливість сучасної кодифікації законодавства про соціальний захист полягає у тому, що вона зачіпає інтереси усього суспільства (регламентує відносини зумовлені від народження людини та до її смерті). За такої обставини у процесі кодифікації, починаючи із розробки кодифікованого закону у сфері соціального захисту мають бути задіяні провідні інститути громадянського суспільства, які діють з метою представництва інтересів своїх членів. При цьому, функції інститутів громадянського суспільства не завершуються ухваленням відповідного кодексу, а перетворюються у здійснення громадського контролю за належним його виконанням.

Проект кодифікованого закону у сфері соціального захисту (Кодекс про соціальний захист) має пройти системні громадські слухання та обговорення, у тому числі за участю експертів, інших фахівців, провідних наукових шкіл з права соціального забезпечення.

З огляду на вищезазначене, громадський контроль у контексті реформування законодавства про соціальний захист, тобто у процесі ухвалення Кодексу про соціальний захист передбачає: по-перше, залучення інститутів громадянського суспільства до його розробки, спільно з фахівцями міністерств та відомств; по-друге, участь інститутів громадянського суспільства у його обговоренні; по-третє, здійснення інститутами громадянського суспільства системного громадського контролю за виконанням Кодексу про соціальний захист у разі його ухвалення парламентом.

Список використаних джерел:

1. Право соціального забезпечення в Україні: підручник / Т. А., Занфірова, М. І. Іншин, С. М. Прилипко та ін.; за заг. ред. Т. А.Занфірової, С. М. Припипка, О. М. Ярошенка. – 2-ге вид. переробл. і доповн. – Х.:ФІНН, 2012. – 640 с.
2. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30. – С. 141.
3. Європейський кодекс соціального забезпечення: Кодекс від 06.11. 1990р. // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_651.
4. Соціальний кодекс: законопроект, реєстр. №2311 від 15.02.2013р., Н. д. України А. Яценком: Електронний ресурс // http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=45780.

Крамар С. І.,

здобувач кафедри теорії та історії держави і права Національного університету «Острозька академія», Голова Господарського суду Хмельницької області

САМОВРЯДУВАННЯ МІСТА КАМ'ЯНЕЦЬ НА ПОДІЛЛІ XVI-XVIII СТ. У ДОСЛІДЖЕННЯХ М. ВЛАДИМИРСЬКОГО-БУДАНОВА

Важливим поступом в історії дослідження міського самоврядування стала праця М. Володимирського-Буданова «Німецьке право в Польщі і Литві», перше видання якої було здійснено у 1868 році, перевидана у Львові в 1903 році. Вказана робота характеризується широким історичним та джерелознавчим тлом: проаналізовано законодавчі акти, архівні матеріали міських органів управління, визначено систему і склад міських органів влади. Дослідження М. Володимирського-Буданова складається з двох частин – першої теоретичної щодо організації управління в містах на магдебурзькому праві, другої – нарис устрою кількох українських міст – Кам'янця, Ковеля, Кременця, Дубно.

На думку, М. Грушевського перший розділ вказаної роботи є надто теоретичним. Дискусійною є позиція дослідника щодо негативного наслідку магдебурзького права на розвиток українських міст. Поділивши міста в плані управління на міста з повним і неповним магдебурзьким правом, М. Володимирський-Буданов відніс Кам'янець до першої групи. При цьому дослідник доводив, що за привілеєм Олександра Коріятовича 1374 року місту було надано неповне магдебурзьке право, його юрисдикція поширювалася на поляків і німців, русини і вірмени перебували під подвійною юрисдикцією – княжих урядників і польських війтів. Княжі війти й католицька рада «гнобили Русинів так, що останні стали виходити з міста, а й інколи таке траплялося, що їх проганяли силоміць».

З точки зору М. Володимирського-Буданова, Привілей 1491 року наданий руській громаді щодо окремої юрисдикції в частині вибрання руських війтів і права судити за руським законом громадян руської народності та гостей руських, був тимчасовим заходом, з метою недопущення їх відходу з міста. Правовий статус руської громади підтверджувався актами з 1549, 1557 та 1670 років. За привілеєм короля Сигізмунда Августа з 1549 року русинів звільнено з-під юрисдикції бурмістра та польських ратманів, привілеєм 1557 року – це право підтверджено та запроваджено санкції за його порушення. У 1670 році Кам'янець отримав права, якими не «користувалося ні одне місто України-Руси; та за те сею постановою руська юрисдикція була знесена, чи то, в офіційному вислові, доконалась інкорпорація руської юрисдикції в юрисдикцію польську з рівністю прав обох народностей в магістраті і громадських заведеннях».

За М. Володимирським-Будановим під «магістратом» у вузькому розумінні слід вважати колегію райців («консулів») з війтом. Рада, лава і гмінна ізба становили цілісне судове, адміністративне й господарське управління міста та творили так звані «ordines».

З покликанням на архівні документи, дослідник встановив чисельний склад, порядок обрання та повноваження магістрату Кам'янця. Зокрема, ним відзначено, що право вибору райців і лавників належало до компетенції магістрату, в той час, як право вибору війта – громадянам міста. Консульський уряд засідав постійно у визначені дні тижня в ратуші. Головував на засіданнях бурмістр (проконсул).

Окремою посадою в Кам'янці була посада сеньйора, який, головним чином, виступав репрезентантом міста перед вищими державними властями; через нього подавалися прохання до короля.

Війт – постійний член ради, голова колегії лавників, що обирався з числа консулів «вільними голосами» громади. Дослідником встановлено, що в період 1700-1702 років війтом був

Ад.Святович, 1703-1704 років – Микола Павлич, 1706-1707 років – М. Венгримович, 1709-1712 років – знову Микола Павлич.

М. Владимирським-Будановим досліджено також правовий статус колегії сорока мужів, яка в Кам'янці певний період називалась колегією двадцяти чотирьох, регента, люнара, інстигатора, писаря ради. При цьому слід відмітити, що дослідник залучив до наукового обігу архівні матеріали XVIII ст.

Варто вказати, що вивчення самоврядування громад в період XVI-XVII ст. здійснено автором з позицій нормативізму. Позитивом проведеної роботи М. Владимирського-Буданова є дослідження відносин органів управління з не-муніципальними державними інституціями Кам'янця, а саме відносин із замковим урядом та гарнізоном. Юрисдикція гродського суду поширювалася на судові спори між міщанами та шляхтою у випадках, коли останні виступали відповідачами (обвинувачними). Конфлікти між магістратом та гродським урядом виникали з питань протекції останнім євреїв; зі старостою щодо встановлення додаткових оплат; з бургграфом – щодо виконання додаткових обов'язків при гродському суді за рахунок міста, втручання в управління містом.

Незалежність самоврядування Кам'янця багато в чому залежала від військового гарнізону. З огляду на локацію міста, його стратегічне значення в плані безпеки кордонів держави, його присутність була вимушеною, а тим самим, «неминучою була колізія муніципальної самоуправи з жовнірською сваволею». М. Владимирський-Буданов зазначає, що відносини Кам'янця та гарнізону були врегульовані декретами радомського трибуналу (1717, 1718, 1719, 1720, 1721, 1723 років), зміст яких зводився до наступного: а) забезпечення особистої недоторканості громадян міста: жовнірам заборонялося брати міщан під арешт; б) гарантувався захист майнових прав: жовнірам заборонялося виганяти міщан з власних будинків та вимагати незаконної квартирної повинності; в) захист торгівельних прав: військовим заборонено займатися торгівлею; г) захист суспільних інтересів міста: заборонено приймати на військову службу громадян міста. Комендант гарнізону мав певні права і обов'язки щодо міста: забезпечення правопорядку в місті; нагляд за налагодженням стосунків громадян міста з іноземними державами; забезпечення чистоти в місті. Дослідник доводить, що в XVIII ст. особисті права, власність, громадська безпека не були захищені від жовнірської сваволі, що породжувало неспокій і ворожнечу в місті.

За результатами дослідження М. Владимирський-Буданов дійшов висновку, що місто Кам'янець на Поділлі, користуючись магдебурзьким правом, не мало ні самоврядування, ні незалежності. Відсутність самоврядування обґрунтовується тим, що місто управлялося невеликим числом багатих родин, членів ради; судова колегія не складалася з вибраних громадою осіб; староста, замковий уряд та керівництво військового гарнізону протиправно втручалися в управління містом. Відсутність незалежності пояснюється дослідником з тих мотивів, що польська юрисдикція постійно втручалася у діяльність руської та в кінцевому результаті її повністю ліквідувала; юрисдикція польсько-руська обмежувала повноваження вірменського самоврядування; вїт та судді вірменської громади зловживали своїми правами щодо членів своєї громади.

Мартинюк Р. С.,

кандидат політичних наук, доцент кафедри державно-правових дисциплін Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія»

НЕОБХІДНІСТЬ ЗМІНИ ФОРМИ ПРАВЛІННЯ – НАЙВАЖЛИВІШИЙ ЧИННИК КОНСТИТУЦІЙНОГО РЕФОРМУВАННЯ В УКРАЇНІ

Конституція як нормативно виражений результат народного волевиявлення за визначенням – акт стабільний і легітимний. Демократичний порядок прийняття конституції є первинним і ключовим елементом у механізмі її легітимації. Будучи легітимованою установчою владою суспільства, конституція є також стабільною, допоки залишаються незмінними ті реалії суспільно-політичного буття, які вона оформляє і гарантує. Техніко-юридичним засобом, який забезпечує відносно статичний характер конституційного тексту, є жорстка процедура внесення змін до основного закону. Ідея про жорсткість конституції є одним із ключових елементів концепції установчої влади [1]: ускладнений порядок внесення змін до конституції відображає її правову природу як акта установчої влади народу. Жорсткість конституції, відтак, засвідчує її основоположний, засадничий для системи права характер і, водночас, є умовою її легітимності – основний закон не може бути змінений (замінений новим), допоки потреба відповідних змін не стане очевидною для суспільної більшості і допоки в суспільстві не складеться необхідна єдність поглядів щодо конкретизованого змісту конституційних змін.

Попри сформульовану вище тезу про конституцію як акт волевиявлення суспільства в цілому, практика конституційного нормотворення постійно засвідчує, що зміст конституційних норм, і особливо тих, які безпосередньо стосуються організації державної влади на рівні її найвищих ланок, більшою-меншою мірою залежить від розсташування політичних сил у країні на момент прийняття основного закону. Показово, що в історії розвитку конституційного процесу в сучасній Україні саме владарюючі політичні сили виступали (і продовжують виступати) головними ініціаторами конституційних змін, розглядаючи останні як засіб зміцнення й легалізації своїх позицій у структурі механізму влади [2].

З погляду побудови в Україні правової держави є очевидним, що характер, зміст та частота внесення змін і доповнень до Основного Закону повинні слугувати меті досягнення його стабільності й виражати загальносуспільні позиції. Лише в такому випадку конституційні зміни підтримуватимуть демократичний напрямок розвитку української державності й виконуватимуть функцію легітимації Конституції України. Отже, подальше конституційне реформування повинно враховувати той факт, що відповідність конституційних приписів політичним реаліям може лише забезпечити більшу ефективність конституційно-правового регулювання (владних відносин) і саме в такому контексті потребує врахування.

На цей момент в Україні ключовим чинником можливих конституційних змін залишається невідповідність суспільним потребам президенціалізованої форми правління, яка виявляє брак статусної і, як наслідок, функціональної складових легітимності. Низький рівень легітимності форми правління є в Україні постійним і найважливішим джерелом ініціатив конституційного реформування.

В умовах правової, демократичної державності розстановка політичних сил ніколи не може бути надто статичною, між тим, її суттєва зміна викликає потребу внести поправки до основного закону з метою забезпечити більшу відповідність форми правління згаданим розстановці. У такому випадку затримка з корекцією конституційного тексту може спричинити небезпечну невідповідність положень основного закону суспільним потребам, що саме по собі провокує радикальні сценарії конституційного реформування.

Змішані республіки є однією з найбільш нестабільних конструкцій влади, яка здатна суттєво змінювати свої характеристики залежно від розташування партійно-політичних сил у владних структурах. Конституції багатьох держав зі змішаною республіканською формою правління фактично припускають можливість своєрідного дрейфу форми правління у межах змін співвідношення владних повноважень між президентом і прем'єр-міністром. Крім того, у вдало збалансованих змішаних формах правління, на зразок змішаної П'ятої Французької Республіки, залежно від того, збігається чи ні партійна приналежність парламентської більшості і президента, форма правління перманентно суттєво змінюється на політичному рівні, почергово тяжіючи до парламентарного чи президентського материнського типу. Якщо тенденція збільшення політичної ваги президента або прем'єр-міністра стійка, вона може знайти конституційно-правове оформлення. Як результат, конституційно-правові статуси президента і прем'єр-міністра у збалансовано-змішаних республіканських формах правління можуть змінюватися залежно від суспільно-політичних обставин, що складатимуться у певний момент, і навіть від авторитету політиків, які займатимуть відповідні пости й посади [3]. Основні закони збалансовано-змішаних республік, таким чином, є найменш стабільними в частині, що стосується регламентації правового статусу вищих органів державної влади.

Форма правління, інституціоналізована Конституцією України 28 червня 1996 р., теж виявляє окремі формально-правові атрибути змішаної республіки і в цьому відношенні, здавалося б, посилює можливість відповідних конституційних змін. Водночас, Конституція України містить низку нормативних запобіжників зменшення політичної ваги Глави держави й відповідного «дрейфу» форми правління. Аналіз системи компетенційних взаємозв'язків між вищими органами державної влади, встановленої Основним Законом України, виявляє значну гіпертрофію інституту глави держави, фрагментарність участі представницького органу в процедурі формування Кабінету Міністрів України, суттєво ослаблені можливості Парламенту впливати на зміст урядової діяльності, ускладненість застосування парламентської відповідальності Уряду та виконання Прем'єр-міністром України у відносинах із Президентом України ролі адміністративного прем'єра. Фактично форма правління в Україні за будь-якого розташування партійних сил у Парламенті й на посту Глави держави неминуче залишається сильно президенціалізованою. Така статичність вітчизняної форми правління ускладнює внесення до Основного Закону відповідних змін, оскільки суб'єктом, найбільш зацікавленим у стабільності Конституції України в питаннях, що стосуються збереження наявного конституційного формату розподілу повноважень, є Президент України. Не дивним є також те, що відповідна владарююча політична сила не знайшла кращого способу посилити конституційно-правовий статус Президента України (та гарантувати стабільність утвореного ним Уряду) у вересні 2010 р., як тільки через «реставрацію» первинної редакції Конституції України. Знаковим є і те, що подальше розширення владних повноважень Президента України і законодавче виведення інституту глави держави за рамки, передбачені самим Основним Законом, формально здійснювалися з метою «адаптації» законодавства до Конституції України.

Збільшення політичної ваги Глави держави стало стійкою і незмінною тенденцією розвитку політичної системи України, будучи перерваним лише в період чинності Конституції України в редакції від 8 грудня 2004 р. Згадана тенденція безпосередньо вплинула на процес розробки і прийняття Основного Закону України в 1996 році і багато в чому пояснює умовність класифікації існуючої в Україні форми правління як змішаної. По суті, інституціоналізована Конституцією України 28 червня 1996 р. перехідна (гібридна) форма правління, яка еклектично поєднує в собі характеристики президентської та власне змішаної республік, стала своєрідним конституційно-правовим оформленням розвитку інституту президента в Україні в перше десятиліття її незалежності. Президенціалізація форми правління, однак, не могла знайти свого подальшого конституційно-правового вираження, оскільки критично низький рівень легітимності Основного Закону України був безпосередньо пов'язаний саме з невідповідністю суспільним вимогам встановленої ним форми правління.

Беручи до уваги об'єктивну відсутність у головного владарюючого суб'єкта – Глави держави мотивів до ослаблення свого конституційно-правового статусу, ініціативи Президента України щодо створення «Конституційної Асамблеї», як і очікувані результати її діяльності, заслуговують принаймні неоднозначної оцінки. Чи зможе Глава держави, маючи необхідні важелі впливу на діяльність «Конституційної Асамблеї», виявити політичну волю не адаптувати конституційний текст до потреб тієї політичної сили, представником якої він є? Відповідь на це запитання може бути остаточно з'ясовано лише з появою відповідного законопроекту про внесення змін до Конституції України.

Ситуація, що склалася в Україні навколо питання внесення поправок до Основного Закону в частині зміни форми правління, є досить суперечливою.

«Концепція внесення змін до Конституції України», напрацьована «Конституційною Асамблеєю», з огляду на узагальненість її положень, зокрема, в частині опису відповідних інститутів та компетенційних зв'язків між вищими органами державної влади, не дає можливості з необхідною категоричністю говорити про ефективність передбачуваної нею форми правління. Очевидна необхідність перегляду конституційно-правового статусу Президента України й Кабінету Міністрів України в напрямку закріплення парламентського способу формування уряду та функціональної переорієнтації Глави держави на забезпечення принципу єдності державної влади, як видно зі змісту «Концепції внесення змін до Конституції України», членами «Конституційної Асамблеї» усвідомлена. «Концепцією» змішана республіканська форма правління визначена як «оптимальна в нинішніх умовах», а її інституціоналізація розглядається як засіб усунення недоліків сучасної організації влади. До згаданих недоліків «Концепцією» віднесені, зокрема, «неефективність системи стримувань і противаг у взаємодії між суб'єктами владних повноважень» [4], «надмірна централізація управлінських функцій», «недостатня самостійність Кабінету Міністрів України в існуючій системі розподілу повноважень». «Концепція» вказує на необхідність «розширення повноважень парламенту в процесі формування персонального складу Кабінету Міністрів України», «більш чіткого визначення функцій і повноважень Президента України та способів їх реалізації», «перегляду процедури призначення та звільнення Прем'єр-міністра України та членів Кабінету Міністрів України» в контексті парламентської інвестиції Уряду, «розширення повноважень і відповідальності Верховної Ради України водночас при збереженні ролі Президента України як глави держави, що виступає від її імені, гаранта державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина, наділення його арбітражними функціями» тощо.

Водночас сценарій, відповідно до якого внесення змін до Основного Закону відбуватиметься у порядку внесення відповідного законопроекту до Верховної Ради України Президентом України, піддає сумнівам можливість здійснення суттєвої і конструктивної корекції форми правління. Навіть за умови, що підготовлений «Конституційною Асамблеєю», законопроект про внесення змін до Конституції України збереже змістовну тотожність «Концепції внесення змін до Конституції України», залишається відкритим питання про набуття згаданим законопроектом чинності у випадку, коли наявне у Верховній Раді України розсташування політичних сил унеможливить внесення до Основного Закону України відповідних змін у спосіб, який передбачений розділом XIII Конституції України.

Список використаних джерел:

1. Шаповал В. Феномен конституції у контексті вітчизняної політико-правової «міфології» / В. Шаповал // Вісник Центральної виборчої комісії. – 2008. – № 3 (13). – С. 16.
2. Борисов Н. Конституционные альтернативы Украины: назад в будущее / Н. Борисов // Власть. – 2011. – № 2. – С. 64-69.
3. Шаповал В. Державний лад країн світу / В. Шаповал. – К.: Український центр правничих студій, 1999. – С. 289.
4. Тут і далі подані відповідні положення «Концепції внесення змін до Конституції України».

Мирзоян Р. Э.,

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и арбитражного процесса Адыгейского государственного университета (Российская Федерация)

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДЕНЕЖНЫХ ОТНОШЕНИЙ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Мировой опыт конституционного регулирования денежных отношений во многих странах свидетельствует, что наряду с рыночными регуляторами существует система государственного регулирования экономики, включающая централизованное планирование и программирование социальных и экономических процессов.

Регулирование денежного обращения в Российской Федерации осуществляется как экономическими, так и административными мерами, предусмотренными действующим законодательством и инструкциями Банка России. Ежегодно Банк России совместно с Правительством РФ определяет основные направления единой государственной денежно-кредитной политики и конкретные меры по поддержанию покупательной способности рубля и его валютного курса [6, с.15].

Конституционное регулирование денежных отношений может рассматриваться как «юридическая форма выражения экономических противоречий, в частности между публично-территориальными образованиями разного уровня, между публично-правовыми и хозяйствующими субъектами» [2, с. 39.].

В механизме правового регулирования денежных отношений необходимо учитывать влияние положений Конституции РФ на текущее финансовое законодательство и в целом на финансовое право (его конституционализацию). Конституционализацию правового регулирования денежных отношений создает ситуацию, при которой они подвергаются воздействию со стороны конституционного, финансового и гражданского права [5, с.73].

Анализ действовавших в Советский период конституций показывает о постепенном изменении жесткого ограничения экономической свободы до свободных рыночных отношений.

Конституция 1993 года отличается от своих советских предшественниц тем, что основы экономической системы определяются как непосредственно, так и через права человека и гражданина.

Направляющее воздействие Конституции РФ на денежные отношения осуществляется как принципами-законоположениями (т.е. нормами, содержащими в себе только некоторую общую идею), так и принципами-нормами (т.е. нормами, не требующими принятия специальных законов) [5, с. 76].

Характеризуя денежную систему Российской Федерации, следует указать на то, что она имеет конституционную основу. В соответствии с п. «ж» ст. 71 Конституции РФ к компетенции Российской Федерации отнесены «денежная эмиссия», «установление правовых основ единого рынка», «финансовое, валютное, кредитное, таможенное регулирование», «федеральные экономические службы, включая федеральные банки». Данные положения являются одним из важнейших принципов конституционно-правовых основ денежно-кредитной политики России. В связи с этим стоит процитировать Я. А. Гейвандова, который указывает на противоречия в данной статье, а именно в отношении использования понятий «федеральные банки» в составе «федеральных экономических служб» [3].

Непосредственно денежному обращению посвящены пункты 1 и 2 ст. 75 Конституции Российской Федерации. В частности, в п. 1 ст. 75 указано, что денежной единицей в Российской Федерации является рубль.

Федерации является рубль. Денежная эмиссия осуществляется исключительно Центральным банком Российской Федерации. Введение и эмиссия других денег в Российской Федерации не допускаются. П. 2 ст. 75 определяет, что защита и обеспечение устойчивости рубля – основная функция Центрального банка, которую он осуществляет независимо от других органов государственной власти.

Часть первая статьи 75 Конституции РФ регулирует, прежде всего, публично-правовые отношения в области экономического суверенитета РФ установление любым государством официальной денежной единицы и формирование самостоятельной денежной системы – это атрибут суверенитета государства и одновременно основа экономической системы, которая формируется и функционирует в границах данного государства.

Экономический суверенитет государства обеспечивается не только признанием рубля единственным средством расчетов внутри государства, но и монополией государства на денежную эмиссию (выпуск в обращение дополнительной массы денег). Как отмечают специалисты, «Конституция России не ограничивает «исключительные» полномочия Банка России «на денежную эмиссию» какой-либо одной формой эмиссии денег» [4, с.13].

Отдельный вопрос – объемы денежной эмиссии. Данный вопрос прямо не урегулирован Конституцией, однако анализ статьи 71 (пункт «ж») и части первой статьи 76 позволяет говорить о том, что объемы денежной эмиссии должны устанавливаться федеральным законом (например, ежегодно законом об утверждении федерального бюджета) либо федеральным законом должен быть установлен порядок определения объемов денежной эмиссии.

Рассматриваемая конституционная норма части первой статьи 75 содержит также запрет на введение и эмиссию других денег в Российской Федерации, которые могли бы использоваться как средство платежа наряду с рублем. По существу, запрещается и централизованный выпуск (федеральными органами государственной власти) новых, по сравнению с рублем, денег и локальный выпуск (органами государственной власти субъектов РФ или органами местного самоуправления) каких-либо знаков оплаты, аналогичных по своему значению и назначению рублю, вне зависимости от территории обращения таких знаков оплаты. Данная норма охватывает, естественно, и запрет на эмиссию в Российской Федерации иностранных валют.

Помимо вышеуказанных статей, Конституция Российской Федерации содержит статью, определяющую компетенцию Правительства России в области обеспечения проведения единой финансовой, кредитной и денежной политики (ст. 114).

Ввиду особой значимостью финансово-правового регулирования для жизни общества и государства в Конституции РФ определены правила внесения, рассмотрения и утверждения законопроектов, затрагивающих вопросы публичных финансов [7, с.104]. Статья 106 Конституции РФ предусматривает обязательное рассмотрение Советом Федерации Федеральных законов по вопросам финансового, валютного, кредитного, таможенного регулирования и денежной эмиссии.

Центральный банк Российской Федерации проводит последовательную политику в области наличного и безналичного денежного обращения, а именно обеспечивает прочное положение национальной российской валюты (рубля) и развития денежно-кредитной системы. Существующая в Российской Федерации конституционно-правовая модель денежных отношений нуждается в определенной модернизации.

Список использованных источников:

1. Российская Федерация. Конституция (1993). Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 дек. 1993 г. (с учетом поправок, внесенных Федеральными конституционными законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 №6-ФКЗ, от 30.12.2008 №7-ФКЗ) // Российская газета. – 1993. – 25 дек.

2. Бондарь Н.С. Конституционализация социально-экономического развития российской государственности (в контексте решений Конституционного Суда РФ) / Н.С. Бондарь. – М., 2006.
3. Гейвандов Я.А. Конституционные основы денежно-кредитных отношений (к двадцатилетию Конституции России) [Электронный ресурс] / Я.А. Гевандов. – Режим доступа: [http // www. rfbs.ru/content/view/804](http://www.rfbs.ru/content/view/804)
4. Карасева, М.В. Деньги в финансовом праве / М.В. Карасева. – М., 2008. – С.13.
5. Крохина Ю.А. Финансовое право России: учеб. для вузов / Ю.А. Крохина. – М., 2007. – С. 73.
6. Мирзоян Р.Э. Денежно-кредитная политика Российской Федерации / Р.Э. Мирзоян // Финансовое право. – 2008. – №4. – С. 15.
7. Финансовое право: учеб. пособие / отв. ред. И.В. Рукавишникова. – М., 2009. – С. 104.

Скрипнюк В. М.,

доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри державно-правових дисциплін Національного університету «Острозька Академія»

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ УКРАЇНСЬКОГО ПАРЛАМЕНТУ В КОНТЕКСТІ ПРОЦЕСУ КОНСТИТУЦІЙНОЇ МОДЕРНІЗАЦІЇ

На думку цілого ряду сучасних дослідників, утвердження та поширення парламентаризму і його практики можна вважати одним з домінуючих напрямів конституційного розвитку систем державної влади переважної більшості європейських країн у другій половині ХХ та на початку ХХІ століть. З цього погляду, триваюча нині конституційна модернізація в Україні повинна обов'язково враховувати досвід як сусідніх пострадянських держав, так і той конституційно-правовий досвід, який характерний для країн-членів ЄС, адже стратегічна орієнтація на асоціацію з ЄС передбачає втілення певних конституційно-правових стандартів, принципів та моделей й у державно-правове життя України. Однак говорячи про практики парламентаризму, у теоретико-методологічному аспекті необхідно від самого початку чітко визначитися з тим, що саме мається на увазі під поняттям «парламентаризм» у сучасній науці конституційного права.

Справа у тому, що не зважаючи на доволі широке використання цього поняття, той сенс, який в нього вкладається різними дослідниками часто є різним. Так, відповідно одного з поширених у конституційно-правовій науці підходів, парламентаризм – це визначена в конституції та інших законах і відповідним чином трансформована у практичну площину організація влади у державі і суспільстві, в якій парламент, побудований на демократичних засадах, володіє юридичним статусом і реальними повноваженнями представницького, законодавчого, контрольного і установчого характеру, в бюджетно-фінансовій і зовнішньополітичній сферах і своєю активною діяльністю виступає гарантом захисту інтересів як більшості, так і меншості громадян. Водночас, парламентаризм часто характеризується як форма взаємодії вищих органів державної влади, що передбачає відповідальність виконавчих структур перед більшістю в парламенті, або ж як система взаємодії держави і суспільства, для якої є характерним визнання провідної або особливої і досить істотної ролі у здійсненні державно-владних функцій загальнонаціонального колегіального постійно діючого представницького органу. Утім, ставлячи на меті правовий аналіз ролі та місця парламенту в системі органів державної влади необхідно з'ясувати два ключові моменти. Перший із них стосується того, якими документами та нормативними актами визначається порядок діяльності того чи іншого парламенту. Другий же стосується більш широкої сфери правового визначення моделей організаційної діяльності парламентів.

Щодо законодавчого визначення порядку роботи Верховної Ради України, слід згадати Конституцію України, Регламент Верховної Ради України, а також цілий ряд законів України. В Конституції України це цілий ряд положень, які містяться в Розділі IV. Стосовно іншого аспекту, а саме – моделей організації, то зараз значна частина дослідників схиляється до виділення чотирьох основних моделей організації парламентів. Певною мірою всі вони є пов'язаними з тим, яка форма правління запроваджена в тій чи іншій державі. До першої групи відносяться ті парламенти, де встановлено принцип парламентського правління. Причому це може бути як парламентська монархія (Люксембург, Нідерланди, Іспанія, Великобританія, Данія, Бельгія), так і парламентська республіка (Німеччина, Італія, Ірландія, Греція, Болгарія, Естонія, Чехія, Словаччина). У цих державах місце і роль парламенту визначається тим, що

від нього похідним є уряд, який формується парламентом і несе перед ним відповідальність. До другої групи належать парламенти тих держав, де встановлено принцип президентського правління. Але, оскільки для держав-членів ЄС ця форма правління не є характерною, то надалі ми не звертатимемося до неї. Третю групу складають парламенти держав зі змішаною формою правління (Франція, Росія, Україна). І, нарешті, до останньої четвертої групи відносяться так звані парламенти «радянського зразку», призначення яких здебільшого зводиться до формального схвалення прийнятих за їх межами політичних ухвал.

Утім, наразі одна з ключових проблем розвитку парламентаризму в Україні полягає навіть не стільки у тому як і завдяки яким нормативно-правовим актам відбувається регламентація діяльності цього органу державної влади, скільки у тому, в який спосіб організується взаємодія парламенту з іншими вищими органами державної влади. Фактично питання щодо того, яка саме форма державного правління є найоптимальнішою і яке місце та роль належить парламенту в системі органів державної влади в Україні досі залишається відкритим. Причому відповідь на нього не повинна формуватися під впливом поточних політичних настанов та пріоритетів, як це часто відбувається у нас, оскільки ця проблема стосується не декількох сотень парламентарів, а всієї держави та всього українського суспільства. Для цього необхідно чітко пам'ятати про наступні важливі аспекти. По-перше, навіть попри факт існування в сучасній державно-правовій науці різних підходів до тлумачення місця і ролі парламентів в системі реалізації державної влади, загально визнаним залишається положення про те, що зміст парламентської діяльності має визначатися насамперед законодавчими та представницькими функціями. Саме ці дві функції конституують специфіку положення та статусу парламенту в системі державної влади, який є одночасно і законодавчим органом і єдиним загальнодержавним представницьким органом всього народу. По-друге, акцентуючи увагу на наявності зв'язку між формою правління та положенням парламенту в тій чи іншій державі, не варто редукувати проблеми парламентаризму виключно до визначення форми правління, оскільки говорячи про роль парламенту в процесі здійснення державної влади слід аналізувати не лише формальні аспекти, але й реальні можливості та вплив цього органу законодавчої влади на весь спектр суспільних відносин. По-третє, абсолютизація принципу поділу влади та критика парламентської форми правління приводить деяких дослідників до думки щодо необхідності обмеження контрольних повноважень парламенту по відношенню до виконавчої влади та глави держави. Така аргументація є принципово неприйнятною і суперечить самій ідеї демократичного врядування, оскільки можливість парламенту контролювати виконавчу владу є серцевиною будь-якої демократії. По-четверте, значна доля критики, що зараз припадає на діяльність парламентів обумовлена недостатньою якістю виконання ними своїх законодавчих функцій. Особливої актуальності ця проблема набуває у випадку України, коли саме від успішності та ефективності законодавчої діяльності парламенту залежить як внутрішня ситуація в державі, яка станом на кінець 2013 року є вкрай складною, так і її перспективи на міжнародній арені (інтеграція в європейські структури її укладання договору про асоціацію на Вільнюському саміті). Таким чином, можна обґрунтовано стверджувати, що саме підвищення ефективності законодавчої діяльності, створення оптимальної структури парламенту, чітке визначення порядку його роботи, встановлення механізмів його взаємодії з іншими інститутами державної влади є одним з найважливіших чинників як всього процесу державотворення в Україні, так і безпосередньо – розбудови сучасної демократичної системи публічної влади. При цьому, будь-які спроби усунути парламент на узбіччя життя країни, принизити його роль чи перетворити на кишеньковий орган штампування законів завжди призводитимуть не лише до підвищення інтенсивності політичного конфлікту між гілками влади, але й до суттєвого зниження демократичності й ефективності функціонування публічної влади.



**Цивільне право та процес.
Трудове право. Земельне право**

**Гражданское право и процесс.
Трудовое право. Земельное право**



**Civil Law and Procedure.
Labour Law. Land Law**

Водоп'ян Т. В.,

аспірантка кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЦИВІЛЬНА ДІЄЗДАТНІСТЬ МАЛОЛІТНІХ

На відміну від правоздатності, яка визнається за кожною фізичною особою незалежно від її віку, здатність набувати прав і здійснювати їх власними діями, брати на себе і виконувати обов'язки, вимагає ряду необхідних вимог перш за все – здатність розумно мислити, розуміти зміст норм права, усвідомлювати наслідки своїх дій, мати життєвий досвід.

Питання участі у цивільних правовідносинах осіб, що не досягли повноліття завжди знаходить своє відображення у цивільному законодавстві.

Цивільний кодекс України поділяє неповнолітніх за віком на дві основні категорії: малолітні – особи, які не досягли чотирнадцяти років та неповнолітні, особи у віці від 14 до 18 років. Такий поділ відрізняється від вікової градації за попереднім цивільним кодексом, де малолітніми вважалися особи віком до 15 років, а неповнолітніми від 15 до 18 років відповідно. Зменшення вікового межі для розширення обсягу дієздатності видається цілком виправданим з погляду сучасного розвитку суспільства та індивіда, зокрема. Біосоціальний розвиток сучасної дитини в епоху інформаційного суспільства відрізняється від такого у попередніх поколіннях.

Слід значити, що в сучасному суспільстві спостерігаються дві протилежні тенденції соціальної активності неповнолітніх. З одного боку багато підлітків досить рано досягають високого рівня соціальної та громадянської активності: вони рано починають працювати, забезпечуючи не тільки себе а й інших членів родини, самостійно розпоряджаються отриманими доходами. З іншого боку існує і інша тенденція, яка отримала назву «соціального інфантилізму», який є психофізичним феноменом, який виникає у осіб, які в силу характеру чи виховання не сформувавши необхідні уявлення про цінність тих чи інших речей, значенні коштів, характері цивільно-правових зв'язків. Такі особливості характерні для дітей з високозабезпечених сімей та дітям-вихованцям дитячих будинків та інтернатів.

Відповідно до ст. 31 ЦК України фізичні особи, які не досягли 14 років володіють частковою дієздатністю.

Малолітня особа має право, по-перше, самостійно вчиняти дрібні побутові правочини, а, по-друге, здійснювати особисті немайнові права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом.

Частковий рівень дієздатності малолітніх дітей означає, що вони можуть самостійно вчинити лише дуже незначний перелік правочинів. Вони можуть вчинити дрібні побутові правочини, ознаки яких встановлено в ст. 31 ЦК України, це: 1) спрямованість на задоволення особою своїх побутових потреб; 2) відповідність фізичному, духовному чи соціальному розвитку особи; 3) невисока вартість предмета правочину. При цьому, важливо, щоб усі ці ознаки характеризували даний правочин у сукупності.

Слід зазначити, що законодавець не дає визначення поняттю «невисока вартість» предмета правочину, лише називає його ознаки, адже для сімей з різним рівнем матеріального забезпечення, наприклад, поняття невисока вартість буде набувати різного значення.

Ж. Л. Чорна пропонує для визначення вартості вчинюваного малолітнім правочину відштовхуватись від конкретної межі, наприклад взяти за основу неоподаткований мінімум доходів громадян [1; с. 61].

Правочин, який вчинено малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності, може бути згодом схвалений її батьками (усиновлювачами) або одним з них, з ким вона проживає,

або опікуном. Такий правочин вважається схваленим, якщо ці особи, дізнавшись про його вчинення, протягом одного місяця не заявили претензії другій стороні. У разі відсутності схвалення правочину він є нікчемним (ст. 221 ЦК України). Якщо буде встановлено, що правочин вчинений на користь малолітньої особи, то на вимогу заінтересованої особи суд може визнати його дійсним.

Крім права вчиняти дрібні побутові правочини цивільний кодекс 1963 року надавав малолітнім право вносити вклади у кредитні установи і розпоряджатися ними.

З. В. Ромовська вважає, що право малолітньої дитини бути вкладником банку слід відновити, чітко вказавши механізм здійснення цього права [2; с. 245].

Чинний ЦК України не вирішує питання про те, хто вчиняє правочини, які виходять за межі дрібних побутових, від імені малолітньої особи, слід зазначити, що ЦК УРСР встановлював прямо встановлював у ст. 14 норму про те, що за неповнолітніх, які не досягли п'ятнадцяти років, угоди укладали від їх імені батьки (усиновителі) або опікун.

Оскільки законними представниками малолітньої особи згідно зі ст. 242 ЦК України є її батьки (усиновлювачі, опікуни), саме вони зобов'язані вчиняти такі правочини від імені малолітньої особи.

Відповідно до ст. 177 СК України батьки управляють майном, належним малолітній дитині, без спеціального на те повноваження. Проте, вони не мають права без дозволу органу опіки та піклування вчиняти такі правочини щодо її майнових прав: укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, в тому числі договори щодо поділу або обміну житлового будинку, квартири; видавати письмові зобов'язання від імені дитини; відмовлятися від майнових прав дитини.

Окремо слід звернути увагу і на вік закріплення за малолітньою особою можливостей мати вказані вище цивільні права. У цивільному законодавстві він визначається періодом від народження фізичної особи і до чотирнадцяти років. Деякі науковці вважають, що оскільки законодавець інтерпретує дієздатність не лише як можливість своїми діями набувати цивільних прав, але й як можливість здійснювати їх, то для цього фізична особа повинна мати принаймні певний вік, по досягненні якого вона має фізичну та психічну можливість набувати своїх цивільних прав та здійснювати їх.

З цього приводу наводять як приклад ч. 2 ст. 28 Цивільного кодексу Російської Федерації, де закріплено право малолітніх вчиняти дрібні побутові правочини, правочини, спрямовані на безоплатне отримання вигоди, що не потребують нотаріального посвідчення чи державної реєстрації та правочини щодо розпорядження коштами, наданими законним представником чи за згодою останнього третьою особою для певної мети чи для вільного розпорядження, у віці з шести до чотирнадцяти років.

Не можна не погодитись з думкою З. В. Ромовської, яка зазначає, що початок дієздатності залежить від рівня розумового та психічного розвитку, середовища в якому живе особа, соціальної активності, тому індивідуалізується щодо кожної конкретної дитини. Статтею 174 Сімейного кодексу України, дитина є власником тих речей, які придбані батьками для забезпечення її розвитку навчання та виховання. Цією нормою законодавчо підсилено обґрунтування недоцільності встановлення мінімальної вікової межі цивільної дієздатності дитини [2; с. 244-245].

Підсумовуючи вищенаведене можна зазначити, що дієздатність малолітньої особи у віці до 14 років має свої особливості. Законодавчо не визначено поняття дрібного побутового правочину, який може вчиняти малолітня особа, а лише зазначено його ознаки. Обсяг дієздатності малолітнього не обмежується встановленими у ст. 31 ЦК України правомочностями. У зв'язку з індивідуальністю розвитку кожної особистості видається недоцільним встановлення мінімальної межі дієздатності малолітньої особи.

Список використаних джерел:

1. Чорна Ж. Л. Особливості дієздатності малолітніх і неповнолітніх осіб за цивільним законодавством України, Росії, Білорусі / Ж. Л. Чорна // Університетські наукові записки. – 2010. – № 3(35). – С. 60-64.

2. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс [Текст] : підручник / З. В. Ромовська. – 2-ге вид., доп. – К. : Правова єдність : Алерта ; К. : КНТ, 2009. – 594 с.

Гвоздева К. В.,

магістрант кафедри громадянського процесу ФГБОУ ВПО «Саратовська державна юридична академія»

ОТДЕЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАОЧНОГО ПРОИЗВОДСТВА В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Сегодня отечественная система правосудия сильно перегружена большим количеством гражданских дел. При этом принцип разумного срока судопроизводства, создавая дополнительную гарантию для участников процесса, ставит перед судьями непростую задачу – своевременно и грамотно разрешать все споры.

Для разгрузки судов сегодня, на наш взгляд, создан оптимальный механизм решения указанной проблемы – институт заочного производства. По замыслу законодателя этот институт должен повысить ответственность сторон за свои действия, предотвратить волокиту и злоупотребления ответчиком своими процессуальными правами.

Вместе с тем, заочное производство имеет как сторонников, так и противников своего существования в ряду ученых-процессуалистов. Так, одни оценивают роль заочного производства весьма позитивно. Например, М. К. Треушников считает появление в ГПК РФ главы о заочном производстве обусловленным внутренними потребностями судопроизводства, а именно необходимостью борьбы с судебной волокитой, когда ответчик уклоняется от явки в суд для затягивания процесса и причинения таким образом дополнительных неудобств истцу [1, с. 18]. В. В. Ярков отмечает, что введение института заочного производства стало одним из основных направлений решения проблем доступа к правосудию, позволяющих достичь целей путем упрощения основных ее составляющих, не снижая в целом уровень юридических гарантий [2, с. 57]. И. В. Решетникова, указывает, что данный институт относится к исторически сложившимся формам ускорения правосудия, не лишаящим судебную деятельность ее существенных признаков [3, с. 181-183].

Среди противников института заочного производства можем отметить мнение В.Г. Гусева, который считает заочное производство неэффективным средством воздействия на уклоняющегося ответчика. В обоснование своей позиции он утверждает, что ответчики нередко в заявлении о пересмотре заочного решения, ссылаются на то, что его не уведомили о дате и месте слушания дела, а заочное решение имеет смысл только в случае, если ответчик относится к решению суда безразлично. При этом автор считает единственным выходом из такой ситуации – введение и закрепление штатной единицы курьера за каждым судьей, рассматривающим гражданские дела [4, с. 38].

Подобное решение проблемы, на наш взгляд, является малоэффективным и затратным, поскольку это вряд ли будет действительно противодействовать на уклоняющегося ответчика. Решение же лежит гораздо глубже в механизмах правового регулирования заочного производства. В целом же противники рассматриваемого института, при всех имеющихся проблемах, к сожалению, не предлагают действенных мер для их разрешения.

Действительно, сегодня одной из основных проблем заочного производства является уклонение ответчика от получения копии решения и вытекающие из этого негативные последствия для истца.

Так, согласно ч. 1 ст. 237 ГПК РФ ответчик вправе обжаловать заочное решение в течение семи дней со дня вручения ему копии этого решения. Однако на практике данная норма зачастую приводит к ситуации, когда при отсутствии данных о вручении ответчикам копии решения судьи выдают истцам заверенные копии с отметкой о вступлении решения в силу.

Чаще всего по истечении длительного времени после этого ответчик получает копию решения и обжалует его, нередко заявляя требование о повороте уже исполненного на момент подачи жалобы решения. Таким образом, истец в такой ситуации вновь терпит негативные последствия и, вместо того, чтобы реализовать свое право на судебную защиту и воспользоваться последствиями удовлетворения заявленных требований, вынужден вновь вступать в судебный процесс.

Практика российских судов показывает, что в случае неполучения извещения с отметкой о вручении ответчику либо члену его семьи копии заочного решения данная копия выдается судом заинтересованному лицу (истцу) на основании его заявления для принятия последним мер по вручению данного судебного решения ответчику [5]. Получается, что истцу недостаточно просто добиться судебного решения, а требуется приложить максимум усилий для его исполнения при недобросовестности ответчика.

В связи со сложившейся ситуацией многие авторы предлагают свой вариант изменений в ГПК РФ для обеспечения реализации прав заинтересованного лица (истца). Так, А. Макаров предлагает следующую редакцию ч. 1 ст. 237 ГПК РФ: «Ответчик, не присутствовавший в судебном заседании, вправе подать в суд, вынесший заочное решение, заявление об отмене этого решения суда в течение семи дней после его вынесения и надлежащего направления ответчику» [6, с. 49].

Вместе с тем, бывают и случаи неявки истца в судебное заседание. Многие авторы по-разному видят решение этой проблемы заочного производства. Так, С. Лонская предлагает установить норму, дисциплинирующую истца. Она отмечает, что поскольку истец, который не является без уважительной причины в суд, демонстрирует этим самым свою незаинтересованность в деле, то дальнейшее рассмотрение спора становится бессмысленным и дело должно быть прекращено [7, с. 10]. Однако, на наш взгляд, подобная позиция является весьма жесткой и не может способствовать достижению задач гражданского судопроизводства в полной мере.

И.И. Черных также не согласна с ранее упомянутой позицией, указывая, что такое основание прекращения производства по делу противоречило бы его сущности. Она считает верным закрепление в ГПК РФ существующих правил, не устанавливающих никаких санкций для истца, не явившегося в судебное заседание по неуважительным причинам [8, с. 9].

И. В. Уткина отстаивает собственную точку зрения, которая состоит в том, что в ГПК РФ следует закрепить возможность рассмотрения дел в заочном производстве не только в случае неявки ответчика, но и в случае неявки истца, надлежащим образом извещенного о времени и месте судебного разбирательства и не явившегося по неуважительным причинам [9, с. 119-131].

Однако, исходя из позиции И.В. Уткиной, складывается представление, что суд не должен стремиться к выяснению подлинных взаимоотношений сторон, что противоречит принципу формальной истины.

На наш взгляд, неявка в судебное разбирательство участников процесса без уважительной причины, безусловно, существенно тормозит осуществление правосудия по гражданским делам. Вместе с тем, если неявка ответчика – явление, с которым необходимо бороться процессуальными средствами, то неявка истца столь радикального решения не требует. Истец – это лицо заинтересованное в исходе дела, а, значит, собственной неявкой оно лишает себя возможности защитить свои права, что может впоследствии привести к отказу в удовлетворении заявленных требований.

Итак, наличие, как противников, так и сторонников существования института заочного производства в среде ученых, безусловно, нормально. Однако нельзя не оценить важнейшую роль данного института в практической деятельности судов. Заочное производство сегодня – это реальный шаг разгрузить суды и максимально быстро разрешать гражданские дела, что позволит повысить качество работы судей, эффективность правосудия и минимизировать правовой нигилизм среди граждан.

Список использованных источников:

1. Интервью с М. К. Треушниковым, доктором юридических наук, заведующим кафедрой гражданского процесса юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, членом научно-консультативного совета при Верховном Суде РФ // Законодательство. – № 12. – 2002.
2. Ярков В.В. Современные проблемы доступа к правосудию в Российской Федерации // СНГ: реформа гражданского процессуального права: Материалы междунар. конф. – М., 2002.
3. Решетникова И.В., Ярков В.В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России. – Екатеринбург; М., 1999.
4. Гусев В.Г. Проблема извещения участников гражданского судопроизводства // Журнал российского права. – 2003. – № 8.
5. Козлова Н.В. Проблемы заочного производства в гражданском процессе Российской Федерации. URL: http://vs.bkr.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&op=3&did=1. (дата обращения 04.11.2013).
6. Макаров А. О сроках вступления заочного решения в законную силу // Российская юстиция. – 2004. – № 2.
7. Лонская С. Заочное решение в гражданском процессе: требуются уточнения // Российская юстиция. – 2002. – № 3.
8. Черных И. И. Заочное производство в гражданском процессе. – М., 2000.
9. Уткина И. В. Заочное решение в гражданском процессе. – М., 2003.

Заверуха С. В.,

аспірант Хмельницького університету управління та права

ПРАВОВА ПРИРОДА НЕУСТОЙКИ

Неустойка є традиційним інститутом цивільного права. Незважаючи на досить прості, на перший погляд, правила застосування, її завжди супроводжували різні проблеми, пов'язані з її практичним застосуванням. Теоретичні і практичні погляди на вирішення цих проблем й на сьогодні порушують низку питань, більша частина з яких має принциповий характер.

Відповідно до ч. 1 ст. 549 ЦК України, неустойкою (штрафом, пенею) є грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторowi у разі порушення боржником зобов'язання. Таким чином предметом неустойки називаються як грошова сума, так і інше майно.

У юридичній літературі висловлювалися різні погляди на правову природу неустойки. Деякі науковці розглядають неустойку лише як міру цивільно-правової відповідальності, оскільки сплата неустойки з невиконання боржника нічим не забезпечена і не гарантована кредиторowi [1, с. 29]. Зазначена позиція є спірною, оскільки неустойка як забезпечувальна міра діє через погрозу, усунення потенційного порушника, виступаючи одночасно лише можливою, а не реальною відповідальністю. Проте неустойка повинна бути забезпечена державним примусом виключно у процесі стягнення. Як зазначав Б. М. Гонгалo, на підтримку позиції про подвійну природу неустойки, що в самому найменуванні способу забезпечення зобов'язання закладена функціональна спрямованість відповідних мір – створення умов, що гарантують належне виконання зобов'язання або дотримання майнового інтересу кредитора [2, с. 88].

Інші автори зазначають, що неустойка – це не є відповідальністю, а деяка підстава, база, для визначення її розміру, оскільки сторони визначають розмір неустойки наперед, на момент укладення договору [3, с. 284]. Зазначена точка зору також не є безспірною. Та обставина, що неустойка наперед визначає розмір відповідальності ще не означає, що вона є лише підставою відповідальності. Навпаки, як і наперед встановлений адміністративний штраф за вчинення того чи іншого правопорушення, неустойка фіксує розмір відповідальності і становить санкцію, яка в будь-який час може бути застосована.

Разом з тим більшість науковців убачає правову сутність неустойки у її подвійному характері як виду забезпечення виконання зобов'язання та міри відповідальності [4; 6]. На нашу думку саме подвійний характер неустойки відображає правову природу неустойки, що й впливає зі структури та змісту ЦК України. Так, загальні положення про поняття, види, порядок обчислення неустойки розміщені у гл. 49 ЦК України «Забезпечення виконання зобов'язання». Зокрема у ч. 1 ст. 546 цієї глави ЦК України прямо зазначається, що неустойка є видом забезпечення виконання зобов'язання. Разом з тим, зі змісту ч. 3 ст. 550 ЦК України, де зазначається, що «кредитор не має права на неустойку в разі, якщо боржник не відповідає за порушення зобов'язання» [5], впливає, що неустойка є санкцією, мірою відповідальності, оскільки підставою виникнення права на неустойку можуть бути ті юридичні факти, що становлять підставу цивільно-правової відповідальності.

Положення про неустойку як міру відповідальності за порушення зобов'язання також розміщено у гл. 51 ЦК України «Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання», де у ст. 611 сплату неустойки віднесено до правових наслідків у разі порушення зобов'язання, а у ст. 624 ЦК України урегульовано співвідношення неустойки і збитків. При цьому класифікація неустойки згідно ст. 624 ЦК України не виключає її подвій-

ного характеру як виду забезпечення виконання зобов'язання та міри відповідальності, хоча має відношення до відповідальності за порушення зобов'язання (ст. 624 розміщена у гл. 51 ЦК України).

Таким чином, подвійна правова природа неустойки виявляється у тому, що з моменту її встановлення до моменту порушення зобов'язання неустойка виступає видом забезпечення зобов'язання, а з моменту порушення зобов'язання неустойка становить міру цивільно-правової відповідальності. У першому своєму вираженні вона виконує попереджувально-стимулюючу функцію, тобто стимулювання сторін до належного виконання зобов'язання, а також попередження порушення зобов'язання, внаслідок невідворотного застосування до боржника неустойки і збитків як міри цивільно-правової відповідальності. Водночас після вчинення правопорушення забезпечувальний елемент неустойки припиняє діяти, і починають реалізовуватися штрафна (каральна) і компенсаційна функції неустойки як міри відповідальності. Як зазначала О. О. Отрадна, «всі різновиди стягнення неустойки виконують функцію покарання, оскільки неустойка стягується незалежно від наявних збитків кредитора і часто понад збитки» [4, с. 12].

Виступаючи мірою цивільно-правової відповідальності неустойка також виконує охоронну функцію (захищає порушені майнові права кредитора шляхом їх відновлення чи еквівалентного відшкодування завданих збитків), попереджувально-виховну (сплата боржником неустойки або збитків, чим здійснює вплив на його подальшу поведінку та попереджає подальші правопорушення за його боку, наприклад при поставці у наступному періоді), а також попереджувально-стимулюючу.

Список використаних джерел:

1. Гражданское право : [Учебник] : 2 т. / Под ред. Е. А. Суханова. – М. : БЕК, 1993. – Т. 2. – С. 29.
2. Гонгало Б. М. Общие положения об обеспечении обязательств и способах обеспечения обязательств / Б. М. Гонгало / Цивилистические записки // Межвузовский сборник трудов. – М. : Статут, 2001. – С. 88.
3. Комментарий к ч. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. – М. : Фонд «Правовая культура», 1995. – С. 284.
4. Отрадна О.О. Неустойка в цивільному праві: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О.О. Отрадна. – К., 2002. – 20 с.
5. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. (зі змінами та доповненнями) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.
6. Черешнюк В. Штрафні санкції за порушення господарських договорів / В. Черешнюк. – Підприємство, господарство і право. – 2006. – № 7. – С. 83-87.

Золотарьова Д. М.,

аспірант кафедри земельного та аграрного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

ПРАВОВІ ПИТАННЯ ВИКОРИСТАННЯ ТИМЧАСОВО ЗАЙНЯТИХ ЗЕМЕЛЬ

Проведення розвідувальних робіт як одного з різновидів надрокористування пов'язане з обов'язковим використанням відповідної земельної ділянки. Це обумовлює необхідність аналізу правового режиму використання тимчасово зайнятих земель.

Як відомо, в умовах стрімкого розвитку ринкової економіки та підвищення загального рівня соціально-економічного розвитку суспільства спостерігається збільшення обсягів споживання невідновлюваних природно-мінеральних ресурсів. Важливого значення при цьому набувають суспільні відносини в сфері геологічного вивчення надр, результатом якого є отримання інформації про потенціал надр та відкриття нових родовищ корисних копалин. Безперечно, що геологічне вивчення надр нерозривно пов'язане з використанням відповідних земельних ділянок. Без одночасного використання певної ділянки земної поверхні не можна і не можливо вивчати та використовувати надра. Отже, постає питання законодавчого врегулювання суспільних відносин, що виникають у сфері користування природними ресурсами, зокрема користування землями та надрами.

Ст. 97 Земельного кодексу України, яка має назву «Обов'язки підприємств, установ та організацій, що проводять розвідувальні роботи», встановлює умови використання відповідних земельних ділянок.

Таким чином, при здійсненні розвідувальних робіт, метою яких є геологічне вивчення надр, між суб'єктом, що виконує розвідувальні роботи і власником земельної ділянки, укладається угода щодо тимчасового зайняття відповідної земельної ділянки. Розвідувальні роботи можуть бути проведені і за погодженням з землекористувачем. Наголошуючи на тому, що строки і місце проведення розвідувальних робіт визначаються угодою сторін, ст. 97 Земельного кодексу України не визначає, на жаль, характер і сутність цієї угоди. В літературі вказують на існування зобов'язального права використання земельних ділянок для проведення розвідувальних робіт, яке відрізняється від інших видів права землекористування (наприклад, від оренди та постійного землекористування).

Суб'єкти, що здійснюють геологічне вивчення надр, використовують земельну ділянку тільки для проведення розвідувальних робіт і мають право розміщувати на ній обладнання і споруди тимчасового типу, які забезпечують проведення цих робіт.

Важливою рисою тимчасового використання земельних ділянок для розвідувальних робіт є те, що земельна ділянка не вилучається у землекористувача і не викуповується у власника. Вона залишається у власності або користуванні відповідного суб'єкта, а користувач, який проводить розвідувальні роботи, лише тимчасово її займає і використовує для геологічного вивчення надр. Таким чином, земельні ділянки, які були передані власником (землекористувачем) спеціалізованій розвідувальній організації, мають власне, спеціальне цільове призначення, зміст якого повинен визначається Земельним кодексом України.

Вищевикладене обумовлює фактичне існування особливостей використання земель для розвідувальних робіт. Зауважимо, що одна земельна ділянка в межах її основного цільового призначення може використовуватися для конкретної мети. Тому, при наданні для потреб надрокористування земельної ділянки, яка використовувалася для інших потреб, слід говорити про зміну цільового призначення такої земельної ділянки.

Необхідно зазначити, що земельна ділянка може використовуватися для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, тобто мати статус земель сільськогосподарського призначення. Основним і першочерговим обов'язком власників таких земель є забезпечення використання їх за цільовим призначенням, що чітко закріплено у п. 1 ст. 91 Земельного кодексу України.

За невиконання обов'язку використання земель за цільовим призначенням Земельним кодексом та іншим законодавством України встановлена відповідальність (зокрема, ст. 211 Земельного кодексу України). Отже, у випадку надання земельної ділянки для проведення розвідувальних робіт, землевласник або землекористувач тимчасово фактично змінює цільове призначення цих земель.

Зважаючи на це, між правом користування земельною ділянкою і правом надрокористування виникає питання: чи можна змінити цільове призначення будь-якої земельної ділянки, якщо необхідно надати її для надрокористування і хто саме надає дозвіл на цю зміну.

Підсумовуючи вищевикладене, можна зробити висновок про те, що тимчасове зайняття земельних ділянок для проведення розвідувальних робіт як форма їх використання характеризується своєю специфікою, яка має бути передбачена угодою землевласника (землекористувача) із спеціалізованою організацією. Доцільно було б визначити характер і сутність угоди, відповідно до якої проводяться розвідувальні роботи. А також дати відповіді на питання, які стосуються цільового призначення земельної ділянки в межах якої здійснюються розвідувальні роботи.

Іванов С. О.,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Національного університету державної податкової служби України

Сніцар І. В.,

кандидат педагогічних наук, доцент, доцент кафедри іноземних мов Хмельницького національного університету

БЮДЖЕТНА УСТАНОВА – СПЕЦИФІЧНА ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВА ФОРМА: В АСПЕКТІ ЦИВІЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Законодавчо закріплено у Цивільному кодексі України (*далі – ЦК України* [1]) про участь таких учасників цивільних відносин, як юридичні особи публічного права (ст. 2 ЦК України; ч. 2 ст. 81 ЦК України). Однак, незважаючи на ряд проведених науковцями досліджень щодо деяких різновидів юридичних осіб публічного права, у законодавстві та у правозастосовчій сфері виникає значна кількість неврегульованих або врегульованих суперечливо положень щодо сутності організаційно-правових форм юридичних осіб публічного права, їхнього місця серед інших різновидів юридичних осіб. Йдеться, зокрема про діяльність створених державою установ, які фінансуються з коштів державного бюджету (бюджетні установи).

Щодо цього необхідно зазначити, що в положеннях Господарського кодексу України – *далі ГК України* [2] (п. 4 ст. 22 ГК України, п. 1 ст. 141 ГК України та в інших) поряд з підприємством згадується організаційно-правова форма державної установи. У той же час сутність цієї організаційно-правової форми в нормах ГК України, як особи, яка не визнається суб'єктом господарювання, не розкривається. Не зазначається суть державної установи й в інших законах України, що свідчить (в умовах скасування дії Закону України «Про власність») про прогалину в законодавстві з цього питання. Проблемність цього питання вказує факт виділення в законодавстві подібних до установи ряду організаційних форм, таких, наприклад, як органи державної влади (відповідно до ст. 170 ЦК України), форми фонду (відповідно до положень Закону України «Про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб» [3]). Крім цього, питання суті бюджетних установ набувають особливої гостроти під час розв'язання питань накладання майнової відповідальності за зобов'язаннями цих осіб.

Проводячи аналіз історії становлення установи як організаційно-правової форми юридичних осіб, зазначається про її складний і суперечливий характер. Науці відомі твердження про діяльність установ як неюридичних осіб. У дореволюційному цивільному праві термін «установа» використовувався до так званих «несамостійних організацій», що залежать від казни [4, с. 113-114]. При цьому зазначалося про актуальність представницьких функцій установи, однак реальним учасником відносин все ж виступає та особа, чия воля реалізується діями неавтономної організації. В історії розвитку установ на території України вчені пропонують виділяти шість етапів: дореволюційний (1842-1917 рр.) – трактування установ як структурного типу юридичної особи протилежного корпорації; ранній радянський (1917-1961 рр.) – з'являється конструкція бюджетної установи-невласника, що уособлювала будь-які культурні й управлінські організації, яка фінансувалася за кошторисом (за такими установами не завжди визнавався правовий статус юридичної особи); середній радянський період (1961-1987 рр.) – всі установи-невласники визнавалися юридичними особами; перебудовний (1987-1991 рр.) – у діяльності бюджетних установ вводяться елементи господарського розрахунку; пострадянський (1991-1997 рр.) – установи діяли в умовах становлення та розвитку національної правової системи, однак у певних випадках регулювали свою діяльність законодавством радянського періоду [5, с. 9]. Правова сутність нинішньої установи не зазнала змін і полягає у виконанні суворо визначених завдань за рахунок виділеного для цього майна в інтересах певних осіб (дестинаторів) [6, с. 28]. Однак вітчизняне законодавство чітко визначає установу як

організаційно-правову форму юридичної особи (ст. 83 ЦК України). У той же час наведене у п. 3 ст. 83 ЦК України визначення установи як організаційно-правової форми юридичних осіб не можна використати щодо діяльності бюджетних установ, тобто непідприємницьких організацій, створених для досягнення наперед визначених управлінських, соціально-культурних та інших функцій публічного характеру за рахунок майна засновника (засновників) і останній (останні) мають речові права на майно цієї організації та право брати участь в управлінні нею.

Щодо цього, залежно від правової природи мети створення та способу створення юридичної особи із організаційно-правовою формою установи можна поділяти на приватні установи (організації, створені у добровільному порядку фізичними особами або юридичними особами приватного права, які спрямовують свою діяльність на досягнення реалізації покладеної цими засновниками мети за рахунок їх майна) та на публічні установи (створені розпорядчим актом держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади юридичні особи з метою виконання управлінських, соціально-культурних та інших функцій публічного характеру, які не є власниками переданого засновником майна та фінансуються останнім повністю або частково).

Про специфіку організаційно-правової форми бюджетних установ свідчить прояв такої ознаки юридичної особи, як самостійна цивільна відповідальність. Це обумовлено тим, що майновою основою діяльності цих організацій виступають фінансові ресурси, зосередженні виключно на рахунках в органах Державної казначейської служби України (в умовах запровадження казначейської форми обслуговування Державного бюджету України – ст. 10 Бюджетного кодексу України – далі *БК України* [7]). Через це цивільна відповідальність бюджетних установ за власними зобов'язаннями має складний та суперечливий характер, так як нагальними у правозастосовчій практиці є питання джерел погашення такої відповідальності цих суб'єктів права, питання визначення осіб, уповноважених виступати в судовому процесі у справах бюджетних установ – відповідачів.

Вбачається, що незважаючи на запровадження казначейської форми обслуговування Державного бюджету України суб'єктом відповідальності за цивільними зобов'язаннями бюджетних установ слід визнавати саме ці юридичні особи публічного права, а не державу. Майнову базу такої відповідальності складають відповідно до п. 3 Порядку виконання рішень про стягнення коштів державного та місцевих бюджетів або бюджетних установ [8] виключно виділені для бюджетних установ бюджетні асигнування у межах відповідних бюджетних призначень.

У той же час у статтях кошторису цих осіб окремо не передбачено кошти на відшкодування зобов'язань, які виникли, так як неможливо передбачити і спланувати їх розмір на майбутній бюджетний рік. Вихід із цієї ситуації вчені вбачають у встановленні обмеження цивільно-правової відповідальності бюджетних установ за своїми зобов'язаннями виключно наявними в розпорядженні грошовими засобами, виділеними засновником для виконання мети їх створення. При недостатності цих коштів субсидіарну відповідальність несе власник майна – держава [9, с. 10]. Погоджуючись із наведеним положенням про встановлення принципу обмеження майнової бази відповідальності бюджетних установ, доповнимо, що причиною встановлення цього механізму є факт реалізації бюджетними установами стратегічно важливого для держави та суспільства виду діяльності, внаслідок чого держава як їх засновник закріплює положення про неможливість проголошення цих осіб банкрутами, несучи у субсидіарному порядку майнову відповідальність за їхніми зобов'язаннями. Положення про субсидіарну відповідальність держави за зобов'язаннями її суб'єктів публічного права закріплено у ч. 1 ст. 2 Закону України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень» [10].

В ситуації визнання держави субсидіарним відповідачем у справах стягнення бюджетних коштів за зобов'язаннями бюджетних установ резонним постає питання визначення у позовній заяві ідентифікуючих ознак держави, як відповідача по справі (її місцезнаходження, поштовий індекс тощо), адже позовна заява, відповідно до ст. 119 Цивільного процесуального кодексу України – далі *ЦПК України* [11] повинна містити: ім'я (найменування) позивача і відповідача, їх місце проживання (перебування) або місцезнаходження, поштовий індекс, номери засобів зв'язку.

Недоцільним є проведення стягнення з органів державної влади як субсидіарних відповідачів за зобов'язаннями підвідомчих їм бюджетних установ (як це зазначено у ч. 2 ст. 5 Закону України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» [12] відповідно до якої субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями бюджетних установ (військових частин) несе певний орган державної влади (Міністерство оборони України), адже майнової бази такої відповідальності цих осіб у чинному законодавстві (через запровадження казначейської системи обслуговування державного бюджету) не створено.

В ракурсі розв'язання зазначених вище питань пропонується наступне: субсидіарним відповідачем по справах майнової відповідальності бюджетних установ у разі недостатності на їх рахунках фінансових ресурсів повинна виступати не абстрактно держава або її певні органи державної влади, а держава в особі свого центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної фінансової політики (нині це органи Державної казначейської служби України) та визначеного у судовому порядку органу державної влади, який виступає від імені держави засновником певної бюджетної установи – боржника (наприклад, Міністерство оборони України щодо військових частин). Це впливає з особливої форми представництва держави у цивільному обороті у вигляді множинності осіб, які виступають від її імені (відповідно до ст. 170 ЦК України). Такі повноваження щодо представництва інтересів держави охоплюється змістом владної компетенції зазначених органів державної влади (див. напр. п. 4 Положення про Державну казначейську службу України [13] та ч. 4 ст. 51 БК України [7]).

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р., № 435-IV // ВВР України. – 2003. – №№ 40-44. – Ст. 356.
2. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р., № 436-IV // ВВР України. – 2003. – № 18, № 19-20, № 21-22. – Ст. 144.
3. Про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб : Закон України від 20.09.2001 р. № 2740-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 5. – Ст. 30.
4. Синайский, В. И. Русское гражданское право / В. И. Синайский. – М. : Статут, 2002. – 138 с.
5. Булатов, Є. В. Правовий статус установи як учасника господарських відносин : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / Є. В. Булатов. – Донецьк, 2005. – 22 с.
6. Борисова, В. І. Установа – одна з організаційно-правових форм юридичної особи / В. І. Борисова // Проблеми законності : [респ. міжвід. наук. зб.]. – Вип. 57. – Х. : НЮАУ, 2002. – С. 24 – 30.
7. Бюджетний кодекс України: Закон України від 21.06.2001 р., № 2542-III // ВВР України. – 2001. – № 37-38. – Ст. 189.
8. Порядок виконання рішень про стягнення коштів державного та місцевих бюджетів або бюджетних установ, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 3 серпня 2011 р. № 845 // [Електронний ресурс] – Режим доступу <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/845-2011>.
9. Винар, Л. В. Правовий статус юридичних осіб, заснованих державою : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Л. В. Винар. – Львів, 2006. – 297 с.
10. Про гарантії держави щодо виконання судових рішень : Закон України від 05.06.2012 р. № 4901-VI [Електронний ресурс] – Режим доступу Верховна Рада України. Законодавство України. – URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4901-17>.
11. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України, 2004, N 40-41, 42, ст.492.
12. Про господарську діяльність у Збройних Силах України: Закон України від 21.09.1999 р., № 1076-XIV // ВВР України. – 1999. – № 48. – Ст. 408.
13. Положення про Державну казначейську службу України: затв. Указом Президента України від 13 квітня 2011 року N 460/2011 // Урядовий кур'єр від 19.05.2011 – № 89.

Ігнатенко І. В.,

аспірант кафедри земельного та аграрного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

ДО ПИТАННЯ ПРО СПІВВІДНОШЕННЯ ПЛАНУ ЗОНУВАННЯ ТЕРИТОРІЇ І ДОКУМЕНТІВ ТЕРИТОРІАЛЬНОГО ПЛАНУВАННЯ

Правовою основою виникнення правовідносин у сфері зонування земель виступають положення ст. 180 чинного Земельного кодексу України. Подальше розповсюдження дана норма отримала у зв'язку із прийняттям Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності». З'явився новий вид планувальної документації на місцевому рівні – план зонування території.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» план зонування території (зонінг) – це містобудівна документація, що визначає умови та обмеження використання території для містобудівних потреб у межах визначених зон [1]. Отже, план зонування території, по-перше, являє собою нормативно-правовий акт, затверджений відповідною радою. По-друге, ним встановлюється порядок планування і забудови та іншого використання територій, окремих земельних ділянок, а також перелік усіх допустимих видів, умов і обмежень забудови та іншого використання територій і окремих земельних ділянок у межах зон. По-третє, він уточнює права власників земельних ділянок і землекористувачів, щодо їх використання переважно для потреб забудови.

На думку С. А. Бурмистрової, план зонування території є джерелом права, при цьому сферою дії його правових норм виступають межі територіальних зон [2, с. 19]. Дане твердження видається спірним та вимагає уточнення. Сфера дії правових приписів, які містяться в плані зонування території, – це територія сільського або міського населеного пункту, в той час як правовий режим земельних ділянок, розташованих в конкретній територіальній зоні, діє лише в її межах. Крім того, він характеризується цілісністю, оскільки застосовуються до всіх земель в межах населеного пункту.

План зонування території – це унікальний нормативний правовий акт. Його унікальність обумовлена нетиповою формою викладу відповідних приписів. У ньому мають місце різні форми правового закріплення вимог містобудівних дій при єдності змісту. План зонування території можна розглядати як одну з форм регулювання відносин землекористування в межах населених пунктах, покликаних забезпечити недопущення неналежного використання земельних ділянок, у тому числі їх забудову, шляхом порушення встановлених містобудівних норм і правил, здатних негативно впливати на навколишнє середовище та здоров'я людей.

Питання про співвідношення плану зонування території і документів територіального планування дискусійне як у правовій доктрині, так і в правозастосовчій практиці. Так, одні дослідники відзначають первинний характер документів територіального планування по відношенню до плану зонування території. Вони вказують на неприпустимість протиріччя норм, які містяться у плані зонування території, генеральному плану, оскільки вони повинні ґрунтуватися на його положеннях, конкретизуючи правовий режим окремих територій населеного пункту, відокремлених в рамках територіальних зон. Розробка нового генерального плану, на їхню думку, є підставою для підготовки нового плану зонування території або внесення до нього змін. У літературі також підкреслюється, що генеральний план, як документ, що задає вектор розвитку території, первинний. У сукупності генеральний план і план зонування території створюють умови для реалізації принципу сталого розвитку території населеного пункту.

Інші дослідники вважають, що документи територіального планування не мають чіткого продовження в плані зонування території, вони існують у відриві один від одного. Немає ясності, наскільки план зонування території повинен відповідати документам територіального планування:

якщо дотримання обов'язкове й точне, то одночасне наявність плану зонування території і генерального плану є зайвим, так як вони містять фактично однаковий набір відомостей. Крім того, при подальшій зміні документів територіального планування, відсутні гарантії того, що план зонування території буде оновлюватися. Немає і зворотного зв'язку: план зонування території може змінюватися без документів територіального планування. На основі наведених міркувань науковці ставлять питання про доцільність підготовки документів територіального планування.

З огляду на викладене, законодавче закріплення необхідності розробки документів територіального планування і плану зонування території спрямоване на забезпечення збалансованого підходу до визначення правового режиму земельних ділянок у межах населених пунктів та встановлення найбільш раціональних способів землекористування при здійсненні містобудівної діяльності. Документи територіального планування спрямовані на визначення призначення територій виходячи з сукупності соціальних, економічних, екологічних та інших факторів з метою забезпечення сталого розвитку територій, розвитку інженерної, транспортної та соціальної інфраструктур, забезпечення обліку публічних і приватних інтересів. План зонування території визначає можливі види використання земельних ділянок залежно від їх приналежності до тієї чи іншої зони.

Заслуговує на увагу і схвалення пропозиції про необхідність закріплення такої послідовності прийняття містобудівної документації, при якій в першу чергу буде прийматися генеральний план, а в другу – план зонування території. Оскільки, зонування земель, як правило, супроводжується генеральним планом, який покладений в основу місцевого планування. Генеральний план – важливий і необхідний документ довгострокового планування. Він може давати позитивний ефект за наявності правових механізмів його реалізації, заснованих на зонуванні земель.

Однак, на сьогоднішній день більшість населених пунктів мають генеральні плани, але при цьому не володіють такими реалізаційними механізмами. Їх треба запроваджувати. Найоптимальніший вибір (вже апробований у ряді міст) виглядає наступним чином: приймається установка на розробку місцевого нормативного правового акта – плану зонування території. Після його прийняття і введення в дію (або паралельно з цим процесом) можуть починатися роботи з коригування чинного генерального плану. Ці роботи повинні спиратися на положення діючого плану і враховувати їх.

Варто наголосити, що план зонування території, заснований на зонуванні земель, покликаний прискорити перетворення у сфері містобудування, формування ринку нерухомості, поживлення реального сектора економіки населених пунктів. Він зорієнтований на виконання основних вимог до формування сучасної системи регулювання забудови і землекористування, а також має обов'язкову юридичну силу. Це створює підґрунтя для його виконання всіма суб'єктами, що здійснюють зміни об'єктів нерухомості або причетними до цього процесу, – адміністративними органами нагляду і контролю, власниками нерухомості, інвесторами, забудовниками, підрядниками.

Можна стверджувати, що зонування виступає правовою формою реалізації генерального плану та юридичним засобом реалізації його рішень. В той же час, зонування земель базується на генеральному плані та неможливе без цього документа. Принципова відмінність плану зонування території від генерального плану полягає в тому, що останній визначає дуже конкретні і єдино можливі вимоги до території та її планування. План зонування території формує поле для свободи діяльності, встановлюючи певні обмеження забудови та іншого використання територій та окремих земельних ділянок, в межах визначених зон. Комплексний характер плану зонування території робить його фактично зводом правил на ринку міського будівництва, обов'язкових для всіх як державних, так і приватних суб'єктів містобудівної діяльності.

Список використаних джерел:

1. Про регулювання містобудівної діяльності : Закон України від 17.02.2011 р. № 3038–VI // Відом. Верхов. Ради України. – 2011. – № 34. – Ст. 343.
2. Бурмистрова С. А. Повноваження органів місцевого самоврядування в сфері містобудування: автореф. дис. ... канд.юрид.наук.: 12.00.02 / С. А. Бурмистрова ; Юж.-Ур. гос. ун-т. – Челябинск, 2009. – 25 с.

Ковач Д. Л.,

аспірант кафедри земельного та аграрного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

ДО ПИТАННЯ ВИНИКНЕННЯ ПРАВ НА ЗЕМЛЮ

Правильне визначення моменту виникнення у громадян права власності на землю в умовах сьогодення набуває теоретичної ваги і практичного значення. Оскільки саме з цього моменту власник може реалізувати право на захист набутої власності передбаченим законом способом.

В ст. 125 ЗК України закріплено умову виникнення права власності на земельну ділянку, згідно з якою право власності на земельну ділянку виникає з моменту державної реєстрації цього права. Таким чином, державній реєстрації підлягають не правовстановлюючі документи (державні акти, договори оренди), а власне права на землю.

ЗК України процедуру набуття права власності на земельну ділянку поділяє на два етапи: а) формування земельної ділянки (мова йде про ті земельні ділянки, що формуються вперше); б) державну реєстрацію земельної ділянки.

Формування земельної ділянки – це встановлення її технічних, економічних характеристик та юридичного статусу в процесі землеустрою. Земельна ділянка формується наступними способами: а) відведення земельних ділянок із земель державної та комунальної власності; б) поділ чи об'єднання раніше сформованих земельних ділянок; в) визначення меж земельних ділянок державної чи комунальної власності за проектами землеустрою щодо впорядкування територій населених пунктів.

Земельна ділянка формується на підставі розробленої документації з землеустрою та вважається сформованою з моменту присвоєння кадастрового номеру – індивідуального цифрового коду (номера) земельної ділянки, що не повторюється на всій території України, присвоюється земельній ділянці під час проведення її державної реєстрації і зберігається за нею протягом усього часу існування такої ділянки. Державна реєстрація земельної ділянки здійснюється при її формуванні шляхом відкриття Поземельної книги на таку ділянку за місцем розташування земельних ділянок відповідним Державним кадастровим реєстратором територіального органу центрального органу виконавчої влади з питань земельних ресурсів в містах Києві та Севастополі, містах республіканського (Автономної Республіки Крим) та обласного значення, районі за процедурою, передбаченою законом.

Земельній ділянці, відомості про яку внесені до Державного земельного кадастру, присвоюється кадастровий номер. Кадастровий номер земельної ділянки є її ідентифікатором у Державному земельному кадастрі. Система кадастрової нумерації земельних ділянок є єдиною на всій території України. Законом передбачено співпрацю органу, що здійснює ведення Державного земельного кадастру з органом державної реєстрації прав. Так, він одночасно з державною реєстрацією земельної ділянки надає органу державної реєстрації прав інформацію про: державну реєстрацію земельної ділянки (дату державної реєстрації, орган, що здійснив таку реєстрацію); кадастровий номер, площу, місце розташування земельної ділянки; кадастровий план зареєстрованої земельної ділянки в електронній (цифровій) формі. У свою чергу орган державної реєстрації прав одночасно з державною реєстрацією речового права на земельну ділянку надає органу, що здійснює ведення Державного земельного кадастру, інформацію про: а) суб'єкта права власності на земельну ділянку; б) суб'єкта речового права на земельну ділянку; в) державну реєстрацію права власності на земельну ділянку, права користування (сервітут) земельної ділянки, права постійного користування, права оренди (суборенди) земельною

ділянкою; права користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис); права забудови земельної ділянки (суперфіцій); г) дату державної реєстрації, реєстраційний номер земельної ділянки у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно із зазначенням відомостей про її кадастровий номер та орган, що здійснив державну реєстрацію. Крім того, відносини із інформаційної взаємодії органу, що здійснює ведення Державного земельного кадастру, та органу державної реєстрації прав врегульовано Постановою Кабінету Міністрів України від 22 лютого 2012 р. № 1181.

Внесення відомостей до Державного земельного кадастру або надання мотивованої відмови у такому внесенні здійснюється у строк, що не перевищує чотирнадцяти робочих днів з дня отримання відповідної документації, якщо цим Законом не встановлено інший строк для здійснення цих дій.

Другим етапом набуття права власності на земельну ділянку є державна реєстрація речових прав на неї, яка здійснюється вже після державної реєстрації земельної ділянки у Державному земельному кадастрі. Тобто, спочатку здійснюється реєстрація земельної ділянки в територіальних органах Державного агентства земельних ресурсів України, а далі проводиться реєстрація права власності на неї у територіальних органах Державної реєстраційної служби України, діяльність якої координується Міністерством юстиції України.

Інформація про права на нерухоме майно та їх обтяження підлягає внесенню до Державного реєстру прав.

Відповідно до ст. 18 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» фізичним та юридичним особам у разі безоплатної передачі їм земельної ділянки із земель державної чи комунальної власності за рішеннями органів державної влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування при здійсненні державної реєстрації прав на нерухоме майно видається свідоцтво про право власності на нерухоме майно.

Відповідно до ст. 181 ЦК України земельна ділянка є нерухомою річчю. Як і будь-яка інша річ, земельна ділянка може надаватися громадянам та юридичним особам, бути предметом договорів, внаслідок яких виникають, переходять чи припиняються речові права на землю. Тому земельна ділянка є об'єктом не тільки земельних, а цивільно-правових відносин.

Закон «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» визнає всі права на земельні ділянки, які були зареєстровані до 1 січня 2013 р. навіть у разі відсутності їх державної реєстрації, передбаченої цим Законом, за умови, якщо реєстрація прав була проведена відповідно до законодавства, що діяло на момент їх виникнення або якщо на момент виникнення прав діяло законодавство, що не передбачало обов'язкової реєстрації таких прав.

Незважаючи на визнання державою прав власності на такі земельні ділянки, у їх власників при здійсненні прав можуть виникнути непоодинокі проблеми у випадку, якщо така ділянка не має кадастрового номера. Згідно із Прикінцевими і Перехідними положеннями Закону України «Про Державний земельний кадастр» земельні ділянки, право власності на які виникло до 2004 р., вважаються сформованими незалежно від присвоєння їм кадастрового номера. Отже, такі ділянки можна використовувати відповідно до їх цільового призначення. Однак ними не можна розпоряджатися, поки не буде отриманий кадастровий номер.

Відсутність кадастрового номера земельної ділянки свідчить ще про один істотний недолік її правового режиму. Він полягає у тому, що відомості про таку ділянку не внесені до Державного реєстру земель. Це означає, що на картографічних документах Державного реєстру земель (черговому кадастровому плані тощо) відсутнє позначення наявності такої ділянки на відповідній території.

Курило Т. В.,

кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри цивільного права та процесу факультету з підготовки фахівців для підрозділів кадрового забезпечення та міліції громадської безпеки Львівського державного університету внутрішніх справ

ОСОБЛИВОСТІ СПАДКУВАННЯ ЗА ЗАПОВІТОМ У РИМСЬКОМУ ПРАВІ

Інститут спадкового права в усіх правових системах, як стародавніх так і сучасних, є одним із найважливіших. Його значимість обумовлюється також тим, що об'єктом спадкування переважно є право власності. Що залишається після смерті власника, кому має перейти майно, в якому порядку та обсязі – всі ці проблеми спадкового права з найдавніших часів і до нашого часу залишаються в центрі уваги суспільства та держави, законодавців та дослідників, кожної людини, оскільки в тій чи іншій мірі торкається його інтересів.

Вивченню та дослідженню інституту спадкування за заповітом присвячено багато наукових праць відомих українських вчених-правознавців, зокрема: В. Васильченко, О. Дзери, І. Жилінкової, Л. Шевчука, В. Чуйкова, К. Ярошенка, В. Дроникова, А. Заводського, З. Ромовської.

Глибокі історичні корені спадкування зумовлюють потребу докладного вивчення історії розвитку та становлення основних інститутів спадкового права, ознайомлення із досягненнями цивілістичної доктрини і практики минулих років.

Ще в позаминуле століття К. Маркс зазначав, що право спадкування має соціальне значення лише остільки, оскільки воно залишає за спадкоємцем те право за допомогою своєї власності привласнювати продукти чужої праці... Зникнення права спадкування буде природним результатом тієї соціальної перебудови, яка ліквідує приватну власність на засоби виробництва.

Але виникнення такої галузі як спадкове право відбулося значно раніше і відносилось воно до науки цивільного права.

Цивільне право як наука було започатковано ще в часи Римської імперії. До того ж часу і відноситься виникнення спадкового права як галузі права. У системі римського права інститут спадкового права був нібито незалежним, він не зв'язаний з іншими галузями майнових прав. Він не входить в систему речових прав, не є яким-небудь типом зобов'язального права але дуже тісно зв'язаний з цими галузями. Римськими юристами були розроблені основні поняття спадкового права, механізми спадкування за заповітом і за законом. Ще в римському праві були розроблені основні поняття спадкового права та саме його визначення.

В багатомісячній історії римського спадкового права можна відмітити чотири етапи :

- а) спадкування за давнім цивільним правом;
- б) спадкування за преторським едиктом;
- в) спадкування за імператорським законодавством;
- г) спадкування за правом Юстиніана.

Але вже закони XII таблиць признають спадкування за заповітом переважною формою спадкування.

Спадкування за давнім цивільним правом (*hereditas*) регламентувалося Законами XII таблиць, які вже передбачали спадкування за заповітом та спадкування за законом. Основним типом спадкування все таки було спадкування за законом.

Спадкування за преторським едиктом (*bonorum possessio*). Було значно ослаблено формалізм при складанні заповітів. В цей період введено таке поняття як спадкоємці за законом першої та другої черги.

Спадкування за імператорським законодавством. На той час спадкування далеко відійшло від старого цивільного спадкування. Відбувся значний розвиток спадкового права, але воно

ще не стало чіткою, закінченою системою. До часу правління Юстиніана римське спадкове право, особливо спадкування за законом, було доволі складним та заплутаним інститутом.

Спадкування за правом Юстиніана. У 529 році новели 115, 118, 127 приводять спадкове право до чіткої системи, тим самим завершивши становлення римського спадкування, створивши чіткий правовий інститут, в якому були враховані нові соціально-економічні умови римського суспільства. Так всіх родичів померлого Юстиніана розділив на п'ять класів (черг). Було встановлено черговість наслідування за класами.

Якраз до цього часу затвердилася повна свобода заповіту.

Заповіт (*testamentum*) – розпорядження власника своїм майном на випадок смерті. У римській класичній сім'ї єдиним та підвладним власником сімейного майна був домовладика, і лише він міг ним розпоряджатися на випадок смерті. Звідси заповіт – це одностороннє волевиявлення, в силу якого можуть виникнути права та обов'язки для інших осіб – спадкоємців. Це одностороння угода, що може реалізуватися лише при умові, що особи, зазначені в заповіті в якості спадкоємців, виразять свою волю щодо прийняття спадщини.

Вираження згоди спадкоємцем після смерті заповідача є самостійним, незалежним від заповіту волевиявленням, що й відрізняє ці відносини від договірних.

У римському праві заповіт мав відповідати певним умовам встановлених законом. Заповіт, що не відповідав вказаним умовам визнавався недійсним. Заповіт мав бути укладений фізичною особою, яка володіла активною заповідальною можливістю. Активна заповідальна можливість передбачала передусім наявність у заповідача в момент укладення заповіту загальної право- та дієздатності в області майнових правовідносин. У праві Юстиніана заповідальної правоздатності не мали раби, віровідступники та деякі еретики, душевнохворі, неповнолітні, глухонімі від народження та такі, що не могли виразити свою волю загальнозрозумілим способом. Особливе правило було встановлене щодо жінок. До II ст. вони взагалі не мали права заповідати, навіть якщо були особами «свого права». Лише з II ст. їм надається право заповідати, але лише зі згоди опікуна. Повну свободу заповіту жінки отримали лише після скасування піклування над ними.

Кожному періоду в історії Риму відповідала своя форма заповіту. В давньому цивільному праві були одні форми, в республіканській – інші, в імператорській – ще інші. У імператорський період, і в праві Юстиніана розрізнялися дві основні форми заповіту: приватний та публічний. Приватними називали заповіти укладені без участі органів державної влади, а публічними ті, у складанні яких тією чи іншою мірою брали участь органи державної влади. В свою чергу приватні заповіти поділялися на письмові і усні, тобто поділялися за формою волевиявлення. При складанні заповіту вимагалася присутність семи, а інколи і восьми свідків, що, без сумніву, мало надавати заповідальному акту урочистості. Свідками могли бути лише вільні та дієздатні особи. Процес здійснення заповідального акту був безперервним з самого початку і до повного завершення.

При здійсненні письмового заповіту спадкодавець оголошував свідкам про те, що в цьому документі його заповіт, підписував його і давав до підпису свідкам, які засвідчували свої підписи печатками. В разі усної форми заповіту заповідач повинен був висловлювати свою волю вільно, чітко і зрозуміло словами або знаками. Якщо заповідач називав одного або всіх спадкоємців то заповіт вважався укладеним. З часом усна форма витісняється письмовою.

З імператорського періоду розпочинають діяти публічні форми заповітів. Їх також було два види. За однією з них заповідач міг висловити свою волю в суді і вона вносилася в протокол, який зберігався в архіві суду.

За другою формою він міг передати свою останню волю, виражену письмово, імператорові, який після смерті заповідача і оголошував її. Вже в римському праві був розроблений принцип, за яким заповіт міг складати лише заповідач особисто, а не його представник.

Важливим принципом римського спадкового права був принцип свободи заповіту. Заповідач мав право призначати спадкоємців на свій, нічим не обмежений розсуд. Така свобода заповіту була відома вже з часів Законів XII таблиць. Але суворість моральних правил, повага до сім'ї, гласність вчинення заповіту утримували спадкодавців від можливості скористатися правом свободи заповіту попри сімейні інтереси. Як правило, спадкоємці були членами сім'ї заповідача. Та з часом заповідачі почали призначати своїми наступниками зовсім сторонніх осіб. Обділені спадкоємці мали право подати позов про порушення заповідачем моральних обов'язків. Було визначено коло осіб, яким належала обов'язкова частка в спадщині, незалежно від змісту заповіту. Сюди ввійшли всі безпосередньо підвладні і емансиповані діти, а в класичний період – всі низхідні і висхідні родичі, а повнорідні і єдинокровні брати і сестри – за умови, що спадкодавцем були призначені недостойні особи.

Заповіт, укладений суворо до вимог закону, все ж міг бути відмінений або частково змінений до відкриття спадщини самим заповідачем. Він міг скласти новий заповіт, доповнити його або змінити.

Регламентуючи зміст заповіту законодавець детально зупинився на відносинах, пов'язаних із заповідальним відказом. Заповідач міг покласти на спадкоємців зобов'язання надати іншій особі право довічного користування будинком або певною частиною. Вперше було передбачено, що у разі смерті спадкоємця або у разі неприйняття ним спадщини виконання заповідального відказу переходить на інших спадкоємців.

Отже, історія розвитку спадкового права свідчить, що спроби держави безпідставно втручатися у сферу приватного життя, скасовувати чи обмежувати природні людські права заздалегідь приречені.

Список використаних джерел:

1. Диордиева О. Н. Плюсы и минусы нового наследственного права и проблемы нотариата и суда при применении нового законодательства / О. Н. Диордиева // Нотариус. – 2002. – № 1. – 341 с.
2. Дрониов І. В. Наследование по завещанию в советском праве / І. В. Дрониов. – К., 1957. – 136 с.
3. Жилінкова І. В. Проблеми правового режиму майна членів сім'ї. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук / І. В. Жилінкова. – Харків, 1999. – 90 с.
4. Завадский А. В. Действительность духовных завещаний, писанных на пишущей машинке / А. В. Завадский // В кн.: Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти Габриэля Феликсовича Шершенелевича. – М., 2005. – 373 с.
5. Заїка Ю. А. Українське цивільне право / Ю. А. Заїка // Посібник. – К.: 2005 – С. 356.
6. Лукомский С. Н. Духовные завещания / С. Н. Лукомский. – М.: Типография П. П. Рябушинского, 1911. – 423 с.

Лідовець Р. А.,

кандидат юридичних наук, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»

ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ТА КЛАСИФІКАЦІЇ РИЗИКІВ У ДОГОВОРАХ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖУ

Ризик притаманний для будь-якої господарської діяльності. У сфері перевезень вантажів ризик також присутній. Але у відносинах з перевезення вантажу ризик відіграє особливе значення. Він не просто існує, він визначає особливості того чи іншого виду договору перевезення вантажів, він є критерієм відповідальності, а також елементом так званого базису поставки.

Не зважаючи на достатню розробленість у науці цивільного права питань відповідальності за договором перевезення вантажу, розподілу ризиків між сторонами, безпосередньо поняття ризику та його види у відносинах, пов'язаних із перевезеннями вантажів, залишається не дослідженим.

Ризик – це можливість виникнення несприятливої ситуації або невдалого результату виробничо-господарської або іншої діяльності [1]. Такою несприятливою ситуацією чи невдалим результатом можуть бути: упущена вигода (недоотримання прибутку); збиток; відсутність результату; подія, яка може призвести до збитків або недоотримання доходів у майбутньому.

Для ризику характерні такі ознаки як: економічна природа, об'єктивність прояву, ймовірність виникнення, невизначеність наслідків, очікувана несприятливість наслідків, варіабельність рівня, суб'єктивність оцінки. Економічна природа ризику полягає у тому, що він проявляється у сфері економічної діяльності підприємства, прямо пов'язаний з формуванням його прибутку і часто характеризується можливими економічними наслідками у процесі здійснення фінансово-господарської діяльності. Ризик є об'єктивним явищем в діяльності підприємства, тобто супроводжує все і всі напрямки його діяльності.

Ймовірність виникнення ризику проявляється в тому, що ризикова подія може відбутися, а може і не відбутися. Ступінь цієї ймовірності визначається дією і об'єктивних, і суб'єктивних факторів, однак ймовірна природа фінансового ризику є постійною його характеристикою. Невизначеність наслідків полягає у тому, що ризик може супроводжуватися як фінансовими втратами для підприємства, так і формуванням додаткових його доходів. Однак, хоча і наслідки прояву ризику можуть характеризуватися як негативними, так і позитивними показниками результативності фінансово-господарської діяльності, ризик у господарській практиці характеризується і вимірюється рівнем можливих несприятливих наслідків. Рівень ризику, характерний для тієї чи іншої операції або для певного напрямку діяльності підприємства, не є незмінним. Він змінюється в часі та під впливом інших об'єктивних і суб'єктивних факторів, які знаходяться в постійній динаміці.

І нарешті, незважаючи на те що ризик як економічне явище має об'єктивну природу, його оціночний показник – рівень ризику – носить суб'єктивний характер. Ця суб'єктивність (нерівнозначність оцінки даного об'єктивного явища) визначається різним рівнем повноти та достовірності інформаційної бази, кваліфікації фінансових менеджерів, їх досвіду в сфері ризик-менеджменту та іншими факторами.

Ризики можна класифікувати за багатьма критеріями, однак у контексті досліджуваного питання викликають інтерес такі класифікації. За родом небезпеки ризики поділяються на такі. Техногенні ризики – це ризики, пов'язані з господарською діяльністю людини. Природні ризики – це ризики, які не залежать від діяльності людини. Змішані ризики – це ризики, що є

подіями природного характеру, але пов'язані з господарською діяльністю людини. За фінансовими наслідками ризику можна поділити на ризик, що спричиняє лише економічні втрати, несе тільки негативні наслідки; ризик, що спричиняє упущену вигоду, характеризує ситуацію, коли підприємство в силу сформованих об'єктивних і суб'єктивних причин не може здійснити заплановану операцію; та ризик, що спричиняє як економічні втрати, так і додаткові доходи. За можливістю страхування ризику поділяються на такі, що можна застрахувати – це ризики, які можуть бути передані в порядку зовнішнього страхування відповідним страховим організаціям та такі, що не страхуються – це ризики, за якими відсутня пропозиція відповідних страхових продуктів на страховому ринку. І нарешті за частотою реалізації ризику бувають: високі – це ризики, для яких характерна висока частота настання збитку; середні ризики – це ризики, для яких характерна середня частота настання збитку та малі ризики – це ризики, для яких характерна мала ймовірність настання збитку [1].

У загальній класифікації ризиків прийнято розрізняти транспортні та спеціальні ризики. Транспортні ризики підрозділяються на ризики каско і карго. Транспортні ризики каско передбачають страхування повітряних, морських, річкових суден, залізничного рухомого складу та автомобільного під час руху, стоянки, простою або ремонту. Транспортні ризики карго передбачають страхування вантажів, що перевозяться на цьому транспорті. Під спеціальними ризиками маються на увазі ризики перевезень особливо цінних вантажів, наприклад цінних металів, дорогоцінних каменів, творів мистецтв, готівкових грошей і т. ін. Склад спеціальних вантажів обмовляється в особливих умовах договору страхування і може бути включено в обсяг відповідальності страховика [2].

Значення ризиків можна проілюструвати на прикладі їх розподілу у договорах морського перевезення, зокрема у разі загальної аварії. В епоху мореплавання існує безліч морських небезпек, а тому розподіл ризиків та витрат між сторонами є дуже важливим. Якщо судовласник виявляє належну обачність з метою забезпечення морехідності судна, коли воно відправляється в потенційно небезпечний рейс, подальші події, включаючи помилки капітана судна й команди в навігації та керуванні судном, не тягнуть за собою відповідальність судовласника. Якщо нещасний випадок, наприклад посадка судна на мілину, зіткнення або аварія, вимагають вжиття надзвичайних заходів, витрати, що з'являються у зв'язку з цим, пропорційно розподіляються відповідно до вартості врятованого майна (судно, вантаж і фрахт). Поняття такого розподілу витрат у разі загальної аварії бере свій початок з давніх-давен як важлива частина торговельного права, що пізніше трансформувалася в різні кодекси мореплавання [3, с. 167].

Розподіл ризиків у морському перевезенні товарів обумовлює особливу потребу в забезпеченні страхування вантажів. Відповідно до Умов страхування Інституту лондонських страховиків LMA, IUA, структура страхування вантажів представлена різними типами страхового покриття (обмежене страхове покриття С, розширене страхове покриття В, всеохоплююче покриття А) [4]. Однак навіть мінімальне страхове покриття в межах статті С захищає власника вантажу від ризиків, що стосуються як судна, так і товару. Оскільки перевізник не бере на себе більшу частину ризиків втрати або пошкодження вантажу, для продавців і покупців особливо важливо дотримуватись розподілу між ними ризиків у рамках різних торговельних термінів Правил Інкотермс для морського перевезення товарів.

Таким чином, можна зробити висновок, що ризик у договорах перевезення вантажу присутній у найрізноманітніших видах. Ризик у договорі перевезення вантажу – це можливість виникнення несприятливої ситуації або невдалого результату перевезення вантажу, що може проявитись у формі реального збитку та (або) упущеної вигоди. Для потреб належного регулювання відносин з перевезення вантажів залишається актуальним дослідження проблем визначення моментів переходу різних видів ризиків між сторонами.

Список використаних джерел:

1. Див: Риск: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.grandars.ru/student/fin-m/vidy-riskov.html>.
2. Понятие риска: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.alfatrans.ru/pages/strahovanie.html>.
3. Рамберг Ян. Міжнародні комерційні трансакції / Ян Рамберг / [пер. з англійської ТОВ «Асоціація експортерів і імпортерів ЗЕД»]. – К.: Асоціація «ЗЕД», 2012. – 624 с.
4. Institute cargo clauses 2009: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rhlg.com/pdfs/cargoclauses09.pdf>.

Ліпак Г. М.,

аспірант кафедри теорії держави і права Львівського державного університету внутрішніх справ

НОРМИ ПРО ШЛЮБНИЙ ВІК, ЩО ДІЯЛИ НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У СКЛАДІ РОСІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЇ

При визначенні шлюбного віку у нормативно-правовому акті, законодавець повинен враховувати різноманітні чинники: досягнення статевої зрілості, психологічним усвідомленням особою наслідків статевого життя, душевною, фізичною та економічною готовністю до виконання важливих сімейних функцій: функцій чоловіка, дружини, батька, матері [1, с. 98]. Саме тому досягнення відповідного шлюбного віку завжди було однією з умов, якої повинні були додержуватися наречені для того, щоб укласти законний шлюб.

В історії шлюбно-сімейного законодавства, що діяло на українських землях, необхідність дотримання шлюбного віку була закріплена практично у всіх правових актах, що регулювали шлюбні відносини.

Чинний Сімейний кодекс України визначає однаковий шлюбний вік як для нареченої, так і для нареченого – 18 років (ст. 22). Така вікова межа шлюбу не завжди була характерною для українців. Наприклад, за часів Київської Русі шлюбний вік визначався згідно з візантійським законодавством і становив для юнаків – 14-15 років, а дівчат – 12-13 р. Але цих приписів не додержувалися давньоруські князі, які одружували своїх синів у 11 років, а дочок – у 8 років [2, с. 8]. Литовський статут 1566 р. встановлював шлюбний вік для дівчини з 15 років, для юнаків – 18 років. Але згодом Литовський статут 1588 р. знову понизив шлюбний вік жінки до 13 років [3, с. 46].

У XIX ст. законодавча база на території українських земель мала ознаки партикуляризму (з лат. – *particula* – частина), тобто була політично роз'єднана, роздрібнена на певні місцевості. У кожному регіоні застосовувалося конкретне законодавство, зокрема сімейне. Норми шлюбно-сімейного законодавства містилися у різних кодифікованих актах, що діяли на українських землях, а саме Литовському статуті 1588 р., Зводі законів Російської імперії 1832 р., в різноманітних актах царської Росії (регламентах, приписах, положеннях, зводах, наказах, інструкціях, указах, маніфестах) [4, с. 223].

На початку XIX ст. у лівобережних та правобережних губерніях діяли норми Литовського статуту 1588 р. і збірники магдебурзького права. Тому шлюбний вік на цих територіях був в межах 13 років для дівчат та 18 років для юнаків. Починаючи з 40-х рр. там поширилось застосування російського законодавства, відповідно шлюбний вік також зазнав суттєвих змін.

У Слобідсько-Українській губернії застосовувалось російське законодавство. Відповідно до ст. 2 «Зводу законів цивільних» «Зводу законів Російської імперії» 1832 р. вікова межа шлюбу становила: для нареченої 16 років, а для нареченого – 18 років. Підґрунтям для цієї статті був Указ від 19 липня 1830 р., який забороняв священникам вінчати шлюби між неповнолітніми з метою попередження негативних наслідків, які зазвичай спостерігалися в таких випадках [5].

Якщо порівняти шлюбний вік у «Зводі законів Російської імперії» 1832 р. з тогочасним європейським законодавством, то межі шлюбного віку різко не відрізнялися, а в окремих випадках співпадали. Яскравим прикладом слугує Французький цивільний кодекс (*Code civil*) 1804 р. Під його впливом формувалось цивільне (в т.ч. і сімейне) законодавство Іспанії, Мексики, Аргентини, Нідерландів, Португалії та інших країн [6, с. 208]. У Кодексі шлюбний вік установлювався з 18 років для чоловіків і з 15 років – для жінок (стаття 144). Іншим нормативно-правовим актом тогочасної Європи, який містив норми про шлюбний вік було Цивільне

Уложення Німеччини 1896 р., відповідно до якого шлюбний вік для чоловіків становив 21 рік, а для жінок – 16 р.

Незважаючи на правові обмеження закладені у «Зводі законів Російської імперії» 1832 р., на практиці шлюби між неповнолітніми укладалися. Така процедура регулювалася церковним правом. Компетенція щодо розгляду справ про укладення шлюбу особами, які не досягли шлюбного віку належала єпархіальному суду. При укладенні шлюбу з особою, яка не досягла шлюбного віку, встановленого світським законом (16 і 18 років), але досягла церковного шлюбного віку (12 і 15 років), подружжя тимчасово розлучали до досягнення віку, передбаченого світським законом. Досягнувши такого віку, вони, за бажанням, могли продовжити подружнє життя, але за умови підтвердження цього шлюбу повторним вінчанням [7, с. 199].

Як бачимо, церква не перечила укладенню шлюбу між малолітніми і не розривала його. Своїми указами вона і надалі проголошувала вступ у шлюб відповідно до правил Кормчої книги. Якщо шлюб був укладений між особами, які не досягли шлюбного віку відповідно до церковних правил, то такий шлюб визнавався державою дійсним. Для цього було достатньо при досягненні повноліття отримати «підтвердження» церкви. Така невизначеність та непослідовність у визначенні шлюбного віку була закріплена у новому Зводі законів Російської імперії у 1842 році.

Таким чином, шлюбний вік у першій половині XIX ст. на більшості територій українських земель, що входили до складу Російської імперії одночасно регулювався царськими і церковними законами. Зокрема, згідно з царськими – шлюбний вік було збільшено, а церква традиційно вінчала ранні шлюби. На основі порівняльного методу встановлено, що шлюбний вік у «Зводі законів Російської імперії» 1832 р. був на одному рівні з тогочасним європейським законодавством, що відзначалося позитивною тенденцією у розвитку сімейного права загалом.

Список використаних джерел:

1. Ромовська З. В. Українське сімейне право : [підручник] / З. В. Ромовська. – К. : Правова Єдність, 2009. – 498 с.
2. Соловйов С. М. История России с древнейших времен. – Т. III. – М., 1854.
3. Іванов В. Укладення шлюбу за українським звичаєвим правом / В. Іванов, В. Озель // Персонал. – 2007. – №5. – С. 44-49.
4. Кульчицький В.С. Історія держави і права України: підруч. для студ. вищ. навч. закл. / В.С. Кульчицький, Б.Й. Тищик. – К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2007. – 624 с.
5. Свод законов Российской империи. – Т. X. Ч. 1. Свод законов гражданских. – СПб., 1857. – Ст. 3.
6. Харитонов Є. О. Історія приватного права Європи: Західна традиція / Є. О. Харитонов. – Одеса : Бахва, 2001.
7. Петренко І. М. Шлюбно-сімейні відносини в повсякденному житті мирян Російської держави XVIII ст. : монографія : у 2 ч. – Ч.1. / І. М. Петренко. – Полтава : РВВ ПУЕТ, 2010. – 276 с.

Мамаева Д. А.,

магистрант кафедры гражданского процесса ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия»

ПОНЯТИЕ И СУЩНОСТЬ ПРИКАЗНОГО ПРОИЗВОДСТВА

На сегодняшний день наличие принципа разумного срока гражданского судопроизводства диктует особые условия для гражданского процесса в целом. Прежде всего, закон устанавливает, что судебное разбирательство должно производиться в максимально быстрый срок, но с наибольшей эффективностью защиты прав граждан. Все это сделать достаточно нелегко, учитывая огромный объем гражданских дел, находящихся на рассмотрении в российских судах. Для решения поставленных перед правосудием задач в ускоренные сроки и существует на сегодняшний день приказное производство. Производство по выдаче судебного приказа – приказное производство – характеризуется упрощенной процессуальной формой.

Итак, статьей 121 ГПК РФ установлено, что судебный приказ – судебное постановление, вынесенное судьей единолично на основании заявления о взыскании денежных сумм или об истребовании движимого имущества от должника по требованиям, предусмотренным статьей 122 ГПК РФ. Судебный приказ является одновременно исполнительным документом и приводится в исполнение в порядке, установленном для исполнения судебных постановлений.

Судебный приказ как судебный акт, разрешающий дело по существу, является аналогом судебного решения по делам приказного производства, в связи с чем он обладает свойствами судебного решения. Предметом которого являются документально подтвержденные материально-правовые отношения, которые содержат в себе потенциальную спорность. В результате субъективное право приобретает свойство неопределенности. Это и заставляет взыскателя обращаться в суд за властным подтверждением своего субъективного права и получением возможности его реализации путем принудительного исполнения судебного приказа.

По мнению теоретиков права, судебный приказ – это судебное постановление, которое судья выносит единолично по заявлению о взыскании денежных сумм или об истребовании движимого имущества от должника по требованиям, предусмотренным ст. 122 ГПК РФ, без судебного разбирательства и вызова сторон для заслушивания их объяснений [1, с. 189].

Приказное производство представляет собой упрощенную процессуальную процедуру вынесения судебного постановления по предусмотренным законодательством требованиям, при этом возможно удовлетворение лишь документально подтвержденных и бесспорных требований, перечисленных в ст. 122 ГПК РФ.

В соответствии со ст. 126 ГПК РФ судебный приказ выносится без судебного разбирательства, соответственно не вызываются в суд и стороны. Наиболее развернуто и объективно отмечает цивилист в области гражданского процесса Осокина Г. Л.: «Приказное производство представляет собой бесспорный и упрощенный порядок рассмотрения мировым судьей требования взыскателя о взыскании денежных сумм... с целью защиты бесспорного субъективного права взыскателя – инициатора приказного производства путем выдачи судебного приказа, имеющего силу исполнительного документа. Она также говорит, что сущность приказного производства характеризуется двумя признаками: бесспорностью субъективного права как объекта судебной защиты и упрощенной процедурой рассмотрения дел о защите бесспорных субъективных прав» [2, с. 362].

Приведенные выводы позволяют дать заключение о сущности приказного производства, суть которого заключается в идеи упрощения и ускорения судебного процесса.

Список использованных источников:

1. Гражданский процесс: Учебник 2-е изд. доп., перераб. // Под ред. А. Г. Коваленко, А. А. Мохова, П. М. Филиппова. – М. : Юридическая фирма «Контракт»; Издательский Дом «ИНФРА-М», 2010.
2. Осокина Г. Л. Гражданский процесс. Особенная часть. – М.: Гадарка. 2007. – С. 362.

Никитенко Ю. М.,

ст. преподаватель кафедры трудового права Федерального государственного бюджетного учреждения высшего профессионального образования «Саратовская государственная юридическая академия»

ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВОТВОРЧЕСКОЙ ФОРМЫ ЛОКАЛЬНОЙ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ НА ФЕДЕРАЛЬНОМ УРОВНЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ТРУДА

Анализ современного российского трудового законодательства позволяет констатировать, что одной из особенностей реализации правотворческой формы правовой политики в сфере труда является взаимодействие органов государства, общественных организаций, социальных партнеров в лице их представителей, органов социального партнерства в нормотворческом процессе.

В рамках совместного правотворчества, осуществляемого на федеральном уровне, в настоящее время представляется возможным выделить такие формы, как: 1) **участие органов социального партнерства в формировании и реализации государственной политики в сфере труда;** 2) учет мнения трехсторонней комиссии соответствующего уровня при принятии нормативных правовых актов.

Цель первого направления обозначается ст. 35.1 Трудового кодекса РФ [1] (далее – ТК РФ) как согласование интересов работников (их представителей), работодателей (их представителей) и государства по вопросам регулирования социально-трудовых отношений и связанных с ними экономических отношений.

При этом указывается, что органы государственной власти (федеральные и субъектов РФ) и органы местного самоуправления обязаны обеспечить условия для участия комиссий по регулированию социально-трудовых отношений соответствующего уровня, а в случае их отсутствия соответствующего профсоюза (объединения профсоюзов) и объединения работодателей, в разработке и обсуждении проектов законодательных актов, иных нормативных правовых актов, программ социально-экономического развития, других актов органов государственной власти и органов местного самоуправления в сфере труда.

К сожалению, нерешенным остался целый ряд вопросов. Во-первых, каков порядок участия социальных партнеров при осуществлении соответствующими органами правотворчества по вопросам регулирования труда? Так, в части первой ст. 35.1 ТК РФ обозначается, что порядок участия органов социального партнерства в этой работе устанавливается Трудовым кодексом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов РФ, нормативными правовыми актами органов местного самоуправления, соглашениями. Однако до настоящего времени эта процедура законодательно на федеральном уровне не определена.

Во-вторых, не определены конкретные формы участия **органов социального партнерства, полномочных представителей сторон в правотворческом процессе.** В частях 2, 3 ст. 35.1. ТК РФ законодатель ограничивается указанием на обязанность федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления, принимающих акты, относящиеся к сфере труда, направлять соответствующим комиссиям по регулированию социально-трудовых отношений (соответствующим профсоюзам (объединениям профсоюзов), объединениям работодателей): а) проекты законодательных актов, нормативных правовых и иных актов органов исполнительной власти и органов местного самоуправления в сфере труда; б) документы и материалы, необходимые для их обсуждения.

Оценивая обозначенные положения нетрудно заметить, что законодателем затрагиваются лишь отдельные этапы правотворческого процесса, чем необоснованно сужается круг форм возможного участия соответствующих органов и сторон социального партнерства в правовом регулировании социально-трудовых отношений. При этом не учитываются положения ряда федеральных законов, определяющих правовой статус представителей сторон социального партнерства. В частности, согласно ст. Федерального закона от 12 января 1996 № 10-ФЗ (ред. от 02.07.2013) «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности» [2] профсоюзы вправе выступать с предложениями о принятии соответствующими органами государственной власти законов и иных нормативных правовых актов, касающихся социально-трудовой сферы [3]. Правила участия объединений работодателей в разработке и реализации государственной политики в области профессионального образования утверждены **постановлением** Правительства РФ от 24 декабря 2008 г. № 1015 [4].

В-третьих, законодателем не обозначена правовая природа решений соответствующих комиссий по регулированию социально-трудовых отношений или представителей сторон социального партнерства по направленным им проектам. В частности, часть 3 ст. 35.1 ТК РФ указывает, что решения соответствующих комиссий по регулированию социально-трудовых отношений или мнения их сторон (заклучения соответствующих профсоюзов (объединений профсоюзов) и объединений работодателей) по направленным им проектам законодательных актов, нормативных правовых и иных актов органов исполнительной власти и органов местного самоуправления подлежат обязательному рассмотрению федеральными органами государственной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации или органами местного самоуправления, принимающими указанные акты. При этом не определяются ни порядок разрешения разногласий по представленным проектам, ни мероприятия правотворческого органа при выявлении противоречий положений проекта трудовому законодательству и иным нормативным правовым актам.

Нерешенность на законодательном уровне проблемы участия органов социального партнерства в правотворческом процессе предопределяет возникновение сложностей в реализации такой формы совместного правотворчества как учет мнения трехсторонних комиссий соответствующего уровня при принятии нормативных правовых актов. Необходимость учета мнения Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений при принятии Правительством РФ нормативных правовых актов обозначена в ст.ст. 59, 72, 94, 96, 113, 117, ч.7 139, ч. 2 ст. 147, ст. 153, 154, 157, Ч. 3 ст. 211, 219, ч. 3 ст. 222, 225, ч.3 ст. 253, ч.3 ст. 265, ст. 268, ч. 6 ст. 282, ч.1 ст. 329, ч.2 ст.329, ч.2 ст. 350 ТК РФ. При этом законодатель не определяет ни порядок, ни сроки проведения процедуры учета мнения.

Характерно и отсутствие единой доктринальной позиции по определению правовой природы указанной формы. Так, невыясненным остается вопрос о том, является ли учет мнения соответствующей комиссии по регулированию социально-трудовых отношений самостоятельной формой, или одним из видов участия органов и сторон социального партнерства в формировании и реализации государственной политики в сфере труда. Анализ научно-публицистических работ А.Ф. Нуртдиновой, посвященных проблемам социального партнерства, приводит к выводу о том, что автором указанные формы рассматриваются как самостоятельные [5]. Однако некоторыми учеными допускается их отождествление [6, с. 75].

Некоторые возражения вызывает и практика Верховного Суда РФ. В частности, решение от 26 апреля 2004 года № ГКПИ04-561 по заявлению Шевчук Р. Р. о признании недействующим положение п.п. «а» пункта 1 Постановления Министерства труда и социального развития Российской Федерации от 30 июня 2003 г. № 41 «Об особенностях работы по совместительству педагогических, медицинских, фармацевтических работников и работников культуры» [7].

При рассмотрении доводов заявителя о том, что оспариваемый нормативный правовой акт издан без соблюдения процедуры согласования с Минздравом России и Российской трехсто-

ронней комиссией по урегулированию социально-трудовых отношений, достаточным доказательством проведения процедуры учета мнения для суда послужил представленный Протокол заседания рабочей группы по социальному страхованию, социальной защите, отраслям социальной сферы Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений от 3 июля 2003 года № 1.

Откровенное недоумение вызывают сроки проведения учета мнения соответствующей комиссии и издания Министерством труда и социального развития Российской Федерации обозначенного постановления. В частности, последнее было издано 30 июня 2003 года, а протокол заседания рабочей группы, свидетельствующий, по убеждению судей Верховного Суда РФ, о соблюдении процедуры учета мнения соответствующей комиссии, датирован 3 июля 2003 года. В этой связи возникает вопрос о целесообразности проведения учета мнения Комиссии, поскольку нормативный правовой акт уже принят соответствующим органом и внесение каких-либо изменений и дополнений уже невозможно. По нашему убеждению, учет мнения соответствующей комиссии при принятии нормативных правовых актов федеральными, региональными органами государственной власти, органами местного самоуправления должен предшествовать изданию нормативного акта. В противном случае нивелируется значение данной формы участия социальных партнеров в правотворческом процессе.

Думается, объективной причиной подобной ситуации является отсутствие на законодательном уровне четкой, выверенной позиции относительно участия органов и сторон социального партнерства при формировании и реализации государственной политики в сфере труда. Содержащиеся в законах положения явно недоработаны, отличаются непоследовательностью, имеют рамочный характер, что в конечном итоге препятствует достижению цели гармонизации интересов работников, работодателей, государства и приводит к нарушению конституционных прав граждан.

Список использованных источников:

1. См.: Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 23.07.2013) (с изм. и доп., вступающими в силу с 01.09.2013) // СЗ РФ. – 2002. – № 1 (ч.1). Ст. 3; <http://www.pravo.gov.ru>, 23.07.2013.
2. См.: СЗ РФ. – 1996. – № 3. – Ст. 148; 2013. – № 27. – Ст. 3477.
3. При этом многими специалистами с сожалением отмечается, что, правом законодательной инициативы на федеральном уровне профсоюзы, объединения работодателей не обладают. В ряде субъектов РФ профсоюзы таким правом наделены.
4. См.: Постановление Правительства РФ от 24.12.2008 № 1015 «Об утверждении Правил участия работодателей в разработке и реализации государственной политики в области профессионального образования // СЗ РФ. – 2009. – № 1. – Ст. 145.
5. Более подробно см.: Нуртдинова А. Ф. Социальное партнерство в Трудовом кодексе Российской Федерации // Хозяйство и право. – 2002. – № 4. – С. 23-24; Развитие института социального партнерства в Федеральном законе от 30 июня 2006 года № 90-ФЗ // Хозяйство и право. 2006. – № 11. – С. 16-17. Несмотря на то, что автором специально не оговаривается разница в обозначенных формах социального партнерства, стилистический порядок изложения позволяет констатировать, что рассматриваются они как самостоятельные независимые друг от друга способы участия органов социального партнерства в нормотворчестве.
6. См., например, Комментарий к Трудовому кодексу РФ / под ред. Ананьевой К.Я. – М., 2007. – С. 75.
7. См.: Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. – 2003. – № 51.

Овчинникова К. А.,

магистрант кафедры гражданского и семейного права ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия»

АКТУАЛЬНОСТЬ ЗАЩИТЫ ПРАВ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

На протяжении всей истории вопрос о защите прав несовершеннолетних являлся актуальным и вызывал большой процент заинтересованности среди населения. Каждое государство обязано стремиться к обеспечению должной защиты подрастающего поколения, потому что зачастую несовершеннолетние дети не могут сами себя защитить и сталкиваются с угрозами внешнего мира. По уровню развития страны в области защиты прав детей можно судить о состоянии ее общества в целом, ведь государство должно быть заинтересовано в обеспечении защиты прав, свобод и законных интересов несовершеннолетних в первую очередь.

Преодоление социального кризиса, выражающегося в упадке моральных принципов, снижению уровня жизни и всеобщей стагнации, следует начать с поддержки детей. К сожалению, Российская Федерация, не является исключением среди других государств, у которых наблюдается подобная тенденция.

За последнее десятилетие проведенные социальные исследования в России в сфере защиты детей показали неутешительные результаты, а именно:

1. Принцип приоритетности защиты прав и свобод несовершеннолетних, провозглашаемый на всех уровнях власти, в действительности не реализуется ни на одном из них в полном объеме;

2. При рассмотрении новых законопроектов зачастую интересы детей не ставятся в основу его целей. Чаще всего при их разработке учитываются политические интересы;

3. Проблемы улучшения положения несовершеннолетних не решаются на должном уровне, привлекая внимание государства лишь отчасти, не устраняясь полностью. В данном случае существует так называемая «одноразовая» политика решения проблемы, тогда как её решение требует постоянного контроля и внимания общественности;

4. Законодательные нормы, принимаемые для регулирования экономических и правовых вопросов в этой сфере, не гарантируют наступления заранее определенных последствий, каждый раз при их реализации принимая непредсказуемые формы воплощения.

В настоящее время следует признать, что в нашем государстве отсутствует четкая и отлаженная система по защите прав несовершеннолетних, которая бы действовала как единый механизм по ее реализации.

Итак, какие цели ставит перед собой государственная политика в интересах детей? К ним относят:

Осуществление прав детей, предусмотренных Конституцией Российской Федерации, недопущение их дискриминации, упрочение основных гарантий прав и законных интересов детей, а также восстановление их прав в случаях нарушений;

Формирование правовых основ гарантий прав ребенка;

Содействие физическому, интеллектуальному, психическому, духовному и нравственному развитию детей, воспитанию в них патриотизма и гражданственности, а также реализации личности ребенка в интересах общества и в соответствии с не противоречащими Конституции Российской Федерации и федеральному законодательству традициями народов Российской Федерации, достижениями российской и мировой культуры;

Защита детей от факторов, негативно влияющих на их физическое, интеллектуальное, психическое, духовное и нравственное развитие [1].

При реализации данных целей государству в качестве особых субъектов, чьи интересы он охватывает, следует обратить свое внимание на «детей, находящихся в трудной жизненной ситуации», согласно определению, прописанному в Федеральном Законе «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации». В большинстве случаев именно таким детям требуется внимание и защита их прав, так как они с раннего возраста оказываются вне социума. Для становления их как полноценных членов общества требуются социальная адаптация и своевременное профессиональное ориентирование, разработка уникальных социальных проектов, приобщение их к культурному наследию и патриотическое воспитание.

Список использованных источников:

1. ФЗ «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации» от 24.07.1998 №124-ФЗ ч.1 ст. 4 (в редакции от 02.07.2013) // СПС Консультант Плюс.

Парасюк В. М.,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права та процесу Львівського державного університету внутрішніх справ

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ПРИВАТНОЇ ІНФОРМАЦІЇ ЗАСОБАМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Проблема захисту і забезпечення цілісності приватної інформації в епоху інформатизації, недостатнє забезпечення захисту особистих даних фізичних осіб створює сприятливі обставини для незаконного втручання в сферу приватного життя, особливо тих, що стають можливими шляхом поширення їх через мережу Інтернет. Складовими права на інформаційну приватність слід визнати: 1) право на самостійне визначення режиму доступу до відомостей персонального характеру; 2) право на ознайомлення з даними про себе в органах публічної влади; 3) відповідне корегування цих баз, тобто внесення до них змін.

Захист права на приватне життя регламентується нормами чинного цивільного законодавства. Відповідно до ст. 301 ЦК України фізична особа має право на особисте життя. Вона сама визначає своє особисте життя і можливість ознайомлення з ним інших осіб. Фізична особа має право на збереження у таємниці обставин свого особистого життя. Обставини особистого життя фізичної особи можуть бути розголошені іншими особами лише за умови, що вони містять ознаки правопорушення, що підтверджено рішенням суду, а також за її згодою.

Право особи на свою приватну сферу є абсолютним. Кожна особа має право вимагати від необмеженого кола осіб обов'язкової заборони на збирання вказаних відомостей, а якщо ці відомості стали відомими особі у зв'язку з її професійною діяльністю, то – нерозголошення. Разом з тим у науковій літературі висловлюється неоднозначна позиція про те, що такі відомості знаходяться поза цивільним обігом, оскільки мають переважно публічно-правовий характер [1, с. 251]. Прийняття цього положення означає позбавлення можливості особи для судового захисту такої інформації, тобто для вжиття заходів, спрямованих на відновлення або визнання цивільних прав у випадку їх порушення або заперечення.

Порядок реалізації фізичною особою права на особисте життя в інформаційному аспекті визначає Закон України «Про захист персональних даних» від 1 червня 2010 року, зі змінами станом на 09 червня 2013 року [2]. Відповідно до цього законодавцем встановлена легальна межа (рамки) регулювання, тим не менше вона постійно порушується. Це відбувається насамперед у сфері інформаційних технологій.

До того ж, у цивільному праві має бути дотримано істотні відмінності між «публічним повідомленням» і «приватною кореспонденцією», які встановлені як українським, так і європейським законодавством [3]. Це положення не ставить під сумнів появу «змішаного сервісу», наприклад послуг дистанційного продажу товарів, які характеризуються одночасно як «публічне повідомлення» (реклама та он-лайн-каталог) і «приватна кореспонденція» (прийняття замовлення). У цьому випадку, звичайно, закономірним виявиться об'єктивне співіснування двох правових режимів. Буде, тим не менш, більш точним, якщо в нашому законодавстві такі поняття, як «персональні дані» або «інформація про громадян», в необхідних випадках замінити категорією «приватна інформація». Доцільно зауважити, що вказана термінологія вживається у багатьох правових системах світу.

Для захисту права людини на приватність персоніфікованої інформації в Інтернет, суттєву роль мають відігравати саме міжнародні інструменти, оскільки це глобальне питання має вирішуватися саме на міжнародному рівні. Безсумнівним успіхом у цьому напрямку стала

ратифікація Україною Конвенції про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних від 28 січня 1981 року. У пояснювальній записці до даної Конвенції володіння доступом до персональних даних визначається як «інформаційна влада», яка «зобов'язує користувачів даних, як у приватному, так і в публічному секторах, до відповідної соціальної відповідальності» [4].

Значний прогрес у сфері регулювання суспільних видається за можливе реалізувати шляхом прийняття закону про захист приватної інформації. У даному законі необхідно закріпити чіткі критерії, згідно з якими виділити певну інформацію, доступ до якої буде неможливий без згоди самої особи ні за яких умов. Наприклад, це стосується інформації про здоров'я, особистого життя, сімейної таємниці, так званої генетичної інформації. У цьому законі можна було б визначити чіткі критерії можливого втручання в життя політиків, громадських діячів, артистів. На сьогодні відсутня чітка позиція українського законодавця в цьому питанні, а посилення на рішення Європейського Суду з прав людини виглядають не завжди переконливими. Зрозуміло, проблема розмежування приватної інформації та офіційних повідомлень – це не тільки проблема цивільного права. І тут повинні повною мірою використовуватися наукові й практичні напрацювання, які вже зроблені в інших галузях права, перш за все в адміністративному, інформаційному та міжнародному праві. Але для цивільної галузі права це питання набуває особливого значення. Так як глобальний інформаційний простір – це публічна сфера. Тому потрібні дієві правові механізми захисту саме приватної інформації, приватного життя.

Передача персональних даних іноземним суб'єктам здійснюється лише за умови забезпечення відповідною державою належного захисту персональних даних у випадках, встановлених законом або міжнародним договором України (ст. 29 Закону України «Про захист персональних даних» від 1 червня 2010 року) [2]. Доцільність і своєчасність ведення таких переговорів в цій сфері обумовлена тим, що, наприклад, український законодавець вперше в ст. 11 Закону України «Про інформацію» від 02 жовтня 1992 року [5] закріпив інформацію про фізичну особу (персональні дані). Закон України «Про захист персональних даних» від 01 червня 2010 року розширив цю категорію. Так відповідно до ст. 2 цього законодавчого акту персональними даними є відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована [1].

Але законодавством України не встановлено і не може бути встановлено чіткого переліку відомостей про фізичну особу, які є персональними даними, задля можливості застосування положень Закону до різноманітних ситуацій, в тому числі при обробці персональних даних в інформаційних (автоматизованих) базах та картотеках персональних даних, що можуть виникнути у майбутньому, у зв'язку зі зміною в технологічній, соціальній, економічній та інших сферах суспільного життя. Натомість вважаємо, що удосконалення законодавства у розглядуваній сфері можливе у таких напрямках: 1) визначення механізмів доступу окремих громадян до баз даних, в яких міститься інформація особистого характеру, з тим, щоб перевірити як вона використовується; 2) вироблення дієвих процедур, з допомогою яких можна було особисто скорегувати або вилучити інформацію про себе з бази персональних даних; 3) забезпечити збереженість ідентифікованих персональних даних, зокрема, організаціями, яким довірені вони уповноваженим суб'єктом (законним володільцем таких персональних даних), тобто створення чітких меж щодо запобігання протиправному їх використанню.

Все це дозволяє зробити висновок про те, що відомості, які становлять приватну інформацію перебувають під захистом і в глобальному інформаційному просторі. Проте нові технології висувають на передній план численні правові проблеми, які науці цивільного права доведеться вирішувати найближчим часом.

Список використаних джерел:

1. Петров Є.В. Інформація як об'єкт правовідносин / Є.В. Петров // Вісник Національного університету внутрішніх справ. – 2001. – С. 249-252.
2. Про захист персональних даних: Закон України від 01 червня 2010 року, зі змінами станом на 09 червня 2013 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.
3. Paul M. Schwartz, Daniel J. Solove, Information Privacy Law, Aspen Publishers – 4thed. – 2011.
4. Конвенція про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних від 28 січня 1981 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua
5. Про інформацію: Закон України від 02 жовтня 1992 року, зі змінами станом на 10 серпня 2012 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.
6. Деякі питання практичного застосування Закону України «Про захист персональних даних: Роз'яснення Міністерства юстиції України від 21 грудня 2011 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.
7. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року, зі змінами станом на 11 жовтня 2013 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

Поліщук О. Г.,

здобувач кафедри земельного та аграрного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ КОНКУРЕНТНИХ ЗАСАД ПРИ НАДАННІ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК КОМУНАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У КОРИСТУВАННЯ

Сфера застосування конкурентних засад при наданні земельних ділянок комунальної власності у користування визначено загалом ст.134 ЗК, ч.1 якої передбачає, що земельні ділянки державної чи комунальної власності або права на них (оренда, суперфіцій, емфітевзис), у тому числі з розташованими на них об'єктами нерухомого майна державної або комунальної власності, підлягають продажу окремими лотами на конкурентних засадах (земельних торгах), крім випадків, встановлених частиною другою цієї статті.

Формулювання ч.1 ст.134 ЗК характеризується істотними недоліками.

По-перше, конкретне формулювання може розумітися так, що продажу підлягають вже існуючі титули землекористування, хоча насправді слід мати на увазі саме первинне встановлення певних речових прав користування земельними ділянками (оренда, емфітевзис, суперфіцій), адже можливість територіальної громади мати титули землекористування щодо власних земельних ділянок чинному законодавству суперечить (згадані у ч.1 ст.134 ЗК права користування припиняються збігом власника та користувача в одній особі (ст.31 Закону України «Про оренду землі», ч. 6 ст.102-1 ЗК).

По-друге, може скластися враження, що закон зобов'язує передати всі, зокрема, комунальні землі в користування на земельних торгах.

По-третє, необґрунтованим виглядає посилення на продаж на аукціоні земельних ділянок (прав на них) саме «окремими лотами». Як правильно зазначають А.М. Мірошніченко та Р. Марусенко продаж земельних ділянок окремими лотами є не завжди доцільним, оскільки, з міркувань продажу ділянок за максимальну ціну, за певних умов може бути доцільно продавати кілька суміжних ділянок разом, наприклад, коли відокремлене користування однією із ділянок є незручним чи неефективним [1, с. 316].

Ще один недолік є суто техніко-юридичним – хоча у ЗК під земельними торгами мається на увазі виключно аукціон (ч.1 ст.135 ЗК), закон чомусь використовує для позначення аукціону і термін «земельні торги».

Втім, положення ч. 1 ст. 134 ЗК, попри їх недоліки, у правозастосуванні розуміються здебільшого вірно – як правило так, що зобов'язує надавати в користування земельні ділянки державної та комунальної власності на земельних аукціонах. Відтак, вади формулювання закону усуваються правильним його тлумаченням (цільовим та системним).

Сам по собі підхід, який вимагає надавати земельні ділянки, зокрема, комунальної власності, у користування на земельних аукціонах заперечень не викликає. Необхідність встановлення даного правила обумовлена тим, що власник земель – територіальна громада – не має практичної можливості розпорядитися своїми землями інакше, ніж через органи місцевого самоврядування. Ситуація, коли власник розпоряджається майном не самостійно, а через представника, за визначенням породжує корупційні ризики, адже завжди, коли хтось розпоряджається чужим майном, виникає спокуса використати це не в інтересах власника, а у власних інтересах. Найбільш очевидний приклад – заниження ціни договору, що є в основі відносин користування (договір оренди, емфітевзису або суперфіцію), та отримання тіншовим шляхом частини різниці між ціною за договором та ринковою ціною (сумнозвісні «відкати»).

Аукціонний спосіб набуття прав на земельні ділянки є передумовою отримання за відчужувані земельні ділянки чи права на них ринкової ціни. Погоджуємося з П. Ф. Кулиничем,

що структура механізму ринку земель повинна включати правове забезпечення справедливої (ринкової) оцінки земельних ділянок, що базується на співвідношенні попиту та пропозиції та конкуренції попиту [2, с. 279]. При первісному концентруванні у руках держави (а надалі і територіальних громад) земель конкуренція попиту є запорукою отримання за ці землі справедливої ринкової ціни. Відомо, що ринкова ціна якраз і формується на аукціонах.

Не дивлячись на усі проблеми, що існують у процедурі конкурентного набуття прав на земельні ділянки, зокрема, й права користування ними, доцільність такого способу не викликає жодних сумнівів. Окрім прагнення отримати максимальну ціну для власника, причиною запровадження проведення земельних торгів є обмеженість земельного ресурсу, а відтак, недостатність його для задоволення інтересів усіх бажаючих.

У спеціальній літературі викликала неоднозначну реакцію порівняно нещодавня законодавча інтервенція, якою із ЗК було виключено посилання на можливість проведення земельних торгів також у формі конкурсу [3, с. 80]. Таку думку слід підтримати, але з певними уточненнями.

На наш погляд, законодавець цілком вірно виключив можливість надання земельних ділянок у користування на речових права на підставі конкурсів. Це пояснюється тим, що при потребі надання набувачу у користування земельної ділянки для інших цілей, ніж отримання максимальної ціни (що відбувається на аукціоні), повинен використовуватися механізм т.зв. державно-приватного партнерства, де партнер визначається на конкурсних засадах відповідно до розділу IV Закону України «Про державно-приватне партнерство». В свою чергу, земельна ділянка надається такій особі у користування без застосування будь-якого конкурентного відбору (ч. 2 ст. 134 ЗК), що цілком логічно. Додамо, що ми приєднуємося до думки, за якою у випадку державно-приватного партнерства земельна ділянка повинна надаватися приватному партнеру на підставі зобов'язальних, а не речових прав, безпосередньо на підставі договорів про державно-приватне партнерство [4, с. 40-49].

Таким чином, конкурси з надання земельних ділянок у користування фактично передбачені чинним законодавством як складова конкурсів із визначення державного партнера.

Втім, очевидно, що із правила про конкурентне надання основних речових прав користування земельними ділянками мають бути певні винятки. При окресленні цих винятків чинне законодавство не завжди слідує логіці та доцільності. Втім, ця проблема потребує окремого вивчення.

На думку В. В. Пікузо, земельні торги є найбільш привабливим і законним способом відчуження земельних ділянок, які роблять процедуру відчуження землі максимально прозорою [5, с. 131]. На наш погляд, суспільні явища (у т.ч. відчуження земельних ділянок чи надання їх у користування) не можуть мати ступенів законності, бути найбільш чи найменш законними; вони можуть бути або законними або ні. Щодо ж привабливості, то такий спосіб є привабливим насамперед для продавця, оскільки надає йому можливість отримати за ділянку чи права на неї ринкову ціну. Прозорість же процедури, на наш погляд, автоматично обранням аукціонного способу відчуження не досягається. Лише за умов належного регулювання аукціон, справді може забезпечити прозорість відчуження та надання земельних ділянок у користування.

Список використаних джерел:

1. Мірошніченко А. М. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України / А. М. Мірошніченко, Р. І. Марусенко. – К.: Правова єдність, 2009. – 496 с.
2. Кулинич П. Ф. Правові проблеми охорони і використання земель сільськогосподарського призначення в Україні / П. Ф. Кулинич. – К.: Логос, 2011. – 688 с.
3. Пейчев К. Окремі аспекти конкурентного набуття прав на земельні ділянки сільськогосподарського призначення / К. Пейчев // Юридична Україна. – 2009. – №3. – С. 80-82.
4. Мірошніченко А. М. Зобов'язальні права користування земельною ділянкою / А. М. Мірошніченко, А. І. Ріпенко // Право України. – 2012. – № 7. – С. 40-49.
5. Пікузо В. В. Проблемні питання проведення земельних торгів в Україні / В. В. Пікузо // Вісник Одеського національного університету. Серія Правознавство. Том 15. – 2010. – Випуск 22. – С.130-136.

Родоман Т. О.,

здобувач Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України

ДО ПОНЯТТЯ «ДОГОВОРУ» В ІНСТИТУТІ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНСЬКОГО ТА ІНОЗЕМНОГО ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Стрімка динаміка розвитку суспільних відносин у найрізноманітніших сферах життя сприяє удосконаленню договірних конструкцій, які займають визначальне місце у регулюванні сформованих цивільно-правових зв'язків між сторонами. Договір є мобільною частиною цивільного права та основним зв'язуючим елементом союзу суб'єктів конкретних правовідносин.

Незважаючи на загальноживаність вказаного поняття, існує неабияка розбіжність у його трактуванні як українським законодавцем, так й іноземним, що свідчить про відсутність єдиного підходу до розуміння такого архіважливого цивілістичного поняття.

Раніше положеннями ст.41 ЦК Української РСР було встановлено, що угодами визнаються дії громадян та організацій, спрямовані на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Угоди можуть бути односторонніми і дво- або багатосторонніми (договори) [1]. Із вказаного вбачається, що поняття «угода» ототожнювалося з сучасним поняттям «договір», який може бути двостороннім або ж багатостороннім. Також, поняття «угода» за ЦК УРСР тотожне сучасному поняттю «правочин», що згідно ч.1 ст.202 ЦК України є дією, як спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків [2].

Сьогодні ж, згідно ч.1 ст.626 ЦК України договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків [2], проте положення Закону України «Про захист прав споживачів» визначають договір як усний чи письмовий правочин між споживачем і продавцем (виконавцем) про якість, терміни, ціну та інші умови, за яких реалізується продукція [3]. Інше визначення договору також міститься у наказі Міністерства економіки України «Про затвердження Правил продажу товарів на замовлення та поза торговельними або офісними приміщеннями», за яким договором є усний чи письмовий правочин між споживачем і продавцем про якість, терміни, ціну та інші умови, за яких реалізується продукція [4].

Із наведеного вбачається, що договір розглядається з точки зору угоди, правочину та домовленості, тобто українське цивільне право не має єдиного підходу до розуміння цивільно-правового договору. Різноманітність думок щодо розуміння цього правового явища доповнюють одне одного лише окремими, проте важливими характеристиками.

Свого часу юрист Іоффе вказував на багатозначність поняття договору, зазначаючи, що крім того, що договір рівнозначний угоді, який укладається із ціллю встановлення, зміни або припинення цивільних правовідносин (тобто розуміється як юридичний факт), інколи під договором розуміють саме цивільне правовідношення, яке виникає з такої угоди, а в деяких випадках терміном «договір» визначають документ, який фіксує факт встановлення зобов'язання по волі учасників правовідношення [5, с. 385-386]. Також вказував на те, що для всебічного ознайомлення із його сутністю договір повинен бути вивчений як юридичний факт, і як правовідношення, і як форма, що використовується при його укладенні [6, с. 26-27]. В першу чергу договір рівнозначний угоді, хоча й кореспондує й іншим формам його розуміння.

Іноземне цивільне законодавство кожної держави має «індивідуальне» формулювання договору. Що стосується цивільного законодавства країн-сусідів України, то положеннями ч.1 ст.420 ЦК Російської Федерації [7] та ч.1 ст.666 ЦК Республіки Молдова [8] визначено договір як угоду двох або декількох осіб про встановлення, зміну або припинення цивільних прав та

обов'язків. Положення ЦК Республіки Білорусь, зокрема ч.1 ст.154, визначають договір як дії сторін і юридичних осіб, які направлені на встановлення, зміну та припинення цивільних прав та обов'язків [9].

Відома в Росії доктор юридичних наук і професор Халфіна Р.О. заперечувала, що договір – це взаємна угода або згода сторін, що спрямована на виникнення, зміну або припинення цивільних правовідносин. На її думку, у поняття договір, крім погодження волі двох чи декількох осіб, «мають бути включені їх взаємні права та обов'язки, при цьому права та обов'язки, які приймає на себе кожна зі сторін, як правило, різні, але вони мають бути взаємопогодженими, мають у своїй сукупності дати єдиний правовий результат» [10, с. 50].

Відповідно до ст.1101 Французького ЦК 1804 року, договір – це узгодження, за допомогою якого одна або кілька сторін зобов'язуються перед іншою особою або перед кількома особами дати будь-що, зробити будь-що або не робити будь-що [11, с. 300]. Видатний французький юрист, дослідник римського та французького загального права – Потье Робер Жозеф в своєму «Трактаті про зобов'язання» погоджується з таким же визначенням, визначаючи договір як угоду двох чи декількох осіб, що спрямована на встановлення між ними зобов'язань [12, с. 90].

Ототожнення договору з угодою також вбачається зі ст.213 ЦК Нідерландів, який оперує досліджуваним поняттям у значенні багатосторонньої угоди, в якій одна або кілька сторін приймають на себе зобов'язання по відношенню до однієї або кількох сторін. Дане поняття визначено в ст.213 Книги 6 Цивільного кодексу Нідерландів [13, с. 14]. Така ж тенденція прослідковується в ст.1793 ЦК Мексики, характеризуючи договір як угоду, яка встановлює або змінює права [14, с. 155]. При цьому, виходячи із буквального трактування, угода про припинення прав іменуватися договором по мексиканському законодавству не буде. Проте не зрозуміло, чому юридичні факти, направлені на встановлення прав та обов'язків являються важливішими ніж ті, які направлені на їх припинення.

Іншим прикладом слугують положення ст.1137 ЦК Аргентини: договір – це добровільна домовленість декількох осіб, яка встановлює і регулює їх права [15, с. 375], а норми ЦК Екватору визначають договір у формі акту, в силу якого одна сторона зобов'язується по відношенню до іншої сторони дати що-небудь, зробити що-небудь або не робити чого-небудь. Таке ж визначення містить ст.1495 ЦК Колумбії [14, с. 156].

У цивільному законодавстві деяких держав визначення договору відсутнє. Цілком ймовірно, що відсутність легальної дефініції договору у законодавстві певних держав можна пояснити багатоманітністю підходів до розуміння правового явища, яке розглядається.

Законодавство різних країн світу не виробило єдиного підходу до розуміння поняття договору, а одна із причин вбачається в самому понятті «договору», оскільки має безліч значень, в результаті чого неможливо застосувати одне універсальне визначення.

Аналізуючи іноземне цивільне законодавство щодо визначення поняття договору, можна дійти висновку, що в українському та іноземному цивільному законодавстві за загальним правилом ядром договору є угода як основна опорна конструкція договірного права. З огляду на наведене очевидно, що при визначенні договору з тої чи іншої точки зору слід брати до уваги низку факторів та піддавати його оцінці в кожному окремому випадку, розкриваючи його сутність, функції та якісні характеристики.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс Української РСР від 18 липня 1963 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1963. – №1540-VI.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №435-IV.
3. Про захист прав споживачів: Закон України від 12 травня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – №1023-XII.

4. Про затвердження Правил продажу товарів на замовлення та поза торговельними або офісними приміщеннями: наказ Міністерства економіки України від 19 квітня 2007 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – №103.

5. Иоффе О. С. Советское гражданское право. Курс лекций. Общая часть. Право собственности. Общие учение об обязательствах: учебное пособие для высш. юрид. учеб. заведений / О. С. Иоффе. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1958. – 511 с.

6. Иоффе О.С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – М. : Юрид. лит., 1975. – 880 с.

7. Цивільний кодекс Російської Федерації. – [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://www.zakonrf.info/gk/420/>

8. Цивільний кодекс Республіки Молдова. – [Електронний ресурс]. – режим доступу: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3244

9. Цивільний кодекс Республіки Білорусь. – [Електронний ресурс]. – режим доступу: http://pravo.by/world_of_law/text.asp?RN=hk9800218#&Chapter=9

10. Халфина Р. О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве / Р. О. Халфина. – М.: Изд-во АН СССР, 1952. – 478 с.

11. Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран / отв. ред. В. К. Пучинский, М. И. Кулагин. – М.: Издательство Университета дружбы народов, 1986. – 384 с.

12. Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву / М.М. Агарков. – М.: Типография Известий Советов депутатов трудящихся СССР, 1940. – 175 с.

13. Договірне право: навчальний посібник / Вавженчук С. Я. – К.: КНЕУ, 2011. – 584 с.

14. Выборнова Е. С. К понятию гражданско-правового договора / Е. С. Выборнова // Актуальные проблемы русского права. – №3. – 2010. – С. 153-159.

15. Гражданские и торговые кодексы зарубежных стран: Сборник законодательства. Современное зарубежное частное право / под ред. С. Н. Медведева, С.О. Звонок. – Ставрополь: Изд-во СГУ, 1999. – 412 с.

Савельєва О. М.,

лаборант кафедри земельного та аграрного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОЇ РЕАЛІЗАЦІЇ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОДУКЦІЇ В УКРАЇНІ

Суб'єкти ринку вітчизняної сільськогосподарської продукції ще й досі перебувають в ситуації «сам на сам» щодо налагодження ефективної системи реалізації (збуту) сільськогосподарської продукції та подальшого стимулювання зростання на цій основі обсягів сільськогосподарського виробництва.

З метою забезпечення сталого аграрного виробництва модель розвитку суспільних відносин щодо реалізації (збуту) сільськогосподарської продукції потребує оновлення та вдосконалення. Реалізація традиційного принципу «від лану до столу» в Україні, на жаль, не дає бажаного економічного ефекту для виробників цієї продукції та продовольства з неї, оскільки відбуваються втрати через недовготривалий час зберігання деяких видів продукції, а також не вигідні маркетингові операції.

Відповідно до п. 13 розділу III Державної цільової комплексної програми розвитку українського села на період до 2015 року з метою розвитку аграрного ринку в Україні передбачається:

- 1) сприяння залученню іноземних інвестицій для забезпечення впровадження сучасних технологій, менеджменту, розвитку кооперації та вертикальної інтеграції, підвищення конкурентоспроможності вітчизняної продукції на внутрішньому і зовнішньому ринку;
- 2) стимулювання збільшення обсягів виробництва і постачання на зовнішній ринок екологічно чистої сільськогосподарської продукції;
- 3) продовження гармонізації національного законодавства з вимогами СОТ та ЄС та ін.

Вивчення практики свідчить, що інвестування (в тому числі іноземне) виступає одним з найефективніших інструментів вирішення проблеми фінансування аграрного сектору економіки України в зазначеній сфері. Однак проблема інвестування галузі сільського господарства тісно пов'язана з земельним питанням. Приватних іноземних інвесторів, як правило, цікавить можливість інвестування сільського господарства з позиції оренди земель сільськогосподарського призначення та наступним її викупом в разі залучення даних земель в економічний обіг. Таке ставлення до національного багатства України навряд чи припустиме, а тому необхідно йти шляхом залучення інвестування не від таких приватних осіб, а від міжнародних організацій та міжнародних фондів, яких цікавить, перш за все, питання фінансової вигоди від реалізації певного інвестиційного проекту.

Одним з прикладів залучення іноземних інвестиційних проектів в сферу розвитку відносин щодо реалізації (збуту) сільськогосподарської продукції можна назвати **Національний інвестиційний проект «Зелені ринки»**. Він передбачає створення мережі регіональних оптових продовольчих ринків, будівництво об'єктів агрологістики, що призначатимуться для зберігання сільськогосподарської продукції, її переробки та доставки до споживачів. **Головною метою проекту** виступає стимулювання зростання виробництва сільськогосподарської продукції та сільського розвитку, гарантування продовольчої безпеки країни, посилення позицій України на міжнародних ринках сільськогосподарської продукції. Даний проект впроваджується відповідно до Указу Президента України від 08.09.2010 р. № 895 «Про заходи щодо визначення і реалізації проектів із пріоритетних напрямів соціально-економічного та культурного розвитку» та постанови Кабінету Міністрів України від 08.12.2010 р. № 1255 «Про затверджен-

ня Положення про проекти із пріоритетних напрямів соціально-економічного та культурного розвитку (національні проекти)». Він є результатом спільних зусиль Держінвестпроекту та Проекту Агентства США з міжнародного розвитку USAID.

Як зазначається в літературі, найбільш привабливий інвестиційний клімат для іноземного інвестування створено в сучасних умовах в Аргентині. Законодавство цієї країни базується на таких основних засадах: по-перше, рівність прав суб'єктів господарювання резидентів та нерезидентів у питаннях доступу до зовнішніх та внутрішніх джерел фінансування і програм економічного стимулювання; по-друге, повна лібералізація процедури отримання дозволів та ліцензій, необхідних для реалізації інвестиційних проектів; по-третє, право іноземного інвестора на безперешкодне повернення власного капіталу до своєї країни у випадку реорганізації або ліквідації бізнесу; по-четверте, цілковита конфіденційність інформації, що надається інвесторами; по-п'яте, низька ставка податку на додану вартість та податку на прибуток тощо [1, с. 228].

Цей досвід безперечно є позитивним для України. Саме тому національне аграрне законодавство України має ґрунтуватися на засадах подальшого спрощення процедури залучення інвестицій в сільське господарство, гарантування прав інвесторів та посилення співпраці з міжнародними сільськогосподарськими організаціями (такими, як Продовольча та сільськогосподарська організація ООН FAO) та міжнародними фондами підтримки аграрного бізнесу.

До того ж важливий аспект стимулювання розвитку суспільних відносин щодо реалізації сільськогосподарської продукції в умовах державного регулювання аграрного ринку полягає в розвитку державно-приватного партнерства в галузі сільського господарства України відповідно до норм Закону України «Про державно-приватне партнерство» від 1 липня 2010 року № 2404-VI. Однак цей Закон не містить положень, які стосуються саме цієї сфери відносин. А тому доцільним видається доповнення статті 4 «Сфери застосування державно-приватного партнерства» додатковим пунктом «виробництво, переробка, постачання та реалізація (збут) сільськогосподарської продукції».

Список використаних джерел:

1. Грущинський Я. М. Іноземний досвід створення правових передумов залучення інвестицій у сільське господарство / Я. М. Грущинський // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 3. – С. 227-231.

Савинова М.П.,

магістрант кафедри громадянського і сімейного права ФГБОУ ВПО «Саратовська державна юридична академія»

ТАЙНА УСЫНОВЛЕНИЯ РЕБЕНКА

В 2012 году, Указом президента РФ была утверждена «Национальная стратегия действий в интересах детей на 2012-2017 годы», одним из направлений которой является переход к системе открытого усыновления с отказом от тайны усыновления. Данный вопрос вызвал бурную дискуссию, как в научных кругах, так и в обществе в целом.

Так в США, как и во многих европейских странах, усыновление не рассматривается как подвиг, а является просто другой формой появления в семье детей, ничуть не менее нормальной и радостной в глазах общества, чем рождение ребенка. В известной своим консерватизмом Англии, в отличие от других западноевропейских стран отказ от тайны усыновления произошел лишь в 2008 году. Именно тогда вступил в силу новый закон об адаптации, отменивший тайну усыновления как законодательную норму. Однако английское общество еще до принятия вышеуказанной правовой нормы, как правило, не скрывало от детей факта усыновления, понимая, что это поможет им избежать в будущем психологических проблем, связанных с раскрытием этой тайны, а так же избавит их от пожизненного страха перед возможностью разоблачения.

В России, в отличие от Запада, отношение к усыновлению является довольно предвзятым. Принимая в свою семью ребенка в качестве родного сына или дочери, усыновители стремятся к тому, чтобы никто, а в первую очередь сам усыновленный, не знал, что усыновители не являются его настоящими родителями.

Впервые нормы, гарантирующие тайну усыновления, появились в Кодексе о Браке и Семье РСФСР 1969 г. В статье 110 КоБС говорилось, о том, что лица, разгласившие тайну усыновления против воли усыновителя, могли быть привлечены к ответственности [1].

В настоящее время, согласно ст. 124 Семейного Кодекса РФ, усыновление является приоритетной формой устройства детей, оставшихся без попечения родителей, и допускается с учетом возможностей обеспечить детям полноценное физическое, психическое, духовное и нравственное развитие [2, 164-165].

В ст. 139 СК РФ, законодатель не только закрепляет норму о сохранении тайны усыновления, но и предусматривает комплекс мер, направленных на ее обеспечение. Так ст. 135 СК РФ закрепляет возможность изменения даты рождения ребенка в возрасте одного года, а так же установлено, что дата рождения усыновленного ребенка может быть изменена не более чем на три месяца. Уголовный кодекс РФ предусматривает ответственность лиц, обязанных хранить факт усыновления как служебную или профессиональную тайну, а также иных лиц, совершивших разглашение тайны усыновления из корыстных или иных низменных мотивов [3].

Сегодня часто встает вопрос об отмене тайны усыновления, но наше российское общество не готово к этому. Так, социологический опрос граждан, проведенный в период с 2007 по 2011 года, показал, что общество не готово к отмене тайны усыновления. Исследование показало, что 27% опрошенных относятся с той или иной долей настороженности к небологическим детям в семье и смотрят на эту ситуацию скорее негативно. Следует учесть, что исследование проводилось в основном среди матерей, т.е. аудитории, которая так или иначе позитивно относится к материнству и детству в целом.

Право ребенка знать своих родителей является одним из базисных прав, оно гарантируется Конвенцией о правах ребенка (каждый ребенок имеет право знать своих родителей, насколько

это возможно), а также нормами российского законодательства. Этот вопрос можно решить путем изменения статьи 139 СК РФ, дополнив ее пунктом 3 в следующей редакции: «Тайна усыновления может быть раскрыта усыновленному ребенку, достигшему совершеннолетия». Это позволит, с одной стороны, в дальнейшем на практике соблюдать тайну усыновления, защищая права и законные интересы ребенка и его усыновителей, а с другой – реализовать право ребенка знать своих родителей, получить информацию о них в уполномоченных органах, поскольку усыновители могут не обладать необходимыми сведениями [4, с. 98].

Нечеткость законодательных формулировок приводит к сложностям в реализации прав усыновителей (а соответственно, и усыновленных) и частым нарушениям тайны усыновления, поскольку при возникновении трудностей и проволочек в случае обжалования действий должностных лиц в вышестоящие органы число лиц, информированных об усыновлении ребенка, возрастает, что особенно негативно влияет на сохранение тайны усыновления в небольших городах и иных населенных пунктах.

Таким образом, для более успешной реализации прав, как детей-сирот, так и усыновителей необходимо внести изменения в некоторые нормативные акты. Отмена же тайны усыновления на современном этапе состояния российского общества является преждевременной, не соответствующей правам и интересам детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей и усыновителей.

Список использованных источников:

1. Семейный Кодекс Российской Федерации от 29.12.95 г. // Собрание Законодательства Российской Федерации. – 1996. – №1.
2. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 // Собрание Законодательства Российской Федерации. – 1997. – №1.
3. Ведомости ВС РСФСР. – 1970. – № 22. – Ст. 441.
4. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Под ред. И.М. Кузнецовой. – М.: БЕК, 1996.

Сердечна І. Л.,

аспірант кафедри цивільного права та процесу Хмельницького університету управління та права

РОЗВИТОК ВЧЕННЯ ПРО ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА ЧЛЕНІВ СІМ'Ї ТА РОДИЧІВ НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ (XI – ПОЧ XX СТ. СТ.)

Становлення особистих немайнових правовідносин між членами сім'ї та родичами в чинному законодавстві пройшло складний шлях формування та розвитку нормативних актів на території українських земель. Важливу роль в закладенні основних засад цих правовідносин відіграв період історії з XI ст. до поч. XX ст., коли вперше на території українських земель згадуються поняття родини, споріднення, свояцтва на рівні правового регулювання. За допомогою історичного методу дослідження, слід з'ясувати коли вперше на території України запровадженні ці поняття.

Основними джерелами права в Україні-Русі були: звичаєве право, договори Русі з Візантією, княже законодавство, Руська правда [1, с. 42]. Важливу роль для регулювання сімейно-шлюбних відносин відіграли церковні устава, оскільки саме нормами канонічного права регулювались важливі сфери суспільного життя. Основними документами, що регулювали сімейні правовідносини були *Устав Володимира «Про церковні суди»* та *Устав Ярослава*. В цих документах правовідносини між членами сім'ї та родичами визначались у вигляді встановлення заборони до вступу у шлюб родичів, свояків та духовних родичів [2, с. 157, 180]. Тобто досліджувані правовідносини знаходились на початковому етапі свого формування.

Важливе значення для подальшого розвитку сімейного законодавства на території українських земель відіграли *Литовські статuti 1526 р., 1566 р., 1588 р.*, які були прийняті Великим князівством литовським з метою систематизації правових норм і приведення їх в єдину систему.

Звичайно в ті часи не йшла мова про особисті немайнові правовідносини між членами сім'ї та родичами, однак ми спостерігаємо регулювання інших відносин, що виникають між ними. Статутом 1529 року регулювались майнові відносини між братами та сестрами, що вказувало на виокремлення цих суб'єктів (ст. ст. 28, 29). Важливу роль в житті дівчини, яка залишилась без батьків відігравали брати та стріи (чоловіки батькових сестер), оскільки саме за їх волею вона виходила заміж, а у випадку непослуху залишалась без посагу [3, с. 104] (Розділ 5 Артикул 8 Литовські статuti 1566 та 1588 років). Варто звернути увагу на те, що відповідно до змісту артикулів Статуту 1588 року з'ясовуємо, що під поняттям «родичі», в ті часи, розуміли батька та матір (Розділ 5 Артикул 8, 9). Тому ми спостерігаємо поступове закріплення правовідносин між членами сім'ї та родичами, які поки що носять лише майновий характер.

Після приєднання України до Московської держави система законодавства зміцнюється та розвивається. Була проведена кодифікація в результаті якої у 1734 році створено збірник *«Права, за якими судиться малоросійський народ»*. Зважаючи на те, що в ньому зібраний значний юридичний матеріал, який викладений в хронологічному порядку, цей збірник як джерело заслуговує на особливу увагу.

Збірником регулювались майнові правовідносини між родичами. На братів покладался обов'язок у випадку смерті батька надати сестрі посаг (Глава 10 Артикул 12). Також брати та дядьки, у випадку смерті батьків зобов'язані були утримувати дівчат і в належному віці віддати їх заміж (Глава 10 Артикул 15) [3, с. 522]. Ми вважаємо, що можливо говорити про особистий немайновий обов'язок брата, дядька віддати дівчину заміж. З аналізу тексту з'ясовуємо, що були певним чином врегульовані правовідносини між свояками, а саме між свекрухою та

невісткою (Артикул 17). Поряд із регулюванням майнових відносин спостерігаємо визначення обов'язку немайнового характеру.

Для запровадження на українській землі загальноросійського законодавства Російською імперією на початку XIX ст. розпочалася кодифікація права. Джерела права різних частин України, що входили до складу Російської імперії мали певні відмінності. «Зібрання малоросійських прав» 1807 року стало кодифікованим збірником норм цивільного законодавства, що діяли на початку XIX ст. у Чернігівській та Полтавській губерніях.

Окремою главою «Про шлюб» регулювались сімейні відносини, відповідно до цих норм встановлювалась заборона вступу до шлюбу близьких родичів. Ми вважаємо важливим досягненням для розвитку інституту особистих немайнових правовідносин між членами сім'ї та родичами є виділення окремої глави про споріднення. Відповідно до глави «Про споріднення» виділялось три види споріднення:

перше, природне походження від народження;

друге, походження від свояцтва; до свояцтва відносять відносини між родичами подружжя, які виникають в результаті укладення шлюбу;

третє, кумівство, що виникає внаслідок хрещення і визначається як духовна близькість, що виникає в результаті таємниці хрещення. Виділяють 7 підпунктів, що характеризують відносини духовного споріднення [3, с. 908].

Ми вважаємо цей збірник першим етапом становлення досліджуваних правовідносин, оскільки крім виділення окремих видів споріднення у главі «Про споріднення» також визначаються права та обов'язки між родичами за взаємним їх зв'язком.

В середині XIV ст. землі Галицько-Волинського князівства захопила Польща, у складі якої вони знаходились до 2-ї пол. XVIII ст. На територію західноукраїнських земель поступово стала поширюватись чинність австрійського права, а серед них норми *Австрійського кодексу 1811 року* який регулював важливі сфери суспільного життя і на території українських земель.

Окремий розділ VII «Права осіб, що виникають із сімейних відносин; сім'я, споріднення, свояцтво» регулював сімейні правовідносини. Відповідно до його норм з'являється чітке формулювання понять сім'я, споріднення та свояцтво. Відповідно до п. 40 кодексу сім'я – це родоначальники зі всіма їх нисхідними, а зв'язок між цими особами називається спорідненням. Зв'язок між одним із подружжя і родичами іншого із подружжя, визначається як свояцтво. Визначено ступені споріднення. Під словом «батьки», відповідно до кодексу, розуміють, за загальним правилом, без визначення ступеню, всі родичі по висхідній лінії, а під словом «діти» – всі родичі по нисхідній [3, с. 1031]. Тобто кодекс був важливим етапом формування правовідносин між членами сім'ї та родичами, зважаючи на те, що саме цим кодексом вперше були визначені такі поняття як сім'я, споріднення, свояцтво.

Головним джерелом сімейного права прийнятим в 1830-ті роки на території українських земель був *Звід законів Російської імперії 1832 року* (видавництво 1914 р.), який складався з 15-ти томів, до яких увійшло чинне законодавство, систематизоване за галузями права, 10-й том містив норми цивільного права [4, с. 226]. Окремий розділ 2 під назвою «Про союз батьків і дітей і про союз родинний» регулював сімейні відносини. Відповідно до нього визначено правовідносини, що виникають не лише між батьками та дітьми, але і між родичами. Нормативний акт визначав виховання дітей для батьків не як право, а як обов'язок, поряд з обов'язком забезпечувати дитину харчуванням та одягом. Також до немайнових обов'язків батьків віднесено належне моральне виховання дітей (п.п. 172,173) [5, с. 35]. Окрема глава («Про союз родинний»), яка містить 16 пунктів детально характеризує правовідносини між родичами. Важливим нововведенням цього документа є визначення поняття роду, як зв'язок усіх членів сім'ї чоловічої та жіночої статі, від одного спільного родича (п. 196). Також, вказано на те, що близькість споріднення визначається лініями та ступенями, які детально охарактеризовані нормами цієї глави.

Ми вважаємо період історії з XII ст. до поч. XX ст. відіграв важливу роль у формуванні такого важливого інституту сімейного права як особисті немайнові правовідносини між членами сім'ї та родичами. Ми з'ясували, що особисті немайнові правовідносини в такому вигляді як вони є в сучасному законодавстві не відображені в цей період, однак спостерігаємо шлях формування таких термінів як сім'я, рід, споріднення, свояцтво.

Список використаних джерел:

1. Музиченко П.П. Історія держави і права України: Навч. посібник / П.П.Музиченко. – 6-те видання, перероб. та доп. – К.: Знання, 2007. – 471 с.
2. Российское законодательство X-XX веков. В девяти томах [под общ. ред. О.И. Чистякова] Том 1 Законодательство Древней Руси Том 1 [отв. ред. В.Л. Янин]. – М.: Юрид. лит., 1984. – 432 с.
3. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях: Т. 1 / Уклад.: Ю. В.Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. [За ред. Р. О. Стефанчук, М. О. Стефанчук]. – К.: Правова єдність, 2009. – 1168 с.
4. Захарченко П.П. Історія держави і права України: Підручник. – К.: Атіка, 2004. – 368 с.
5. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях: Т. 2 / Уклад.: Ю. В.Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. [За ред. Р.О. Стефанчук, М.О. Стефанчук]. – К.: Правова єдність, 2009. – 1240 с.

Федчишин Д. В.,

аспірант кафедри земельного та аграрного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

ПРАВОВІ ПИТАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ ЗАБУДОВИ

В умовах сьогодення важливе значення мають землі, які використовуються під забудову. Такі землі потребують найбільш раціонального використання, адже вони, виступаючи «основною, місцем розташування, територіально операційною базою», за своєю значущістю займають центральне місце серед земель, що знаходяться в межах населених пунктів. Саме на їх території розташовуються жилі будинки, будівлі та споруди адміністративних, торгових, культурних, комунально-побутових підприємств, установ та організацій.

Статтею 38 Земельного кодексу України передбачена така категорія земель, як землі житлової та громадської забудови, до якої належать земельні ділянки в межах населених пунктів, що призначені для розміщення житлової забудови, громадських будівель і споруд, інших об'єктів загального користування. Їх використання здійснюється відповідно до генерального плану населеного пункту, іншої містобудівної документації, плану земельно-господарського устрою з дотриманням будівельних норм, державних стандартів і норм.

Слід зазначити, що з урахуванням основного цільового призначення землі громадської забудови використовуються для містобудівних потреб, тобто вони призначені для зведення громадських будівель і споруд (дитячі садки, школи, аптеки, магазини тощо) та їх наступного обслуговування. Порядок використання зазначених земельних ділянок під забудову регулюється, в першу чергу, Законом України (далі – ЗУ) «Про регулювання містобудівної діяльності», а також в ЗУ «Про основи містобудування», ЗУ «Про архітектурну діяльність» та іншими нормативно-правовими актами.

Забудова території здійснюється шляхом розміщення об'єктів нежитлового будівництва. Право на забудову земельної ділянки реалізується її власником або користувачем за умови використання земельної ділянки відповідно до вимог містобудівної документації. Крім того, забудова здійснюється за умови додержання архітектурних, будівельних, санітарних, екологічних та інших норм і правил. Вона допускається лише у випадках, коли повністю узгоджується із цільовим призначенням земельної ділянки та містобудівною документацією.

Однак, для того щоб почати громадську забудову, особі – суб'єкту містобудування, в першу чергу, треба отримати в установленому законом порядку відповідну земельну ділянку для містобудівних потреб. Використанню земельної ділянки під забудову та подальшому обслуговуванню об'єкта містобудування передують проектування та безпосереднє будівництво об'єкта.

Відповідно до ст. 26 ЗУ «Про регулювання містобудівної діяльності» проектування та будівництво об'єктів громадської здійснюється власниками або землекористувачами земельних ділянок у такому порядку: 1) отримання замовником або проектувальником вихідних даних; 2) розроблення проектної документації та проведення у випадках, передбачених законом, її експертизи; 3) затвердження проектної документації; 4) виконання підготовчих та будівельних робіт; 5) прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів; 6) державна реєстрація права власності на об'єкт містобудування.

Отже, особа, яка на законних підставах володіє або користується земельною ділянкою для містобудівних потреб і має намір щодо забудови земельної ділянки, повинна отримати вихідні дані: містобудівні умови та обмеження, технічні умови та завдання на проектування. Після цього має бути розроблена і затверджена проектна документація – текстові та графічні

матеріали, якими визначаються містобудівні, об'ємно-планувальні, архітектурні, конструктивні, технічні, технологічні рішення, а також кошториси об'єктів будівництва. Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку затвердження проектів будівництва і проведення їх експертизи» від 11.05.2011 р. № 560 визначені випадки проведення експертизи проектів будівництва.

Важливе значення при здійсненні забудови має виконання підготовчих та будівельних робіт. Постановою Кабінету Міністрів України від 13.04.2011 р. № 466 «Про деякі питання виконання підготовчих і будівельних робіт» надано їх визначення. Так, під будівельними роботами слід розуміти роботи з нового будівництва, реконструкції, реставрації, капітального ремонту. До підготовчих робіт законодавство відносить роботи з підготовки земельної ділянки, влаштування огороження будівельного майданчика та знесення будівель і споруд, порушення елементів благоустрою в межах відведеної земельної ділянки, вишукувальні роботи, роботи із спорудження тимчасових виробничих та побутових споруд, необхідних для організації й обслуговування будівництва, улаштування під'їзних шляхів, складування будівельних матеріалів, підведення тимчасових інженерних мереж, а також з винесення інженерних мереж та видалення зелених насаджень. Право на виконання будівельних робіт у носія земельних прав виникає зазвичай після видачі замовнику спеціального дозволу залежно від категорії складності об'єкта.

Після закінчення будівництва об'єкти підлягають прийняттю в експлуатацію. Порядок прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 13.04.2011 р. № 461. Відповідно до цього нормативно-правового акту встановлені особливості прийняття закінчених будівництвом об'єктів експлуатацію в залежності від категорій складності об'єктів: 1) для об'єктів I-III категорії складності; 2) для об'єктів IV-V категорії складності.

Прийняті в експлуатацію об'єкти містобудування підлягають державній реєстрації відповідно до ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень».

Дотримання всіх вимог, встановлених законом щодо здійснення забудови, учасниками цієї діяльності сприятиме забезпеченню законності, підвищенню безпеки населення, яке користується цими будівлями і спорудами.

Філіп'єв А. О.,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»

ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ НОРМ РЕГЛАМЕНТУ РАДИ ЄС № 4/2009 ВІД 18 ГРУДНЯ 2008 Р. ПРО ЮРИСДИКЦІЮ, ПРАВО, ЩО ПІДЛЯГАЄ ЗАСТОСУВАННЮ ТА ВИЗНАННЯ І ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ, А ТАКОЖ СПІВПРАЦЮ У СПРАВАХ ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ АЛІМЕНТНИМИ ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ

1. Поява Регламенту Ради Європейського Союзу (далі – ЄС) № 4/2009 від 18 грудня 2008 р. про юрисдикцію, право, що підлягає застосуванню, та визнання і виконання судових рішень, а також співпрацю у справах пов'язаних із аліментними зобов'язаннями (далі – III Брюсельський Регламент) [1] викликана тим, що попередньо прийняті нормативно-правові акти ЄС, зокрема, Регламент Ради ЄС № 44/2001 про юрисдикцію та визнання і виконання судових рішень в цивільних та комерційних справах від 16 січня 2001 р. (далі – I Брюссельський Регламент) [2, р. 453-456] та Регламент Ради ЄС № 2201/2003 від 27 листопада 2003 р. про юрисдикцію та визнання і виконання судових рішень в шлюбних справах, а також справах про відповідальність батьків, який скасовує Регламент Ради ЄС № 1347/2000 (далі – II Брюсельський Регламент) [3, р. 467-481] не охоплювали всіх, навіть найбільш важливих, питань міжнародного приватного права (далі – МПрП) ЄС. Детально позиція європейського законодавця щодо запровадження III Брюсельського Регламенту викладена в «Зеленій книзі» Комісії Європейського Співтовариства щодо аліментних зобов'язань від 15 квітня 2004 р. [4].

2. III Брюсельський Регламент є, так би мовити, потрійним інструментом, адже визначає не лише питання юрисдикції, визнання та виконання судових рішень у справах щодо призначення аліментів, а й шляхом відсилки до Гаазького протоколу від 23 листопада 2007 р. про право, що застосовується до аліментних зобов'язань [5] створює систему наднаціональних колізійних норм щодо аліментних правовідносин.

3. Мета прийняття III Брюсельського Регламенту закріплена у п. 9 Преамбули, де вказується, що його норми покликані, по-перше, гарантувати швидке отримання кредитором у аліментних зобов'язаннях рішення про стягнення аліментів, а, по-друге, забезпечити автоматичне виконання такого рішення на території всіх держав-членів ЄС. При цьому поняття «аліментні зобов'язання» для цілей вказаного Регламенту має тлумачитись автономно та охоплює будь-які форми аліментних зобов'язань, що відомі сучасному МПрП ЄС. Регламент, який набув чинності 30 січня 2009 р., застосовується на майже всій території ЄС. Норми, застосування яких пов'язане із Гаазьким протоколом від 23 листопада 2007 р. почали діяти з 18 червня 2011 р. [6].

4. Питанню визначення юрисдикції суду присвячено главу II Регламенту. Загальні підстави визначення юрисдикції зафіксовані в ст. 3, при цьому традиційно для МПрП ЄС встановлення підсудності, за окремими виключеннями, пов'язане із місце постійного проживання сторін спору.

5. III Брюсельський Регламент на відміну від II Брюсельського Регламенту підтримує ідеї процесуальної автономії волі, і як наслідок надає сторонам (у разі дотримання певних умов) досить широкі повноваження щодо вибору суду на підставі договору. Цей висновок підтверджується також і тим, що інститут *tacit prorogation* (ст. 5) у вказаному Регламенті необмежений жодними формальностями або умовами: відтак, фактично, сторони можуть передати справу на розгляд будь-якому суду ЄС.

6. Особливістю цього Регламенту також є те, що він прямо закріплює можливість визначення підсудності справи за принципом *forum necessitates*, (можливість суду набути юрисдикції для розгляду справи, у разі якщо інші суди з якихось підстав відмовились або не можуть здійснювати її розгляд [7, р. 20]).

7. III Брюссельський Регламент також встановлює обмеження щодо зміни рішення за заявою боржника, якщо воно винесене судом держави-члена ЄС або держави-учасниці Гаазького протоколу від 23.11.2007 р., де кредитор мав постійне місце проживання, судом іншої держави-члена ЄС, якщо місце постійного проживання кредитора не змінилось (ст. 8).

8. Правила закріплені III Брюссельським Регламентом щодо пов'язаних проваджень (ст. 13) та позовів між одними і тими ж сторонами з приводу одного і того ж предмету (ст. 12), практично не відрізняються від тих, які закріплені в I та II Брюссельських регламентах.

9. Особливим чином у даному Регламенті врегульовані інститути визнання та виконання іноземних судових рішень. Такі особливості пов'язані із дією Гаазького протоколу від 23.11.2007 р.: для судових рішень постановлених судами держав, які приєднались до протоколу, застосовуються одні правила (розділ 1 глави IV), а до тих, що не приєднались, – інші (розділ 2 глави IV).

10. Особливістю III Брюссельського Регламенту є встановлення правил доступу до правосуддя у справах про стягнення аліментів (глава V Регламенту). При цьому основним інститутом, який покликаний забезпечити доступ до правосуддя, Регламент визначає інститут правової допомоги, передбачено навіть випадки її безкоштовного надання (ст. 46).

11. Таким чином, III Брюссельський Регламент є одним із найсучасніших джерел МПРП та міжнародного цивільного процесу ЄС. Очевидним є прогресивний характер його приписів, особливо щодо спрощення порядку визнання та виконання судових рішень, створення системи уніфікованих колізійних норм, надання сторонам справи широкої автономії. З огляду на це III Брюссельський Регламент є кроком вперед на шлях кодифікації МПРП та міжнародного цивільного процесу ЄС [8, с. 5].

Список використаних джерел:

1. Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations: [Електронний ресурс] / Official Journal of European Union. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:007:0001:0079:EN:PDF>.

2. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 / The Maastricht Collection: Second edition. – Edited by Kiiver Philipp, Kornet Nicole / P. Kiiver, N. Philipp. – Amsterdam: Europa Law Publishing, 2010. – 929 p.

3. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 / The Maastricht Collection: Second edition. – Edited by Kiiver Philipp, Kornet Nicole / P. Kiiver, N. Philipp. – Amsterdam: Europa Law Publishing, 2010. – 929 p.

4. Green Paper Maintenance obligations 15.4.2004 COM(2004) 254 final: [Електронний ресурс] European Commission. – Режим доступу: <http://eurlex.europa.eu/LexUrSev/LexUriSev.uri=COM:2004:0254:FIPDF>

5. Protocol on the law applicable to maintenance obligations concluded 23 November 2007: [Електронний ресурс] Hague Conference of Private International Law. – Режим доступу: <http://www.hcch.net/upload/finact21e.pdf>.

6. Council Decision of 31 March 2011 on the signing, on behalf of the European Union, of the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance: [Електронний ресурс] Official Journal of the European Union L 93/9 07.04.2011. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:093:0009:0009:EN:PDF>.

7. Geoffrey C. Hazard, Michele Taruffo Principles of Transnational Civil Procedure / Hazard G. C., Taruffo M. – New York: Cambridge University Press, 2006. – 177 p.

8. Юрова Н. М. Международное гражданское процессуальное право: теоретические основы имплементации норм в правовой системе Российской Федерации / Н. М. Юрова. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 352 с.

Шульга М. В.,

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри земельного та аграрного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

ЗЕМЛЕВИКОРИСТАННЯ ЯК УМОВА КОРИСТУВАННЯ НАДРАМИ

Використання надр та земельних ділянок – нерозривно пов'язані речі. Надрокористувач в ряді випадків не може приступити до використання надр без вирішення питання про відповідну земельну ділянку. Земельна ділянка має використовуватися будь-яким надрокористувачем в якості просторово-територіального базису. Тобто незалежно від виду надрокористування, який здійснює конкретний суб'єкт, земельна ділянка йому необхідна для розміщення певних споруд та устаткування для здійснення відповідної діяльності, а також для доступу (під'їзду, підходу і т. п.) до місця здійснення такої діяльності. Земельна ділянка як об'єкт землекористування повинна мати свої межі, площу, кадастровий номер, цільове призначення, місце розташування. Саме щодо цього об'єкта здійснюються суб'єктивні права та обов'язки конкретних юридичних та фізичних осіб.

Під об'єктами правовідносин надрокористування зазвичай розуміють частини простору надр, до яких на основі юридичного титулу спрямовані суб'єктивні права та обов'язки юридичних і фізичних осіб, що мають правовий статус надрокористувача. При цьому кожному конкретному виду користування надрами відповідають певні об'єкти. Скажімо, геологічному вивченню надр – підземний простір природного середовища, наданий для наукових досліджень і пошуків родовищ корисних копалин; розвідці надр – ділянка надр, що досліджується для оцінки запасів виявлених родовищ корисних копалин; будівництву та експлуатації підземних споруд – природні або антропогенні порожнини надр і т. п.


Земельний кодекс України передбачає надання відповідних земельних ділянок для потреб надрокористування. Так, відповідно до ч. 4 ст. 66 ЗК України надання земельних ділянок для потреб, пов'язаних з користуванням надрами, проводиться після оформлення в установленому порядку прав користування надрами і відновлення земель із затвердженим проектом рекультивациі на раніше відпрацьованих площах у встановлені строки.

Із змісту цієї норми випливає, що земельні ділянки для потреб, пов'язаних з користуванням надрами, надаються за рахунок земель промисловості переважно гірничодобувним підприємствам. Цільове призначення цих земель полягає в тому, що вони надаються для розміщення та експлуатації основних, підсобних і допоміжних будівель і споруд гірничодобувних підприємств, їх під'їзних шляхів, інженерних мереж, адміністративно-побудових будівель, інших споруд.

Окрім наведених положень, які безпосередньо стосуються головним чином такого виду надрокористування як видобувальних корисних копалин, Земельний кодекс України містить спеціальну статтю 97, яка має назву «Обов'язки підприємств, установ та організацій, що проводять розвідувальні роботи». До складу таких робіт закон відносить геологознімальні, пошукові, геодезичні та інші. У процесі проведення таких робіт здійснюються наукові дослідження надр та пошук родовищ корисних копалин, оцінка запасів виявлених родовищ корисних копалин. Розвідувальні роботи, про які йдеться в ст. 97 ЗК України, фактично пов'язані з геологічним вивченням надр. Згідно зі ст. 20 Кодексу України про надра для геологічного вивчення, у тому числі для дослідно-промислової розробки родовищ корисних копалин загальнодержавного значення, надра надаються в користування без надання гірничого відводу після одержання спеціального дозволу (ліцензій) на геологічне вивчення надр.

Отже вимоги ст. 97 Земельного кодексу України стосуються передовсім геологічного вивчення надр як самостійного виду надрокористування. Дана норма, закріплюючи обов'язки підприємств, установ та організацій, що проводять розвідувальні роботи, підкреслює тісний взаємозв'язок землекористування та надрокористування.

Можливість використання земель спеціалізованими організаціями, які здійснюють розвідувальні роботи, ст. 97 Земельного кодексу України пов'язує з обов'язковим укладенням відповідної угоди із власником земельної ділянки або за погодженням із землекористувачем. При цьому строки і місце проведення таких угод визначаються угодою сторін. Таким чином використання земель у цих випадках носить тимчасовий характер та суттєво відрізняється від інших відомих законодавству видів використання земель (оренда або постійне користування). Юридичним титулом використання тимчасово займаних земель, які перебувають у приватній власності чи користуванні суб'єктів, виступає відповідно угода з власником землі або погодження із землекористувачем. Це обумовлює виникнення ряду питань, які потребують вирішення та заслуговують на самостійну увагу дослідників. Йдеться, зокрема, про визначення сутності угоди чи погодження, зміни цільового призначення земельної ділянки, яка повинна використовуватися в якості просторово-операційної бази, земельного оподаткування, чіткого механізму виникнення та припинення права на тимчасове зайняття земельної ділянки та ін.



**Кримінальне право
та кримінологія,
кримінально-виконавче право**

**Уголовное право
и криминология,
уголовно-исполнительное право**



**Criminal Law
and Criminology,
Penal Law**

Dr. L. Köhalmi,

Lehrstuhlinhaber, Universität Pécs, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Kriminologie und Strafvollzugrecht (Ungarn)

KAMPF GEGEN DIE KORRUPTION IN UNGARN

Ever society must pay the «price of democracy» and in this price, the rising number of crimes and the change of their quality, and also the unique alterations of corruption are «calculated», among other things. The fight against economic-political corruption is a risky question, because the hunters and the hunted, those who conduct and those who undergo impeachment are often the members of the same political elite. It lies in the interest of the tax-payers that public funds should not become cash bribes, furthermore that the laws of corruption should not grow dominant even a single sphere. If we consider the moral weakness of the politicians' as the genesis of economic and political corruption, then the appropriate anti-corruption strategy should be the right combination of penalty policy and payment policy.

Key words: *corruption, price of democracy, lose their legitimacy, public procurement, penalty policy*

I. Grundrisse zur Naturkunde der Korruption

Die Korruptionsdelikte gefährden das Funktionieren einer Gesellschaft in ihren Grundfesten. Die Korruption stellt eine «immergrüne» Kategorie dar, seit vielen Jahrzehnten verliert sie nicht an ihrer Aktualität und es gibt nur wenige Probleme in Ungarn, die über eine größere aktuelle politische Bedeutung verfügen.

Die umfassendste Analyse der Korruption ist in der ungarischen Fachliteratur von Mariann Kránitz durchgeführt worden, die im Zuge ihrer Forschungen festgestellt hat, dass jede Gesellschaft «den Preis der Demokratie» zu zahlen hat. In diesem Preis ist – unter anderem – der Zuwachs des Umgangs und der Änderung der Kriminalitätsqualität, weiterhin der ganz eigene Werdegang der Korruption inbegriffen. [1, S. 26-28.]

Der Systemwechsel vermochte es nicht, die Korruption zu beheben, sondern er formte und wandelte lediglich ihren Charakter und ihre Richtung um. [2. S.5.] Das liegt auch daran, dass die Korruption mit dem wirtschaftlichen und politischen Milieu, in dem sie begangen wird, sehr eng verbunden ist. [3, S. 128-132] Darüber hinaus gilt, dass es wenige gesellschaftliche Phänomene gibt, die so sehr auf dem neusten Stand sind und mit einer so schnellen Reaktionszeit die in ihrem Existenzmedium stattfindenden Veränderungen verfolgt wie die Korruption. [4, S. 4-6.] Diese schnelle Anpassungsfähigkeit lässt sich sowohl in den Jahren der Wende, als auch in der darauf folgenden Zeit beobachten.

Bei der Erörterung der Korruption beabsichtige ich, mit einem prinzipiellen Nachdruck zu betonen – und meiner Meinung nach ist das die ewige, «vergifteter-Apfel Problematik» dieser Erscheinung –, dass sie über einen äußerst effektiven problemorientierten und das eigene Interesse durchsetzenden Charakter verfügt und ständig den diskreten Charme der Verführung vor den Augen schweben hat.

Die Existenz einer korruptionsfreien Zivilisation ist in der einige Jahrtausende alten Geschichte der Menschheit nicht bekannt, aber man will selbstverständlich auf den Wunsch(Traum) über das Erreichen dieses idyllischen Zustands nicht verzichten. [5. S. 22.] Uns stehen jedoch überzeugende Kenntnisse darüber zur Verfügung, dass in den Gemeinschaften, in denen der Kampf gegen die Korruption ernst genommen wurde, in der Tat auch die Intensität der Korruption wesentlich abnahm. Man muss sich jedoch darüber im Klaren sein, dass die Korruption äußerst sensibel auf die Änderungen in dem Regelungsumfeld reagiert – sie benimmt sich wie das Wasser oder das Licht -, sie findet sogleich einen Ausweg und aktiviert sich. Und sie vermag es, eine ganze Lawine korrupter Handlungen auszulösen.

Das Problem wird noch dadurch gesteigert, dass die Korruption nie eine besondere «Achtung» vor Landes- und Kontinentalgrenzen gezeigt hat. Dieses Phänomen war mit Sicherheit unter den ersten – wenn nicht gar das allererste – das sich globalisiert hat.

Der Kampf gegen ein unerwünschtes Phänomen kann erfolgreich aufgenommen werden, wenn einem seine Merkmale bekannt sind. Das Problem bei der Korruption hingegen ist gerade, dass man bei ihr weitgehend «im Dunkeln tappt».

Allgemeinhin wendet man zwei Methoden an, mit denen man versucht das Phänomen Korruption gründlicher kennenzulernen und seinen Betätigungsmechanismus zu verdeutlichen. Zum einen bezieht man sich auf den von Transparency International ausgearbeiteten Korruptionsindex, den sog. Corruption Perceptions Index, zum anderen auf kriminalstatistische Daten.

Gemäß des Korruptionsindex von Transparency International, mit einer Rangliste von eins bis hundert zur Grundlage, waren zum Beispiel im Jahre 2012 Dänemark, Finnland und Neuseeland am wenigsten von der Korruption betroffen und nahmen punktgleich mit 90 Punkten die ersten drei Plätze ein, während am Schluss der Liste Afghanistan, Korea und Somalia mit 8 Punkten lagen. [6] Ein völlig korruptionsloses Land könnte die maximale Punktzahl von 100 erreichen, ein solches hat es jedoch in der Geschichte des Corruption Perceptions Index (des Weiteren: CPI) bislang noch nicht gegeben (Ungarn stand das letzte Mal mit 4,7 Punkten auf Platz 50 der Korruptionsrangliste).

Der Corruption Perception Index ist jedoch, da er auf Empfindungen basiert und deswegen subjektiv ist, «lediglich» dazu geeignet, eine erste Orientierung bezüglich der Korruptionsinfektion einzelner Länder darzustellen. Ein subjektiver Maßstab vermag aber nicht, eine objektive, an das Fragment der Wirtschaft, der Bürokratie und die Staatsgewalt knüpfende Erscheinung wie die Korruption zu messen.[7, S. 200.]

Der CPI leitet weiterhin einen «Etikettierungseffekt» ein, er klebt eine positive oder negative Stempelmarke auf das jeweilige Land. Gleichzeitig wirkt auch diese Etikettierung selbst wie ein Genfaktor. Auf diese Weise wird aus einem durch Korruption nur wenig oder kaum belasteten Land ein noch saubereres Land, und aus dem durch Korruption verseuchten Land wird ein noch weit mehr gefährdetes Land.

Der CPI ist ein international anerkannter Standard, aber seine Ergebnisse sind bei der Beurteilung der Korruptionslage eines Landes immer auch zu hinterfragen. [1, S.30.]

Anhand der kriminalstatistischen Daten lässt sich wiederum die Schlussfolgerung ziehen, dass die Korruptionskriminalität nur als «weißer Rabe» in der ungarischen Kriminalität gilt.

Das ist offensichtlich ein falscher Befund, da Korruption latent, aber eben im Verborgenen bleibt. Wegen der in Bezug auf den rechtswidrigen Vorteil bestehenden Interessensgleichheit der Beteiligten kommt es nur in wenigen Fällen zur Einleitung eines Strafverfahrens wegen eines Korruptionsdelikts.

Die ungarische Polizei kann den Fall als großen Erfolg ansehen, dass sie einen Abgeordneten bei der Übernahme von 20 Millionen Forint (= 69.000 Euro) Schmiergeld auf frischer Tat ertappte. Seine Immunität wurde vom Parlament aufgehoben und das ungarische Gericht verurteilte ihn rechtskräftig zu 6 Jahren Freiheitsstrafe und 9 Millionen Forint (= 31000 Euro) Geldnebenstrafe.

Die geringe Anzahl von Strafprozessen lässt sich damit erklären, dass die Mehrheit der Strafverfahren mit einer Privatanklage eingeleitet wird – wie es im Zuge seiner Dunkelfeldforschungen von László Korinek festgestellt wurde: «Die Augen des Gesetzes sind die Staatsbürger und die Staatsbürgerinnen» – und im Falle der Korruption ist das Maß der Anklagebereitschaft äußerst gering. [8, S. 251.]

Es ist keine Übertreibung zu behaupten, dass die Indikatoren bezüglich des Umfangs der Korruptionskriminalität und ihres Anteils innerhalb der Gesamtkriminalität in Ungarn als tragikomisch bezeichnet werden können. [9, S. 83.] (2012 wurden 472 236 Straftaten von den ungarischen Strafverfolgungsbehörden registriert, davon wurden lediglich 740 als Korruptionsdelikt bezeichnet.)

Auch wenn wir unsere aus dem Korruptionsindex sowie der Kriminalstatistik gewonnenen Informationen «addieren», können wir noch lange nicht behaupten, dass uns der völlige Umfang der Korruption bekannt sei.

Ein kardinales Problem der ungarischen Korruption stammt aus der Fehlentwicklung des ungarischen Wirtschaftssystems. [10, S. 22.] Während es früher, in der Epoche des Sozialismus der Mangel an Produkten und Dienstleistungen zur Korruption führte, ist heute die Überproduktion schuld. [11, S. 4] Die Mehrheit der Akteure am Markt würde gerne eine Dienstleistung dem staatlichen und kommunalen Sektor verkaufen. In vielen Fällen wird die Entscheidung durch ein kleines, dem Bürgermeister oder einem Abgeordneten gegebenes Geschenk (z.B. ein Bonus-Urlaub) in diese oder jene Richtung

erleichtert. Beide die Säuberung der Marktverhältnisse bezweckenden und bis dato verabschiedeten Gesetze zum öffentlichen Auftragswesen endeten in einer Sackgasse. [12, S. 44-49.] Es mag als eine etwas kühne Bemerkung betrachtet werden, dass beim früher noch angewandten sog. «freihändigen Kauf» das öffentliche Geld auf eine viel günstigere Weise als heutzutage ausgegeben wurde.

II. Die strafrechtliche Regelung der Korruption de lege lata in Ungarn

Das Gesetz aus dem Jahre 2012 über das Strafgesetzbuch (des Weiteren StGB) trat am ersten Juli 2013 in Kraft. Der ungarische Gesetzgeber fügte die Korruptionsdelikte in Kapitel XXVII StGB mit dem Titel «Korruptionsstraftaten» ein.

Diese Delikte verdienen sehr viel Aufmerksamkeit, es stellt ja für jede Gesellschaft eine grundlegende Frage dar, ob die amtlichen Personen, die Akteure des gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Lebens, bzw. die legitimen leitenden Personen einer Gemeinde ihre Aufgaben ohne Voreingenommenheit versehen. [13, S. 400-404.] Das Vertrauen der Staatsangehörigen, letztendlich ihre über das politisch-gesellschaftliche System gebildete Meinung, in die verschiedenen staatlichen-kommunalen Organe werden von diesem Umstand entscheidend mitbestimmt.

Angesichts der hochgradigen demoralisierenden Wirkung von Korruptionsdelikten gibt es fünfzehn Paragraphen, die sich in dem Gesetz mit den Straftaten gegen die Reinheit der staatlichen Verwaltung, der Rechtspflege und des öffentlichen Lebens beschäftigen.

Die Straftaten gegen die Reinheit der staatlichen Verwaltung, der Rechtspflege und des öffentlichen Lebens sind die Folgenden:

- Bestechlichkeit und Bestechung, § 290 StGB
- Bestechlichkeit, § 291 StGB
- Auslegungsbestimmung, § 292 StGB
- Bestechung im Amt § 293 StGB
- Bestechlichkeit im Amt, § 294 StGB
- Bestechung in Gerichts-oder behördlichen Verfahren, § 295 StGB
- Bestechlichkeit in Gerichts-oder behördlichen Verfahren, § 296 StGB
- Versäumen der Anzeige von Bestechung, § 297 StGB
- Indirekte Einflussnahme, § 298 StGB
- Geschäfte durch Einflussmissbrauch, § 299 StGB.

Die zwei typischsten Korruptionsstraftaten sind der Bestechlichkeit und Bestechung und der Geschäfte unter Einflussmissbrauch. Meines Erachtens sind im ungarischen StGB recht strenge Sanktionen (in bestimmten Fällen Freiheitsstrafen von bis zu 10 Jahren) gegenüber Tätern von Korruptionsdelikten vorgesehen. Und auch die Praxis der richterlichen Rechtsprechung ist davon geprägt, dass selbst Abnehmer eines Schmiergelds von nur einigen Zehntausend Forint zu einer Freiheitsstrafe verurteilt werden.

Hierbei ist das Argument von Mihály Tóth zu bedenken, wonach die übertriebenen und lebensfremden Verbote sogar eine entgegengesetzte Wirkung auslösen dürften. Denn falls ein Teil der Rechtsnormen nicht einzuhalten ist, kann das rechtmäßige Verhalten auch anderswo in Zweifel gezogen werden. [14, S. 286.]

III. Strafrechtliche Mittel im Kampf gegen die Korruption in Ungarn

Der Kampf gegen die Korruption ist eine ziemlich heikle Angelegenheit, weil die Verfolger und die Verfolgten, die verantwortlich machenden und gemachten Beteiligten oft Mitglieder derselben Machtelite sind. Die Machthabenden bestrafen die Machtmissbrauchenden, und so kann die Sache

leicht zu einer «Familienangelegenheit» werden, die sich auf die Effektivität des Kampfes gegen Korruption auswirkt.

Die Begegnung der Korruption wird von dem sich in Richtung dieser kriminellen Erscheinung zeigenden ambivalenten Verhältnis der Menschen erschwert: Einerseits betrachten sie die Korruption als einen organischen Teil des politischen Systems, andererseits erheben sie mit voller Kraft Protest gegen dieselbige. [15, S. 40.]

Die Erscheinungsformen der Korruption, aber auch ihre rechtliche Beurteilung, sind nicht eindeutig. Ist beispielsweise ein Parlamentsabgeordneter strafrechtlich verantwortlich, der im Rahmen einer Investition von mehreren Milliarden Forint die Interessen seines Wahlkreises denen des Landes vorzieht?

Der Kampf gegen die Korruption ist kontextabhängig: Es hängt von den Kräfteverhältnissen innerhalb der Elite, beziehungsweise vom Verhältnis zwischen dem Großteil der Bevölkerung zu dieser Elite ab, ob die Strategien gegen die Korruption am Ende nur die öffentliche Meinung beruhigende Scheinstrategien oder effektive Maßnahmen sein werden. [16, S. 307.]

Die der Korruption den Kampf ankündigenden Gesetzgeber (Politiker) brauchen außer dem System der rechtlichen Mittel auch eine moralische Legitimierung, damit ihr Antikorruptionskampf von Erfolg gekrönt sein werde. [17, S. 85.] Die eine Korruptionsfreiheit verkündenden Regierungen können jedoch leicht zu Gefangenen ihrer eigenen Versprechungen werden und einen schnellen und nicht umkehrbaren Legitimierungsverlust erleiden. [18, S. 21.]

Falls wir die Genesis der Korruption in der moralischen Schwäche sehen, ist die Antikorruptionsstrategie mit einer richtigen Kombination von Straf- und Zahlungspolitik durchzuführen. Das kann zum einen in der Einführung eines äußerst strengen Sanktionssystems gegen Korruptionshandlungen zu finden sein. Zum anderen verlangt dies die Erhöhung der Durchschnittslöhne.

Man muss sich jedoch dabei im Klaren darüber sein, dass der Kampf gegen die Korruption auch ein ökonomisch begrenztes Optimum hat. Falls der Staat (z.B. Singapur) seine Politiker übermäßig gut bezahlt, können die auf diese Weise entstehenden Staatsausgaben den dem Staat infolge von Korruption herbeigeführten Schaden übersteigen. Dann lohnte es sich für den Staat eher – aufgrund der Rentabilitäts- und nicht moralischer Aspekte – den Korruptionsschaden hinzunehmen, als die den Politikern zu bezahlende Zusatzaufwendung zu übernehmen.

Im Zusammenhang mit der Zurückdrängung der Korruption haben die Vertreter verschiedener Disziplinen in Abhängigkeit von ihrem Tätigkeitsbereich und ihren Fachkenntnissen zahlreiche Gedanken vorgetragen. [19, S. 279.] Als Vertreter der Strafrechtswissenschaften formuliere ich im Folgenden einige Vorschläge und Ideen:

– Zum Erfolg des Kampfes gegen die Korruption braucht man zuerst ein einfacheres Rechtssystem. Die veralteten, aus der Mode gekommenen Rechtsnormen bedürfen einer Revision, die schlechten Rechtsnormen muss man aussieben. Die Rechtsetzung soll vereinfacht werden und soll keine *lex imperfecta* sein. Die Rechtsanwendung soll die Beteiligten in der Wirtschaft und auch die Staatsbürger nicht behindern, sondern fördern. [20, S. 302.]

– Die *ultima ratio*-Rolle des Strafrechts muss gewahrt bleiben. Man darf die Rolle der strafrechtlichen Sanktionen gegenüber Korruption weder unter-, noch überschätzen. Die Lösung der Probleme des gesellschaftlichen und politischen Lebens ist keine Rolle und keine Aufgabe des Strafrechts. In Ungarn hat sich nach der Wende eine Tradition etabliert, dass die jeweilige Macht die gesellschaftlichen Fehlentwicklungen mit strafrechtlichen Mitteln zu behandeln versucht. Auf dem Gebiet der Korruption sind die Fragen grundsätzlich nicht strafrechtlicher Natur, sondern betreffen den Bereich anderer Rechtszweige.

– Die Möglichkeiten des Zeugenschutzes müssen besser genutzt werden. In Korruptionsverfahren können gerade solche Personen (z.B. Sekretärin, Kraftfahrer) Kronzeugen sein, die über fast alle vorgeworfenen Sachverhalte eines Vorgesetzten (z.B. Bürgermeister, Unternehmungsdirektor) Informa-

tionen haben. Gleichzeitig steht häufig ihre gesamte Existenz auf dem Spiel. Wenn nun den Personen, die über Korruptionshandlungen Informationen geben können, ein effektiver Zeugenschutz zuteil würde, würde sich die «Zeugenaussagebereitschaft» vermutlich erhöhen und auch die Erinnerungsfähigkeit der Zeugen würde sich erhöhen. Im Zusammenhang mit dem Zeugenschutz soll jedoch angemerkt werden, dass das gegenwärtige Regelungssystem einer Weiterentwicklung bedarf. Die vom Staat gewährleistete Einkommensebene des im gegebenen Fall einen neuen Wohnsitz und/oder eine neue Identität erhaltenden Zeugen ist nämlich nicht sehr erstrebenswert.

– Der Zeugenschutz hängt oft mit einer Absprache über eine geständige Einlassung zusammen, beziehungsweise damit, dass der Gesetzgeber bemüht ist, die Absicht- und Interessengleichheit der bei der Korruption Beteiligten durch eine «Selbstanzeige» oder der Aussicht auf Straffreiheit [§ 255/A StGB] zu brechen.

– Die Welt der Korruption ist geprägt von einer tiefen Konspiration, vom Kontakt durch Vermittlungsketten, von «kodierte(n)» (chiffrierte(n)) Sprach- und Nachrichtenwechsellern (z.B. «Lobbygeld», «Schmiergeld», «Gebäck», «Klub der begünstigten Unternehmer», «Rosine» usw.). Um die Ermittlungsergebnisse zu erhöhen, darf man den Einsatz von verdeckten Ermittlungsbeamten beziehungsweise geheimdienstlichen Mitteln nicht scheuen.

– Von Fachleuten aus Theorie und Praxis wird immer wieder gefordert, dass sich die speziellen Normen zur Beweisführung im Falle von Korruptionsdelikten auf die vermuteten Täter beziehen sollen. Die Umkehrung der Beweislast als ein Novum im Strafrecht würde bedeuten, dass der Beschuldigte den legalen Ursprung des Korruptionsvermögens beweisen muss. Kann er das nicht, weil es z.B. es hinter dem Vermögen kein besteuertes Einkommen gibt, würde dies für ihn einen belastenden Umstand (belastende Tatsache) bedeuten. Meines Erachtens gäbe die Umkehrung der Beweislast den Strafverfolgungsbehörden ein Instrument in die Hand, das schwere Missbräuche ermöglichen würde – etwa die moralische Liquidierung des politischen Gegners. Und das wäre auf jeden Fall eine nicht wünschenswerte Erneuerung.

– Seitens der jeweiligen Regierung kommt der Vorschlag, dass eine selbstständige Behörde (z.B. ein Amt für den Schutz der öffentlichen Ordnung, ein Amt gegen die Korruption) für den Kampf gegen die Korruption gegründet werden sollte. Meiner Meinung nach ist das eine völlig falsche und fachlich unbegründete Vorstellung, weil das nur zur Verdoppelung der Strafverfolgungsbehörden, zum Kompetenzgerangel, zum Informationsverlust und zur Rivalität einzelner Behörden untereinander führen könnte.

– Es bedarf eines schnellen Beitritts zu internationalen und europäischen (politischen) Abkommen zur Korruptionsbekämpfung vom strafgerichtlichen Gegenstand beziehungsweise die Anpassung der ungarischen materiellen Rechtsnormen des Strafverfahrens und der Vollstreckung an die internationalen Standards (Harmonisierung). [21, S. 468-469.]

Im Kampf gegen die Korruption kann – meines Erachtens – das Gesetz Nr. LXXXIX aus dem Jahre 2011 über die Änderung der einzelnen Gesetze des Verfahrens und der die Justiz betreffenden anderen Gesetze als negativer Meilenstein betrachtet werden, der das Gesetz Nr. XIX aus dem Jahre 1998 über das Strafverfahren änderte.

Diese Modifizierung der Rechtsnorm hat im Falle der sog. Strafsachen von hervorragender Bedeutung (schwere Straftaten) – wie die der Korruptionsverbrechen – zum Zweck der Verfahrensbeschleunigung spezielle Strafrechtsnormen festgesetzt.

In der Geschichte des ungarischen Strafprozessrechts kann es wohl als beispiellos bezeichnet werden, dass die Zeitdauer der vorübergehenden Festnahme bei schweren Straftaten statt der nach den allgemeinen Normen festgesetzten 72 Stunden 120 Stunden betragen kann und in den ersten 48 Stunden der Haft der Staatsanwalt (!) den Kontakt des Beschuldigten mit dessen Verteidiger verbieten darf.

Das – und andere im Gesetz beschriebene Änderungen – hat ein so ernstes fachliches Befremden hervorgerufen, dass der Präsident des Obersten Gerichts der Republik Ungarn die nachträgliche

Feststellung der Verfassungswidrigkeit und die Prüfung der Vereinbarkeit mit internationalem Recht beim Verfassungsgericht der Republik Ungarn beantragte.

Das Verfassungsgericht hat mit seinem Beschluss 115/2011 (20. 12.) AB die Einschränkung der Rechte des Beschuldigten und des Verteidigers in vollem Umfang für verfassungswidrig erklärt. Man solle einsehen, dass die über Jahrhunderte bewährten Justizgrundrechte des verfassungsmäßigen (konstitutionellen) Strafrechts im Interesse einer erfolgreicherer Strafverfolgung nicht aufgegeben werden dürfen.

Insgesamt: Der Kampf gegen die Korruption scheint ein nicht enden wollender Krieg zu sein und man muss wissen, dass sich auch der (oft) minimale Erfolg erst nach einer sehr langen Zeit zeigt. Trotzdem dürfen wir auf ihre Verfolgung nicht verzichten, weil dies nichts anderes wäre als eine stille Einlassung auf den Handel mit der Schuld.

Literatur:

1. Kránitz, M. A korrupció utolsó huszonöt éve Magyarországon [Die letzten 25 Jahre der Korruption in Ungarn]. Posztumusz tanulmány [Posthumus Aufsatz]. In: Ügyészek Lapja, [Zeitschrift der Staatsanwälte], 2006, No.5, pp 25-40.
2. Lambsdorff, J. G. Corruption in Empirical Research – A Review. In Transparency International Working Paper, 1999. 1-18. http://gwdu05.gwdg.de/~uwvw/downloads/contribution05_lambsdorff.pdf (25.10.2013.)
3. Rose-Ackerman, S. Corruption: Greed, Culture, and the State. In: The Yale Law Journal Online 2010, Essay Volume 120. Tuesday, 09 November. 125-140. <http://yalelawjournal.org/images/pdfs/910.pdf> (25.10.2013.)
4. Mauro, P. Why Worry About Corruption? In: Economic Issues 6. International Monetary Found. Washington. D. C. 1997, pp.1-13. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/issues6/issue6.pdf> (25.10.2013.)
5. Alemann, von U. Zu aller Zeit an jedem Ort – Kleine Geschichte der Korruption. In: Der Überblick – Zeitschrift für ökumenische Begegnung und internationale Zusammenarbeit 02/2006, pp. 22-23.
6. Transparency International <http://cpi.transparency.org/cpi2012/results/> (25.10.2013.)
7. Tóth, M. Einführung in das ungarische Strafrecht. Schenk Verlag GmbH. Passau, 2006.
8. Korinek, L. Abünözés visszatükröződése. Latensbűnözés, bűnözésábrázolás, félelemabünözéstől. [Die Widerspiegelung der Kriminalität. Das Dunkelfeld der Kriminalität, Kriminalitätsdarstellung, Furcht vor Kriminalität.]. In Szerk.: [Hrsg.] Gönczöl Katalin – Kerezsi Klára – Korinek László – Lévay Miklós: Kriminológia – Szakkriminológia [Kriminologie – Fachkriminologie]. Complex Kiadó Jogi és Üzleti Tartalomszolgáltató Kft. Budapest, 2006, pp.247-272.
9. Gál, I.L. Gazdasági büntetőjog közgazdászoknak [Wirtschaftsstrafrecht für Ökonomen]. Akadémiai Kiadó. Budapest, 2007.
10. Thum, M. Korruption und Schattenwirtschaft. In: Working Paper. Dresden discussion paper in economics, 2005, No. 09/05. pp. 1-29.
11. Beckmann, K. – Gerrits, C. Armutsbekämpfung durch Reduktion von Korruption: eine Rolle für Unternehmen? In: Diskussionspapier. Helmut-Schmidt-Universität Universität der Bundeswehr Hamburg, Fächergruppe Volkswirtschaftslehre, 2008, No. 83. pp. 1-31.
12. Beck, L. Anticorruption in Public Procurement – A Qualitative Research Design. In: Dissertation zur Erlangung des Grades eines doctor rerum politicarum (Dr.rer.pol.). Passau, Februar 2012. pp. 1-152.
13. Küpper, H. Ungarn: Auf dem Weg zum gläsernen Beamten. In: Küpper, Herbert (Hrsg.): Korruptionsbekämpfung in Osteuropa. Berichte zu Ungarn, Kroatien, Bulgarien, der Slowakischen und der Tschechischen Republik, Polen und Rumänien. forost Arbeitspapier Nr. 46. Forschungsverbund Ost-und Südosteuropa. München, 2009, pp. 375-539.

14. Tóth, M. Adalékok a kriminális korrupció megítélésének néhány újabb kérdéséhez [Glossen zu einigen neuen Fragen der kriminellen Korruption]. In: Politika és korrupció – A törvényesség és a törvénytelenység határai [Politik und Korruption – An der Grenze der Gesetzlichkeit und der Gesetzwidrigkeit]. Konferencia kötet [Konferenzband]. Szerk.: [Hrsg.] Csefkó, Ferenc – Horváth, Csaba). Pécsi Tudományegyetem Állam-és Jogtudományi Kar, PTE ÁJK Politikatudományi és Társadalomelméleti Tanszék, Pécs-Baranyai Értelmiségi Egyesület [Pécs-Baranya intellektueller Verein]. Pécs, 2010, pp. 284-293.
15. Gulyás, Gy. *A politikai korrupcióról* [Über die politische Korruption]. In: Politikai korrupció [Politik und Korruption]. Szerk.: [Hrsg.] Gulyás, Gyula. AULA Kiadó, Budapest, 2004, 7-43.
16. Gál, I. L. *A gazdasági vesztegetés, mint a gazdasági büntetőjog része és a politikai korrupció egyik kísérőjelensége* [Die Wirtschaftskorruption als Teil des Wirtschaftsstrafrechts und ein Begleitphänomen der politischen Korruption]. In: Politika és korrupció – A törvényesség és a törvénytelenység határai [Politik und Korruption – An der Grenze der Gesetzlichkeit und der Gesetzwidrigkeit]. Konferencia kötet [Konferenzband]. Szerk.: [Hrsg.] Csefkó, Ferenc – Horváth, Csaba). Pécsi Tudományegyetem Állam-és Jogtudományi Kar, PTE ÁJK Politikatudományi és Társadalomelméleti Tanszék, Pécs-Baranyai Értelmiségi Egyesület [Pécs-Baranya intellektueller Verein], Pécs, 2010, pp. 306-312.
17. Maravić, P. – Reichard, C. New Public Management and Corruption: IPMN Dialogues and Analysis. In: International Public Management Review. Electronic Journal, 2003, Volume 4. Issue 1. pp. 84-130. (<http://www1.imp.unisg.ch/org/idt/ipmr.nsf/>) (25.10.2013.)
18. Lambsdorff, J. G. – Beck, L. Korruption als Wachstumsbremse. In: APuZ Aus Politik und Zeitgeschichte, 2009, No.3-4. 19-25.
19. Eigen, P. – Eigen-Zucchi, C. Korruption und globale öffentliche Güter. In: Prokla. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft. Heft 131, 2003, 33.Jg. Nr.2. pp. 257-281.
20. Kőhalmi, L. Büntetőjogi eszközök a politikai korrupció elleni küzdelemben [Strafrechtliche Mittel im Kampf gegen die politische Korruption]. In: Politika és korrupció – A törvényesség és a törvénytelenység határai [Politik und Korruption – An der Grenze der Gesetzlichkeit und der Gesetzwidrigkeit]. Konferencia kötet [Konferenzband]. Szerk.: [Hrsg.] Csefkó, Ferenc – Horváth, Csaba). Pécsi Tudományegyetem Állam-és Jogtudományi Kar, PTE ÁJK Politikatudományi és Társadalomelméleti Tanszék, Pécs-Baranyai Értelmiségi Egyesület [Pécs-Baranya intellektueller Verein]. Pécs, 2010, pp. 294-305.
21. Végvári, R. Vesztegetés [Bestechung]. In: Az Európai Büntetőjog Kézikönyve [Handbuch des europäischen Strafrechts]. Szerk.: [Hrsg.] Kondorosi, Ferenc – Ligeti, Katalin. Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, Budapest, 2008, pp. 459-475.

Байлов А. В.,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права та кримінології Харківського національного університету внутрішніх справ

ТЯЖКА ОБРАЗА ЯК ОБСТАНОВКА ВЧИНЕННЯ УМИСНИХ ЗЛОЧИНІВ, СКОЄНИХ У СТАНІ СИЛЬНОГО ДУШЕВНОГО ХВИЛЮВАННЯ

Чинний Кримінальний кодекс України (далі – КК) встановлює відповідальність за посягання на життя та здоров'я особи, що вчинені в стані сильного душевного хвилювання: за вбивство (ст. 116 КК) і за заподіяння тяжкого тілесного ушкодження (ст. 123 КК). Їх склади визнаються привілейованими, тому вони відносяться до злочинів з пом'якшуючими обставинами.

Обстановка вчинення злочинів, скоєних у стані сильного душевного хвилювання визначена як конкретні об'єктивно-предметні умови, що виявляються у віктимній поведінці потерпілого. Вона виявляється в його протиправних діях – у протизаконному насильстві, систематичному знущанні чи в тяжкій образі. Ці дії, що є підставою виникнення стану сильного душевного хвилювання. Вважаємо за доцільне проаналізувати дії потерпілого від умисних злочинів, вчинених в стані сильного душевного хвилювання, які виражаються у тяжкій образі.

У теорії кримінального права головною проблемою стосовно поняття «тяжка образа» було визначення співвідношення понять «тяжка образа», яке передбачене статтями 116, 123 КК, і «образы», яке було передбачене ст. 126 КК 1960 року. У зв'язку з цим існує кілька напрямів у визначення поняття «тяжка образа». Перш за все, це пояснюється тим, що зазначені поняття є оцінними.

Прихильники першого напрямку визначають поняття «тяжка образа», виходячи зі змісту ст. 126 КК 1960 року, яка вже втратила чинність, але з указівкою на особливість форми образи. Наприклад, М.Й. Коржанський зазначає, що під тяжкою образою слід розуміти грубе й цинічне приниження особи [1, с. 33]. В.В. Єраксін зазначає: «Під тяжкою образою слід розуміти випадки глибокого приниження гідності особистості» [2, с. 203]. В.В. Сташис і М.І. Бажанов вказували на те, що тяжкою образою є приниження честі і гідності особи, яке виражене в такій непристойній формі, яка вважається особливо образливою [3, с. 54]. В.К. Грищук та М.І. Мельник під тяжкою образою розуміють умисне грубе приниження честі і гідності суб'єкта, яке може бути вчинене в будь-якій формі [4, с. 283]. На думку С.В. Бородіна, «образы може бути визнана тяжкою тільки за умови, якщо вона характеризується винятковим цинізмом, приниженням честі й людської гідності або виражена інакше, але фактично рівнозначна за своєю тяжкістю психічному насильству; у ряді випадків тяжкою має визнаватися така образы, яка містить склад злочину, передбачений ст. 130 КК РФ (ст. 126 КК 1960 р.)» [5, с. 194-195].

Автори другого напрямку вказують на те, що тяжка образы не обов'язково повинна відповідати змісту диспозиції ст. 126 КК 1960 року. Зокрема, вона не обов'язково має виражатися в непристойній формі. Наприклад, М.І. Загородніков висловив думку, що до тяжкої образи слід відносити: обвинувачення в тяжкому злочині, приниження національного почуття, підкреслення в непристойній формі фізичних вад людини, наругу над батьківською любов'ю тощо. При цьому, на його думку, образливі дії можуть бути позбавлені юридичних ознак складу образи [6, с. 191-192]. А.М. Красиков вважає, що підставою виникнення сильного душевного хвилювання (афекту) може бути як кримінально-карна образы, так і образы, що не підпадає під ознаки статті, яка передбачає кримінальну відповідальність за образы. Тяжко образити можна словом, дією, жестом, листом, карикатурою і т. ін. Тяжкість образи повинна встановлюватися в кожному конкретному випадку [7, с. 110-111]. Деякі правники висловлюють думку про те,

що образа не обов'язково має виражатися в непристойній формі. Крім того, в певних ситуаціях не завжди може бути намір збоку потерпілого на приниження честі й гідності винної особи [8, с. 11; 9, с. 121].

Вищевикладене дає підстави дійти висновку, що правова література не містить точної дефініції поняття «тяжка образа», бо воно є повністю оцінним. Для його визначення достатньо, щоб було встановлено приниження людської гідності й честі незалежно від форми його вираження. Форма вираження образи, тобто яким чином вона відбулася – письмово, усно, шляхом конклюдентних дій тощо, значення не має. Головним є те, що образливі дії приводять винного до стану сильного душевного хвилювання.

Особливу актуальність мають критерії визначення тяжкої образи. Необхідно з'ясувати, що є визначальним – об'єктивний критерій (характер дій потерпілої особи, що приводять винного до стану сильного душевного хвилювання) чи суб'єктивний критерій. Щодо розв'язання цього питання серед науковців немає одностайності.

Більшість учених вважає, що визнання образи тяжкою є прерогативою суду. Тільки суд, виходячи з усіх обставин справи, керуючись своєю правосвідомістю, а також враховуючи психологічні й індивідуальні особливості винного, може визнати образу тяжкою. Так, Т.В. Сисоєва зазначає, що законодавець не називає критерії ступеня тяжкості образи, а тому тяжка образа є оцінною категорією [10, с. 16]. Автор вважає, що в оцінці тяжкості образи слід керуватися загально визнаними нормами моралі, але потрібно враховувати й індивідуальні характеристики особистості самого винного (хворобливий фізичний і душевний стан, вагітність тощо) [10, с. 16]. На думку В.В. Сташиса та М.І. Бажанова, «питання про те, яку образу вважати тяжкою – це питання факту, що вирішується судом в кожному конкретному випадку. Тому для правильного вирішення питання, чи була образа, що викликала сильне душевне хвилювання, тяжкою, повинні бути досліджені всі обставини справи в їх сукупності» [3, с. 54-55]. З точки зору Т.В. Кондрашової, для визначення наявності тяжкої образи, як і для встановлення непристойної форми, у якій вона висловлена, необхідно використовувати два критерії: об'єктивний і суб'єктивний. До об'єктивного критерію вона відносить моральність, що існує в суспільстві в даний період часу, а до суб'єктивного – індивідуальні психолого-вікові особливості винного, тип його темпераменту, належність до певних соціальних груп [11, с. 145]. Однак у літературі трапляються й інші точки зору щодо цього питання. Деякі автори роблять акцент на суб'єктивних критеріях визначення тяжкої образи. Так, Г.Н. Іванов зазначає, що різні люди залежно від емоційних особливостей і відповідної норми реакції неоднаково сприймають однорідні образливі дії. Тому у випадку, якщо ситуація не дозволяє дати однозначної оцінки дій як тяжкої образи, повинна бути призначена комплексна психолого-психіатрична експертиза для визначення можливості виникнення афективної реакції в даного суб'єкта стосовно даної ситуації [12, с. 73]. Підтримуючи точку зору Г. Н. Іванова, А. Н. Красиков вважає, що тяжка образа має тлумачитися на основі здібностей, що сприймаються суб'єктом злочину [7, с. 112]. О. М. Попов відзначає, що правильне посилання на необхідність обов'язково враховувати психоемоційні особливості винного в афектованому вбивстві у відриві від оцінки дії потерпілого може призвести до численних помилок при кваліфікації злочинів [9, с. 120]. У зв'язку з цим вчений зауважує, що визнання образи тяжкою – це питання факту. Ми ніколи не зможемо вирішити проблему наявності підстав виникнення афекту, якщо не оцінимо всі обставини в сукупності. У цьому питанні не можна віддавати пріоритет ні об'єктивним, ні суб'єктивним критеріям [9, с. 121].

Деякі автори вказують на те, що в основу оцінки образи кладеться перш за все зміст і форма поведінки потерпілого, а не суб'єктивне сприйняття винним образи [13, с. 143]. Таким чином, автори віддають пріоритет об'єктивному критерію визначення тяжкої образи.

Інші автори вказують на те, що питання про ступінь тяжкості образи розв'язується лише з урахуванням конкретних обставин справи. Адже кожна образу можна вважати такою, що

викликає стан фізіологічного афекту і тягне за собою вбивство [14, с. 274]. З точки зору В. І. Ткаченка, в основі визнання образи тяжкою має лежати не суб'єктивний або об'єктивний критерій, а ознака протиправності дій образника. На його думку, не будь-яка суб'єктивно тяжка образа є протиправною, тому що фактично, коли образа викликає афект, вона суб'єктивно завжди тяжка. Так само не будь-яка образа, як би глибоко вона не торкалася почуття людини, якщо вона не є протиправною, може бути основою для кваліфікації злочину як вчиненого в стані афекту. Ознакою же протиправності, з позиції В. І. Ткаченка, буде те, що образа висловлена в непристойній формі [15, с. 19-21].

З позицією В. І. Ткаченка важко було б погодитись, пояснюючи це тим, що за такого підходу відсутня межа між тяжкою образою та образою, яка була передбачена КК 1960 року, а значить, будь-яка образа автоматично стає тяжкою, бо за законом вона мала б бути висловлена в непристойній формі. Але, враховуючи той факт, що чинне кримінальне законодавство не передбачає кримінальної відповідальності за образу і цим не розкриває змісту, критеріїв тяжкої образи, зазначеної у статтях 116, 123 КК й образи взагалі, позиція В. І. Ткаченка набуває сенсу.

Погоджуємося з позиціями тих авторів, які вважають, що тяжкість образи, її ступінь, повинні визначатися судом на підставі врахування всіх конкретних обставин справи. У розв'язанні цього питання не можна також віддавати пріоритет ні об'єктивним, ні суб'єктивним критеріям. Такі критерії мають враховуватись у сукупності пропорційно.

Як уже було нами з'ясовано, учені-криміналісти визначали і визначають тяжку образу, виходячи із поняття «образы», яке було передбачене статтею 126 КК 1960 р. Аналіз судової практики дозволяє зробити висновок, що найбільшу кількість помилок суди допускають при кваліфікації дій, що вчиняються у відповідь на тяжку образу збоку потерпілого. Складність рішення даного питання полягає перш за все в тому, що поняття «тяжка образа» набуто високим рівнем оцінного характеру.

З нашої точки зору образа, яка викликає сильне душевне хвилювання (або приводить винного до стану сильного душевного хвилювання) завжди буде тяжкою. При цьому, якщо образа збоку потерпілого викликала у винного стан сильного душевного хвилювання, то цей стан має підтверджуватися об'єктивними обставинами. Крім того, важливим моментом є характер і зміст поняття образи.

Слід зазначити, що при визнанні образи повинен враховуватись рівень моральності того соціального оточення, до якого належить і до якого себе відносить винний при афектованому злочині. Не можна, оцінюючи вчинене потерпілим, брати за основу моральність, що існує в суспільстві в даний період, тому що остання – це внутрішні, духовні якості, якими керується людина. Це етичні норми або правила поведінки, обумовлені цими якостями.

У зв'язку з цим пропонуємо в диспозиціях статей 116, 123 КК відмовитися від терміну «тяжка образа» й замінити терміном «образы», під яким слід розуміти умисне приниження честі й гідності особи, виражене в будь-якій формі.

Вважаємо, що в даному випадку законодавець надасть можливість у правозастосовчій практиці запобігти труднощам, які виникають: а) при визначенні таких оцінних понять, як «глибоке приниження», «особливе приниження», «тяжкість образи» тощо; б) у зв'язку зі співвідношенням раніше існуючого законодавчого поняття «образы» і поняття «тяжка образа»; в) при кваліфікації дій винних, що заподіяли шкоду життю та здоров'ю потерпілого, перебуваючи у стані кумулятивного афекту.

Список використаних джерел:

1. Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів проти особи і власності / М.Й. Коржанський. – К.: Юрінком, 1996. – 144 с.
2. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. В.И. Радченко; Науч. ред.: А.С. Михлин, И.В. Шмаров. – М., Вердикт, 1994. – 203 с.

3. Сташис В.В., Бажанов М.І. Особа – під охороною кримінального закону / В.В. Сташис, М.І. Бажанов. – Х.: Право, 1996. – 225 с.
4. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Каннон, 2001. – 1104 с.
5. Бородин С.В. Преступления против жизни / С.В. Бородин. – М.: Юристъ, 1999. – 356 с.
6. Загородников Н.И. Преступления против жизни по советскому уголовному праву / Н. И. Загородников. – М.: Госюриздат, 1961. – 278 с.
7. Красиков А.Н. Ответственность за убийство по российскому уголовному праву / А.Н. Красиков. – Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1999. – 124 с.
8. Бурко О.В. Кримінальна відповідальність за вчинення умисного вбивства в стані сильного душевного хвилювання / О.В. Бурко: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08. – К., 1997. – 18 с.
9. Попов А.Н. Преступление против личности при смягчающих обстоятельствах А.Н. Попов. – Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2001. – 465 с.
10. Сысоева Т.В. Убийство, совершенное в состоянии аффекта (уголовно-правовые и вихимологические аспекты) / Т.В. Сысоева: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Екатеринбург, 2000. – 23 с.
11. Кондрашова Т.В. Проблемы уголовной ответственности за преступления против жизни, здоровья, половой свободы и половой неприкосновенности / Т.В. Кондрашова. – Екатеринбург, 2000. – 197 с.
12. Уголовное право. Особенная часть: Учебник / Под ред. Н.И. Ветрова, Ю.И. Ляпунова. – М., 1988. – 638 с.
13. Советское уголовное право. Учебное пособие. / Под ред. Е.А. Смирнова, А.Ш. Якупова. – Киев: НИ и РИО КВШ МВД СССР, 1975. – 456 с.
14. Чернишова Н.В. Кримінальне право України. (Загальна частина). Навчальний посібник / Н.В. Чернишова. – К.: Атіка, 2003. – 288 с.
15. Ткаченко В.И. Ответственность за умышленные преступления против жизни и здоровья, совершенные в состоянии аффекта / В.И. Ткаченко. – М., 1979. – 244 с.

Врубель О. Р.,

аспірант кафедри кримінального права Ягеллонського Університету у Кракові (Польща)

АНАЛІЗ ПРОЕКТУ ЗАКОНУ «ПРО ЛІКУВАННЯ ОСІБ З ПСИХІЧНИМ РОЗЛАДОМ, ЯКИЙ СПРИЧИНЮЄ НЕБЕЗПЕКУ ДЛЯ ЖИТТЯ, ЗДОРОВ'Я АБО СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ІНШИХ ОСІБ»

25 жовтня 2013 р. Президентіві Республіки Польща подано на підпис Закон «Про лікування осіб з психічним розладом, який викликає небезпеку для життя, здоров'я або статевої свободи інших осіб» (сеймовий друк 1577) (далі Проект). Закон цей, ще на етапі опрацювання в парламентських комісіях, був дуже дискусійним. У чому ж полягає його контрверсійність?

Проект Закону передбачає можливість проведення терапії в умовах ізоляції найбільш небезпечних злочинців, щодо яких не було підстав призначення примусових заходів медичного характеру після відбуття покарання, за наявності трьох умов:

особа відбуває покарання позбавлення волі в терапевтичній системі або ж в пенітенціарному закладі закритого типу у відповідному відділі або ж кімнаті, в умовах, які забезпечують підвищений рівень захисту суспільства і безпеку закладу;

під час виконання покарання у особи виявлено психічний розлад виражений у розумовій відсталості, розладі особистості або ж порушенні сексуальних преференцій;

характер захворювання вказує на те, що з'являється висока ймовірність вчинення насильницького злочину або загроза вчинення злочину проти життя, здоров'я або статевої свободи – за які передбачено покарання якого верхня межа не менша ніж 10 років.

Проект поширюється на «осіб, які створюють загрозу», що дає можливість стверджувати, що основна мета даного Проекту, полягає в ізоляції небезпечних злочинців від суспільства.

Польський законодавець прийняв у Проекті модель німецького Закону від 22 грудня 2010 р. «Про терапію та поміщення у відповідному закладі суб'єктів злочину з психічним розладом, які вчинили насильницький злочин». Аналогічні конструкції передбачено у законодавстві Бельгії, Норвегії, Данії, Словаччини, Швейцарії та Італії.

Серед юристів переважає, на нашу думку, обґрунтований негативний підхід до пропонованих у Проекті конструкцій.

Одним з найвагоміших аргументів проти введення даного Закону є те, що стаття 95а Кримінального кодексу Польщі вже передбачено можливість реакції на злочини вчинені такими особами, але перед виданням вироку у справі, а також стаття 23 Закону «Про охорону психічного здоров'я» передбачає можливість поміщення особи поведінка якої дає підстави стверджувати, що вона несе небезпеку для свого життя або життя і здоров'я інших осіб [1, с. 5].

Наступним аргументом проти введення Проекту є мета застосування зазначених примусових заходів. Згідно Проекту метою примусового заходу є не ізоляція, а, насамперед, лікування особи як такої, доказом чого є, наприклад, наявність неізоляційних примусових заходів, хоча Проект в цілому спрямований передусім на ізоляцію [2, с. 5].

Важливим аргументом проти введення цього Проекту є факт, що пропонований примусовий захід суперечить праву і є по суті «покаранням після покарання» [3, с. 6]. Розвиваючи цей аргумент противники вказують, що він порушує Конституцію Республіки Польща, зокрема пункт 1 статті 42, відповідно до якого, кримінальній відповідальності підлягає особа, яка вчинила злочин. Проект встановлює примусові заходи, які прирівнюються покаранню за діяння, якого не було [4, с. 3]

Поширеним аргументом проти Проекту є можливість зловживання примусовими заходами,

що передбачені Проектом, органами пенітенціарних закладів та органами поліції. Наприклад, керівники закладу можуть погрожувати, застосуванням примусових заходів до в'язнів, які не вирізняються взірцевою поведінкою.

Прихильники цього Проекту вказують на факт, що історично, ця конструкція не є новою для системи кримінального права Польщі. Наприклад, статтею 84 Кримінального кодексу 1932 року, передбачалася можливість поміщення у закладі для «непоправних» злочинців, особи, яка три рази вчиняли злочин, або ж особи, яка була професійним злочинцем. Строк перебування у такому закладі залежав від потреб конкретного злочинця, але не міг бути меншим ніж 5 років. Стаття 83 Кодексу передбачала, що якщо злочин, вчинений особою, був пов'язаний з відразою до роботи, то суд, у таких випадках, міг скерувати злочинця до «закладу для примусових робіт» на термін до 5 років. Кримінальний кодекс 1969 року не передбачав примусових заходів, а передбачав нагляд куратора; якщо ж цей нагляд був недостатнім, то застосовувалося поміщення порушника у «закладі соціальної адаптації» на 5 років [5, с. 3-4].

Під час переходу від комуністичного ладу до демократичного (80-90 рр. ХХ ст.) у Польщі ліквідовано смертну кару, і злочинцям, яким було призначено цей вид покарання, замінено на покарання у вигляді позбавлення волі на 25 років. Деяким з цих осіб нещодавно закінчився строк відбування покарання і не зауважено у них жодних позитивних змін, а навіть навпаки появилася загроза, що вони й надалі будуть скоювати тяжкі злочини. Така ситуація стала передумовою створення обговорюваного Проекту, проте, як бачимо, мета Проекту – захист суспільства від небезпечних злочинців, реалізувалася законодавцем у не зовсім відповідний спосіб, з багатьма недоліками. Беручи до уваги позитивні та негативні погляди на Проект, можна зробити висновок, що для введення його в дію він вимагає серйозного, детального доопрацювання.

Список використаних джерел:

1. Dr hab. Andrzej Sakowicz «Opinia na temat projektu ustawy o postępowaniu wobec osób zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (druk sejmowy nr 1577), Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa, 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.sejm.gov.pl/

2. Dr hab. Andrzej Sakowicz «Opinia na temat projektu ustawy o postępowaniu wobec osób zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (druk sejmowy nr 1577), Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa, 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.sejm.gov.pl/

3. Dr hab. Andrzej Sakowicz «Opinia na temat projektu ustawy o postępowaniu wobec osób zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (druk sejmowy nr 1577), Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa, 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.sejm.gov.pl/

4. Dr. Ryszard Piotrowski «Opinia w przedmiocie zgodności z Konstytucją RP projektu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (druk nr 1577)» Warszawa, 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.sejm.gov.pl/

5. Prof. dr hab. Piotr Kruszyński, Dr Marcin Warchoła «Opinia prawna na temat rozwiązań zaproponowanych w rozdziale I rządowego projektu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (druk nr 1577), w szczególności dotyczących katalogu osób objętych propozycją i jakie konsekwencje mogą wystąpić w przypadku zastosowania tak szerokiego katalogu osób.» Warszawa, 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.sejm.gov.pl/

Демченко І. М.,

аспірант, асистент кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДО ПИТАННЯ ПРО СИСТЕМАТИЗАЦІЮ ПОЛОЖЕНЬ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ КК УКРАЇНИ, ЩО ВПЛИВАЮТЬ НА ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ

Переважна більшість науковців здійснюючи систематизацію норм Загальної частини КК, які враховуються при призначенні покарання, поділяють їх на загальні та спеціальні. Це обумовлено тим, що у КК України, поряд із загальними нормами про призначення покарання, які застосовуються до усіх випадків призначення покарання, існують спеціальні норми, які або направлені на уточнення положень загальних норм або встановлюють нові межі покарань, порівняно із санкцією статті (частини статті) ОЧ КК або встановлюють окремі правила призначення покарання.

Систематизація положень Загальної частини КК України в першу чергу залежить від окреслення обсягу норм, які впливають на призначення покарання. Позиції авторів з даного питання розділилися, проте, не претендуючи на істинність, видається можливим їх узагальнити в рамках кількох підходів – широкого, вузького та поміркованого. Широкий підхід, який з'явився ще на початку 70-их років ХХ століття і в подальшому здобув підтримку, зводиться до того, що суд повинен враховувати широке коло положень Загальної частини КК (не тільки норми, що прямо регулюють призначення покарання, а й норми які впливають на вирішення питання про наявність складу злочину). Дана позиція здається обґрунтованою лише в тій мірі, що оскільки законодавець конкретно не визначає положення Загальної частини КК, які необхідно враховувати при призначенні покарання, то це теоретично означає, що повинні враховуватися усі без виключення положення Загальної частини КК. Проте, цілком очевидним є і те, що врахування усіх без виключення положень Загальної частини КК при призначенні покарання не виправдано. Тому, широкий підхід видається недостатньо обґрунтованим. Більш того, одним із аргументів проти такої позиції можуть бути положення Кримінального процесуального кодексу, відповідно до норм якого, при ухваленні вироку судом питання щодо наявності діяння, складу правопорушення, вини, вирішується до вирішення питання про міру покарання (ст.368, ч.3, 4 ст. 374 КПК України).

Прихильники вузького підходу, навпаки, вважають, що вплив на призначення покарання повинні мати лише норми, які вміщені у однойменному розділі. Вузький підхід також не може претендувати на обґрунтованість, адже формальна відокремленість тих чи інших норм в певному розділі кримінального закону ще не означає, що в ньому сконцентровані всі норми, які регулюють певну однорідну групу суспільних відносин, яка визначається назвою розділу. Те ж саме спостерігається і щодо норм, які впливають на призначення покарання, основна частина яких зосереджена в якості своєрідного «ядра» в розділі про призначення покарання (розділ XI КК України), але інші – в інших розділах кодексу або й в інших джерелах кримінального права (наприклад, постановках Пленуму Верховного суду України та інформаційних листах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ). Більшість вчених, які досліджують питання призначення покарання сходяться на думці, що призначаючи покарання суд повинен: дотримуватися положень, передбачених у розділі XI (ст. 65-73), враховувати мету покарання, яка визначена у ст. 50 КК, керуватися послідовністю розташування видів покарання у ст. 51 КК, а при вирішенні питання, яке з них є більш суворим, орієнтуватись на законодавчий поділ покарань на основні та додаткові (ст. 52 КК), виконувати положення тих

статей Загальної частини КК, які передбачають конкретні види покарань, визначають зміст кожного з них, умови застосування, особливості призначення тощо, враховувати особливості та обмеження встановлені щодо призначення покарання неповнолітнім, дотримуватись спеціальних правил призначення покарання, встановлених щодо особливих кримінально-правових ситуацій (ч.3 ст.43, ч.4 ст.49, ч.5 ст.80).

Класифікація норм Загальної частини КК, які впливають на призначення покарання, виходячи із законодавчого їх розташування у розділах КК, не в повній мірі здатна показати систему цих норм. Проте, вона дозволяє виокремити ті норми, які прямо чи опосередковано впливають на призначення покарання. Так, в першу норми, це норми розділу XI КК України, положення розділу X КК України (щодо цілей покарань, їх видів та меж, обмежень щодо призначення окремих видів покарань та обставин, що враховуються при призначенні окремих видів покарань), а також положення ст. ст. 98-103, ч. 5 ст. 107 розділу XV КК (в частині видів покарань, які застосовуються до неповнолітніх, їх меж та особливостей призначення).

Існування окремих норм, які впливають на призначення покарання в окремих розділах X, XI та XV КК є виправданим певною мірою законодавчою технікою. Розміщення ж норм і в інших розділах КК (окрім X, XI, XV) свідчить, швидше, про невідповідність форми вираження (законодавчого закріплення) правовому змісту (фактичної цілісності, взаємозв'язку елементів) системи норм, які впливають на призначення покарання і не виправдовує їх винесення за межі її складу. До таких норм, які впливають на призначення покарання відносяться: ч. 2 ст. 20 КК (щодо врахування обмеженої осудності при призначенні покарання); ст. 35 КК (щодо врахування сукупності, повторності та рецидиву при призначенні покарання) в частині своєрідного доповнення до ст. 67, 70, 71 КК; ч.3 ст.43 КК (щодо неможливості застосування довічного позбавлення волі та зменшення розміру покарання у виді позбавлення волі на певний строк); ч.4 ст.49 КК (щодо заборони застосування довічного позбавлення волі у випадках закінчення строків давності притягнення до кримінальної відповідальності); ч. 3 ст.78, ч. 6 ст. 79 КК (щодо призначення покарання у разі вчинення злочину у період іспитового строку); ч.4 ст.81 КК (щодо призначення покарання у разі вчинення протягом невідбутої частини покарання нового злочину особою, до якої було застосовано умовно-дострокове звільнення від відбування покарання); ч.6 ст. 82 КК (щодо приєднання покарання, яке було замінене на більш м'яке до покарання за нововчинений злочин); ч.6 ст.83 КК (щодо призначення покарання за новий злочин, вчинений суб'єктом в період звільнення від відбування покарання); ч.4 ст. 84 КК (щодо зарахування часу застосування ПЗМХ до строку покарання та переведення строків ПЗМХ у позбавлення волі).

У цілому видається правильною систематизація норм Загальної частини КК України що впливають на призначення покарання не за особливостями їх формулювання і викладу в законі, а по їх сутнісних ознаках. Вони повинні бути істотними, взаємопов'язаними, типовими, обов'язковими, необхідними і достатніми для прямої і безпосередньої індивідуалізації покарання засудженому. Вищезазначені положення ч.2 ст.20, ч. 3 ст.78, ч. 6 ст. 79, ч.6 ст.83, ч.6 ст. 82, ч.4 ст.81, ч.4 ст.84 КК, на нашу думку мають бути розміщені у Розділі XI КК. Так, норму ч. 2 ст. 20 КК, на нашу думку, слід розглядати як обставину, яка має пом'якшувати покарання. Визнання особи обмежено осудною в силу наявності психічного розладу є показником не лише зменшення ступеня тяжкості злочину, а й показником того, що особі обов'язково має бути пом'якшене покарання через не в повній мірі усвідомлене психічне ставлення особи до свого діяння і, як наслідок, зниження ступеню суспільної небезпечності її діяння. Норми ч. 3 ст.78, ч. 6 ст. 79, ч.6 ст.83, ч.6 ст. 82, ч.4 ст.81 КК за своїм змістом мали б розташовуватися у ст.. 71 КК, адже встановлюють правила призначення покарання за сукупністю вироків, коли фактично покарання за попереднім вирокіом суб'єкт реально не відбув повністю або частково або воно було замінене на більш м'яке. Частина 4 ст. 84 КК є так званою спеціально-технічною нормою, існування якої необхідне при переведенні строків ПЗМХ у покарання у виді по-

збавлення волі, а тому, має бути закріплена поряд з нормами ст. ст. 72-73 КК у розділі XI КК. Частина 3 ст. 43, ч. 4 ст. 49 КК має розміщуватися у розділі X, оскільки ці норми є винятками з правила застосування покарання у виді позбавлення волі. Норма ст. 35 КК, на нашу думку, не потребує включення ні до розділу X, ні до розділу XI КК і має розглядатися певною мірою як вихідна загальна норма щодо п.1 ч.1 ст.67, ст. ст.70, 71 КК в силу свого «міжінституційного» характеру.

Дорош Л. В.,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права №1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

ДЕЯКІ ПИТАННЯ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КК УКРАЇНИ

В Україні законодавство про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України (ч. 1 ст. 3), який має своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам (ч. 1 ст. 1). Традиційно чинний КК України (був прийнятий Верховною Радою України 5 квітня 2001 р., набрав чинності з 1 вересня 2001 р.) складається із Загальної й Особливої частин. Як зазначають науковці, такий підхід до формування загальної структури сучасного законодавства обґрунтовується принаймні метою економії тексту кримінального закону та спрощення процесу його застосування.

Як відомо, одним із правил юридичної техніки є забезпечення цілісності, послідовності і несуперечливості поточного кримінально-правового регулювання і кримінальної нормотворчості. У зв'язку з цим зупинимося на доцільності оптимізації системи Особливої частини КК та окремих її інститутів.

Одним із концептуальних положень побудови Особливої частини КК є відображення у ній системи суспільних відносин і соціальних цінностей, які склалися в Україні в період формування її як незалежної держави і які підлягають кримінально-правовій охороні. За словами розробників чинного КК України, від вдалого розміщення норм Особливої частини багато в чому залежить їх практичне застосування, теоретичне осмислення окремих складів злочинів, усвідомлення їх взаємозв'язку та особливостей.

Значення систематизації кримінального законодавства підкреслювали й інші вчені. Так, А.Н. Трайнін ще у 1927 році писав: «Система кожного кодекса не есть оторванное от жизни отвлеченное построение, она находится в прямой зависимости от той социальной и политической среды, в которой кодекс издан. Для оценки кодекса имеет поэтому значение не только его содержание, но и соотношение его отдельных частей и постановлений, то что можно назвать архитектурой кодекса».

Під системою, зазвичай, розуміють сукупність яких-небудь елементів, одиниць, частин, об'єднаних за спільною ознакою, призначенням, розташованих у певному порядку. Стосовно Особливої частини КК такими елементами є статті та їх кримінально-правові приписи.

В основі системи Особливої частини КК лежить порядок розташування норм-заборон (роз'яснювальні, заохочувальні та обмежувальні норми відіграють службову роль, їх місце в системі Особливої частини залежить від місця відповідних норм-заборон).

З наведеного випливає, що система Особливої частини КК України – це сукупність норм, які встановлюють відповідальність за окремі злочини, розташованих у порядку, визначеному законодавцем у Кримінальному кодексі України.

Щоб визначити порядок розташування норм Особливої частини КК, треба дати відповідь на такі запитання: (1) як об'єднати норми в окремі розділи; (2) в якій послідовності розташувати розділи; (3) в якій послідовності розмістити окремі норми в межах розділу.

Поставлені питання вирішуються на підставі таких критеріїв: 1) об'єднання норм в розділи здійснюється за родовим об'єктом; 2) послідовність розташування розділів визначається важливістю суспільних відносин, на які посягають злочини, передбачені статтями цих розділів;

3) послідовність розміщення статей в межах розділів визначається за безпосереднім об'єктом, а саме його значущістю, а отже розташування здійснюється від більш небезпечних посягань до порівняно менш небезпечних.

Проте в юридичних джерелах час від часу висловлюються пропозиції щодо уточнення об'єктів тих чи інших злочинів, що тим самим ставить під сумнів обґрунтованість віднесення окремих кримінально-правових норм до певного розділу. Не заглиблюючись в розгляд усіх пропозицій, спрямованих на вдосконалення інституціональної приналежності кримінально-правових норм Особливої частини, зазначимо, що ця проблема дійсно існує, є актуальною, оскільки від неї залежить внутрішня цілісність кримінально-правових інститутів. А отже означена проблема потребує вивчення, позаяк порушення структуризації кримінального закону, безумовно, знижує ефективність його застосування.

З огляду на викладене, спробуємо визначити чи відповідає вимогам систематизації Особливої частини КК розташування ст. 161 КК України, яка встановлює кримінальну відповідальність за порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або релігійних переконань (а отже є безпосередньою юридичною гарантією реалізації конституційного принципу рівності прав людини і громадянина) в розд. V «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина».

Справа в тому, що, в доктрині кримінального права це питання було і залишається дискусійним. Одні вважають, що місце ст. 161 в системі Особливої частини КК (розд. V) визначено правильно (І.О. Зінченко), другі пропонують розташувати цю статтю в розд. XX. Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку (С.Я. Лихова), треті в якості родового об'єкта називають основи національної безпеки України (В.М. Панькевич), четверті відносять цей склад до злочинів, що посягають на основи політичного плюралізму (С.І. Нікулін).

Узагальнивши висловлені в юридичній літературі точки зору вчених щодо об'єкта аналізованого складу злочину маємо підстави для висновку про те, що розбіжність поглядів науковців викликана неоднорідністю суспільних відносин, на які посягають діяння, передбачені ст. 161 КК.

Частина 1 цієї статті сформульована таким чином:

1. Умисні дії, спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі та гідності, або образа почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями, а також пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками, –

З диспозиції аналізованої статті бачимо, що йдеться про два види діянь, кожне з яких, на наш погляд, утворює самостійний склад злочину. Якщо в першому випадку посягання полягає в поширенні поглядів, ідей, оцінок, закликів (наприклад, неофашистська ідеологія), в пропаганді виключності, вищості або неповноцінності людей певної нації, раси, конфесії, то в другому – в порушенні прав і свобод людини, тобто йдеться власне про дискримінацію певної особи чи осіб (перепони при прийомі на роботу, навчання, при наданні квартири, при вирішенні питань про заохочення чи нагороду, при наданні пільгового кредиту тощо).

Як відомо, існують різні підходи законодавця щодо формулювання тих чи інших складів злочинів і їх співвідношення з відповідною статтею КК. На це свого часу слушно звертали увагу науковці в галузі кримінального права. Навряд чи можна вважати вдалою побудову статті, в якій у різних її частинах сформульовані два чи більше різних основних складів злочинів (наприклад, частини 1, 2, 4 статей 130 і 143 КК). Ще гіршим є підхід, згідно з яким в одній і тій же частині законодавець формулює два різних склади злочину (наприклад, ч. 5 ст. 143 КК). Вважаємо, що яскравим прикладом саме такого підходу є також ч. 1 ст. 161 КК. Нічим іншим як техніко-юридичною вадою цей недолік законодавства назвати не можна. Такого роду хиби

якраз і породжують гострі дискусії у науковому середовищі, чим відволікають увагу від більш серйозних проблем, і призводять до помилок у правозастосуванні.

Щоб усунути існуючу проблему щодо визначення місця ст. 161 в системі Особливої частини КК, вважаємо доцільним залишити ст. 161 в розд. V і передбачити в ній відповідальність лише за пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками, названими в цій статті. А другий склад злочину, передбачений цим законодавчим приписом, розмістити в розд. I. Злочини проти основ національної безпеки України. При цьому виключити з ч. 2 ст. 110 КК таку кваліфікуючу ознаку, як «поєднані з розпалюванням національної чи релігійної ворожнечі».

Аналіз кримінального законодавства пострадянських країн показує, що в його системі є істотні відмінності порівняно із системою Особливої частини КК України. Проте правильність нашого висновку підтверджується хоча б тим, що в кримінальних кодексах країн ближнього зарубіжжя відповідальність за такі діяння передбачена, по-перше, в окремих статтях, а по-друге – статті, в яких йдеться про розпалювання ворожнечі, розташовані в розділах «Злочини проти основ конституційного ладу і безпеки держави» (наприклад, ст. 72 КК Естонської республіки, ст. 299 Киргизької республіки, ст. 282 КК РФ).

Проведене запропонованим шляхом упорядкування в системі Особливої частини, з нашої точки зору, сприятиме більш правильному відображенню особливостей родових об'єктів тих діянь, що передбачені у ст. 161 чинного КК, підкреслить ступінь суспільної небезпечності цих посягань і значення боротьби з ними. Уточнення систематизації Особливої частини КК матиме також велике виховно-превентивне значення, сприяючи реальному вивченню причин і умов, що впливають на їх вчинення.

Жидик В. В.,

курсант 4-го курсу факультету підготовки фахівців для підрозділів слідства Харківського національного університету внутрішніх справ

ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ УМИСНИХ ВБИВСТВ, ВЧИНЕНИХ ПІД ЧАС БІЙКИ

Згідно зі ст. 3 Конституції України, життя людини є найвищою соціальною цінністю. Кожна людина має невід'ємне право на життя і ніхто не може свавільно позбавити її життя. Тому охорона життя людини – найважливіше завдання кримінального права України. Серед злочинів проти життя особливу небезпеку становлять вбивства, серед яких не є виключенням умисні вбивства, вчинені під час бійки.

Аналіз судової практики дає підстави дійти висновку, що більшість умисних вбивств, вчинених під час бійки, кваліфікуються лише за ч.1 ст.115 Кримінального кодексу України. У певних випадках даний факт свідчить про неповноту досудового розслідування, а отже і про неточне встановлення всіх обставин вчиненого суспільно небезпечного діяння, оскільки порушуються основні засади, передбачені ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України, щодо забезпечення повного розслідування по кримінальному правопорушенні. З вищевикладеного випливає, що особа несе необґрунтовану кримінальну відповідальність за вчинене діяння.

З огляду на це, вбачаємо за необхідне розглянути питання кваліфікації умисних вбивств, вчинених під час бійки.

Даній проблематиці присвячені роботи наступних вчених: О. В. Белокурова, В. Г. Беляєва, С. В. Бородіна, Н. Н. Загороднікова, Н. Ф. Кузнецової, А. І. Парога, Н. М. Свідлова, М. С. Таганцева, М. Д. Шаргородського, В. І. Ткаченка, Б. В. Харазішвілі та ін.

Бійка, згідно з тлумачним словником, – це сварка, сутичка, яка супроводжується взаємними побоями [1]. М. С. Таганцев зазначає, що: бійкою є діяння, яке посягає одночасно і на життя, і на здоров'я особи; вступ у бійку має бути добровільним з обох сторін [2, с.190]. Вбивство можна вважати як таке, що вчинене у бійці, лише в тому випадку, коли винний був її учасником.

На практиці існує принцип, начебто вбивство, вчинене під час обопільної бійки, завжди повинно кваліфікуватися за ч.1 ст.115 КК. Але треба мати на увазі, що за подібного роду діяння, не завжди всі учасники бійки повинні нести однакову кримінальну відповідальність, іноді вина взагалі виключається. Підтвердженням цього є точка зору Белокурова О.В., який зазначає: «якщо в ході сварки або бійки виникли пом'якшуючі або обтяжуючі обставини (право на необхідну оборону, стан афекту, особлива жорстокість, загально небезпечним способом та ін.), то вбивство не буде простим, і кваліфікувати його необхідно за ст.107 (ст.116 ККУ), ч.1 ст.108 (ст.118 ККУ) чи за ч.2 ст.105 (ч.2 ст. 115 ККУ) КК РФ [3]. Підтримуємо ствердження науковця тому що необхідно ретельно досліджувати мотиви і особливості фізичного розвитку учасників бійки, адже їх встановлення не виключає наявності пом'якшуючих чи обтяжуючих обставин вчинення кримінального правопорушення, що у свою чергу буде впливати на ступінь суспільної небезпечності злочинця, а тому і на міру кримінального покарання.

Від вбивств, вчинених під час бійки необхідно відмежовувати вбивства, вчинені: (а) при перевищенні меж необхідної оборони; (б) з хуліганських мотивів; (в) у стані сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірною поведінкою потерпілого.

Під час кваліфікації умисних вбивств, вчинених у бійці, виникає питання про відмежування їх від вбивств з хуліганських мотивів. Згідно з пунктом 11 постанови Пленуму Верховного суду України від 7 лютого 2003 року №2, як умисне вбивство з хуліганських мотивів кваліфікуються дії, коли винний позбавляє іншу особу життя внаслідок явної неповаги до сус-

пільства, нехтування загальнолюдським правилам співжиття і нормами моралі, а так само без будь-якої причини чи з використанням малозначного приводу [4, с.180]. Критерії роз'яснені ПВСУ є оціночними, а тому в окремих випадках можуть бути застосовані по різному. Беляєв В.Г., Свідлов Н.М. вказують, що в окремих випадках сварка і бійка провокуються винним, щоб використувувати їх як привід для вбивства або для наявності обставини, яка «виправдовує» винного. Вважається, що таке вбивство здійснюється з хуліганських спонукань і має бути кваліфіковано за ст.102 КК РРФСР (ч.2 ст.115 КК України)[5, с.38]. Необхідно мати на увазі, що якщо навіть бійка була розпочата суб'єктом з хуліганських спонукань, то вбивство, вчинене ним у такій бійці може бути викликане і не хуліганськими мотивами.

Вчені В.Г. Беляєв та Н.М. Свідлов зазначають, що неправильну або навіть протиправну поведінку потерпілого може викликати не тільки хуліганський мотив, а й сильне душевне хвилювання, і в тому випадку, коли афект виник раптово, скоєне слід кваліфікувати за ст.104 КК РРФСР (ст.116 КК України) [5, с.38]. З точки зору В.І. Ткаченка, якщо під час бійки в когось із тих, хто б'ється, виникає афект гніву, під впливом якого він вчиняє вбивство протиборчої сторони, то дії винного слід кваліфікувати за ст.104 КК РРФСР (ст.116 КК України) [6, с.18]. А.В. Байлов вказує: «Оскільки афект є психологічним поняттям, то проблема кваліфікації злочинів, вчинених у стані сильного душевного хвилювання, завжди повинна вирішуватися на підставі висновку комплексної психолого-психіатричної експертизи[7, с.127].

Разом з тим, необхідно також встановлювати чи не було вбивство скоєне у стані необхідної оборони, чи при перевищенні меж необхідної оборони. В.Н. Козак вважає, що є два варіанти, коли у бійках може виникнути стан необхідної оборони, який дає право на захист від протиправного посягання: а) стан необхідної оборони особи, яка намагається відвернути бійку, а тому втягнута в неї; б) стан необхідної оборони для осіб, які захищаються [8, с.99].

Таким чином, вищезазначене дає підстави зробити наступні висновки:

1. У тих випадках, коли під час бійки вчиняється вбивство з мотивів явної неповаги до суспільства або з малозначного приводу, або у разі провокації бійки, то такі дії повинні бути кваліфіковані за п. 7 ч. 2 ст. 115 КК України. Якщо крім убивства з хуліганських мотивів винний вчинив ще й інші хуліганські дії, що супроводжувались особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом, вчинене кваліфікується за п. 7 ч. 2 ст. 115 і за відповідною частиною ст. 296 КК.

Не можна кваліфікувати як вчинене з хуліганських мотивів умисне вбивство під час сварки чи бійки, яку розпочав сам потерпілий, а так само з ревнощів, помсти чи інших мотивів, що виникли на ґрунті особистих стосунків, навіть якщо при цьому було порушено громадський порядок.

2. Підтримуємо точки зору вчених, які вважають, що під час бійки може виникнути стан сильного душевного хвилювання, внаслідок протизаконного насильства. Але наявність такого стану повинна підтверджуватися комплексною психолого-психіатричною експертизою.

3. Вважаємо правильним ствердження щодо можливості виникнення стану необхідної оборони під час бійки, адже коли встановлено, що особа, яка вчинила вбивство у бійці, дійсно зазнала нападу, який загрожував її здоров'ю чи життю, і діяла з метою захисту від цього нападу. У тих випадках, коли буде встановлено перевищення меж необхідної оборони, то дії винного слід кваліфікувати за ст. 118 КК України.

Список використаних джерел:

1. Общий толковый словарь русского языка / [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://tolslovar.ru/d6727.html>.
2. Таганцев Н.С. Лекции по русскому уголовному праву. Спб., 1894. – 396с.
3. Белокуров О.В. Квалификация убийства: Уголовное право / [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.allpravo.ru/library/doc101p0/instrum3433/item3440.html>.

4. Збірник ППВСУ з кримінальних справ (1973-2011 роки): станом на 6 лютого 2012 року. / упоряд.: Ю.М. Грошевий, О.В. Капліна, В.І. Тютюгін. – Харків: Право, 2012. – 456 с.
5. Беляєв В.Г., Свидлов Н.М. Вопросы квалификации убийств: Учебное пособие ВШ МВД СССР / В.Г. Беляєв, Н.М. Свидлов. – Волгоград: Ротапринт ВШ МВД СССР, 1984. – 60 с.
6. Ткаченко В.И. Ответственность за умышленные преступления против жизни и здоровья, совершенные в состоянии аффекта. Учебное пособие. Отв. Ред. Здравомыслов Б.В. / В.И. Ткаченко. – Москва: РИО ВЮЗИ, 1979. – 52 с.
7. Байлов А.В. Кримінальна відповідальність за посягання на життя та здоров'я особи, вчинені в стані сильного душевного хвилювання: дис. ... кан. юрид. наук: 12.00.08 / Байлов Антон Володимирович. – Харків, 2004. – 200 с.
8. Козак В.Н. Право граждан на необходимую оборону / В.Н. Козак – Саратов: 1972. – 164 с.

Зембра Є. Є.,

головний спеціаліст з питань захисту державних таємниць прокуратури Кременецького району, магістрант Національного університету «Острозька академія»

СПОСІБ НЕЗАКОННОГО ЗАВОЛОДІННЯ ТРАНСПОРТНИМИ ЗАСОБАМИ: СУЧАСНИЙ ЗМІСТ

Сьогодні заволодіння транспортними засобами не є чимось незвичайним. Практично щомісяця складається рейтинг марок автомобілів за частотою випадків заволодіння ними у незаконний спосіб. Однак від автовиробників сучасних автомобілів, які, на перший погляд, є технічно досконалими, ми чуємо гарантії захисту від «угону» таких транспортних засобів. Чи є способи заволодіння таким автомобілем і наскільки реально притягнути винну особу до кримінальної відповідальності за такі дії?

Вивчаючи Кримінальний кодекс України, ми аналізуємо статтю 289 «Незаконне заволодіння транспортним засобом» [5], яка фактично в усіх випадках заволодіння транспортним засобом передбачає настання кримінальної відповідальності. Ця стаття має формальний склад (злочин є закінченим з моменту початку протиправного діяння), завдання шкоди не є обов'язковим. Об'єктивна сторона складається з двох частин: встановлення контролю над транспортним засобом та переміщення транспортного засобу в просторі. Таке заволодіння транспортним засобом є незаконним – проти волі власника [6].

Сучасні автовиробники спрямовують свою діяльність на створення різних зручностей у користуванні транспортним засобом та навіть створюють системи їх самостійного паркування на різноманітних парковках за допомогою мобільного телефону, Інтернету, GPS навігації, а контроль за станом автомобіля здійснюється за допомогою мобільного телефону.

З використанням цих можливостей автомобіля (до речі такі опції вартують значних коштів) у зловмисника з'являються додаткові можливості для встановлення контролю та можливості переміщення автомобіля без згоди власника – фактично в такий спосіб виконується об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого статтею 289 КК України. Звичайно, для здійснення такого діяння зловмисник застосовує зовсім інші засоби, ніж ті, які використовувалися раніше. Сьогодні для здійснення такого діяння використовуються комп'ютери та мобільні телефони, що і є способом виконання об'єктивної сторони ст. 289 КК України.

В першу чергу потрібно звернути увагу на те, як працює система віддаленого контролю за автомобілем і яким каналом зв'язку передаються команди власника автомобіля безпосередньо на бортовий комп'ютер автомобіля для їх виконання. Для цього потрібно дослідити процес комунікації між автомобілем та мобільним телефоном, власником яких є одна особа.

Кожен такий автомобіль обладнаний мобільним телефоном, із змінною SIM-картою (Subscriber Identity Module), що дає можливість використовувати не прив'язаний до мобільного телефону номер, який разом з іншими даними записаний на цій карті, яка видається абонентові і може бути встановленою в мобільний телефон автомобіля. Також сучасні мобільні телефони дають можливість передачі даних на високі швидкості. Кожен з них, в тому числі мобільний телефон автомобіля, мають унікальний номер IMEI (International Mobile Equipment Identity), за допомогою якого контролюється робота апарата в GSM-мережі. Такий номер присвоюється мобільному телефону під час його виробництва і для його заміни потрібне спеціальне обладнання та програмне забезпечення [2]. Цей номер може служити засобом ідентифікації мобільного телефону власника системою безпеки автомобіля.

Нещодавно компанія Volvo продемонструвала прототип системи, яка здатна самостійно припаркувати автомобіль без участі водія. Відбувається це наступним чином. Під'їхавши до супермаркету, водій покидає автомобіль і через спеціальну програму на смартфоні через спеціально призначену кнопку передає автомобілю команду знайти вільне місце на парковці й припаркуватися. В ідеалі автомобіль отримує відомості про наявність і місцезнаходження вільного місця для паркування дистанційно. Це передбачає наявність у автомобіля та парковочних стоянок технічних засобів для безпроводних мереж WI-FI – це протокол і стандарт, який призначений для створення локальної безпроводної мережі і дає можливість передавати інформацію за допомогою високочастотного радіоканалу (2,4 ГГц) відповідного стандарту (IEEE 802.11) [8]. Такий тип з'єднання може бути зламаний зловмисниками. Пізніше автомобіль рухається до виявленого місця парковки, після чого займає його і направляє власнику на мобільний телефон повідомлення про факт паркування та місцезнаходження автомобіля на парковці. Процес повернення автомобіля з місця парковки майже ідентичний процедурі паркування [1].

На жаль, дізнатися повною мірою про процес комунікації між мобільним телефоном та автомобілем неможливо, оскільки це становить комерційну таємницю компанії Volvo.

Потрібно зазначити, що мережа, через яку автомобіль отримує відомості про незайняті місця на парковці, не може мати логічного захисту або пароль доступу до такої мережі повинен бути відомим та записаним у пам'ять автомобіля, оскільки у випадку, коли такий пароль доступу до безпроводної мережі буде наявний та «не відомий» для автомобіля, він не зможе отримати інформацію про вільні місця, а тому не зможе виконати функцію самостійного паркування. По суті, логічний захист означає виконання персоналом компанії певних правил роботи та спеціалізованого програмного забезпечення. Також до логічного захисту можна зарахувати використання імені користувача, паролю, аудит системи, шифрування даних, захист від вірусів, резервне копіювання, використання джерел безперебійного живлення та створення відмовостійких систем [4].

Варто звернути увагу на те, що за описаних умов, зловмисник має мінімум два шляхи отримання доступу до автомобіля. По-перше, зловмисник може використати незахищене логічними засобами захисту безпроводне з'єднання між автомобілем та парковкою, по-друге, він може використати з'єднання між автомобілем та мобільним телефоном власника автомобіля. У першому випадку немає потреби зламувати з'єднання, однак є потреба зламати комунікаційні протоколи автомобіля з метою встановлення контролю над автомобілем. По суті, комунікаційний протокол – це сукупність правил, які регламентують формат і процедури обміну інформацією між двома або більше незалежними пристроями, комп'ютерами, програмами або процесами [3]. У нашому випадку це «правила» взаємодії окремих підсистем автомобіля, які у своїй сукупності становлять цілісну комп'ютерну систему транспортного засобу. У другому ж випадку потрібно зламати з'єднання між мобільним телефоном власника автомобіля та автомобілем, однак зламувати комунікаційний протокол немає потреби, оскільки за допомогою такого з'єднання здійснюється контроль за автомобілем. Існує ще один спосіб встановлення контролю за автомобілем. Таке встановлення контролю здійснюється за допомогою злому комунікаційних протоколів за допомогою мобільного телефону. Працівники компанії iSEC Partners виявили спосіб, який дає можливість відкрити автомобіль, у яких встановлені модулі BMW Assist, GM OnStar, Ford Sync або Hyundai Blue Link. Їм вдалося зламати комунікаційний протокол, що своєю чергою дає можливість видати себе за інтернет-провайдера (GSM, CDMA, WI-FI) та відкрити автомобіль [7].

Таким чином, способи вчинення незаконного заволодіння транспортним засобом значно розширилися і можливості доказування цього факту значно звузилися, оскільки такі дії практично не залишають за собою слідів, точніше зловмисник, вчиняючи таке протизаконне діяння, фактично має можливість «замітати» сліди своєї протизаконної діяльності, що знову ж

такі ускладнює можливість довести факт незаконного заволодіння транспортним засобом та встановити особу, яка вчинила це протизаконне діяння. На переконання автора законодавство повинно йти «в ногу з часом» та технологіями. Саме через те, щоб зробити кримінальне законодавство сучасним, потрібно вносити відповідні зміни до Кримінального кодексу України в частині способів виконання об'єктивної сторони цього злочину.

Статтю 289 Кримінального кодексу України, на нашу думку, варто доповнити ще однією частиною наступного змісту: «Дії, передбачені першою, другою і третьою частинами цієї статті вчинені з використанням комп'ютерних систем та систем мобільного зв'язку чи пов'язані зі зломом комунікаційних протоколів транспортного засобу, – караються позбавленням волі від трьох до п'яти років та конфіскацією технічних засобів, за допомогою яких було вчинено протиправні діяння». Особливістю цієї частини статті 289 КК є те, що її застосування не потребуватиме додаткової кваліфікації за статтею 361 Кримінального Кодексу України.

Список використаних джерел:

1. Volvo Станет еще безопаснее. Паркуйся, а я пошел.. Автомир номер 33. – 12 августа 2013 г. – 110 с.
2. Жуков С. Хакинг мобильных телефонов / С. Жуков. – М. : Бук-пресс, 2006. – 226 с.
3. Коммуникационный протокол Глоссарий.ru [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.glossary.ru/cgi-bin/gl_sch2.cgi?RKussztoqg.out :!vwuyuqur.
4. Комп'ютерні мережі. Захист даних у мережах: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: it.nubip.edu.ua/mod/page/view.php?id=771.
5. Кримінальний кодекс України від 5.04.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25. – Ст. 131.
6. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар Т. 2: Особлива частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. – 2013. – 1014 с.
7. Хакер откроет ваш автомобиль... при помощи SMS [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.chip.ua/novosti/bezopasnost/2011/08/haker-otkroet-vash-avtomobil-pri-pomoschi-sms>.
8. Что такое WI-FI? Top Worlds: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.topwaords.ua/faq/w/wi-fi.htm>.

Ленко М. О.,

здобувач кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

СПОСІБ ВЧИНЕННЯ ТЕРОРИСТИЧНОГО АКТУ

Для виявлення, швидкого і повного розслідування терористичного акту важливе значення має знання про спосіб його вчинення. Спосіб вчинення терористичного акту є одним із основних елементів його криміналістичної характеристики, що має суттєве значення для визначення ситуації розслідування, висунення слідчих версій та алгоритму дій з їх перевірки.

У статті 258 КК України зазначається, що об'єктивна сторона терористичного акту може бути виражена у двох формах: а) вчиненні терористичного акту; б) погрозі вчинення такого акту. Відповідно до цього способи даного злочину можуть бути розділені на дві групи: 1) способи безпосереднього вчинення терористичного акту; 2) способи висловлення погрози вчинення терористичного акту.

Таким чином, частину способів вчинення терористичних актів законодавець прямо вказав у диспозиції статті кримінального закону (застосування зброї, вибух, підпал), однак наведений перелік не є вичерпним, що підкреслюється в законі словами «чи інших дій, які створювали небезпеку для життя чи здоров'я людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків». Очевидно, що такі способи вчинення терористичних актів, як застосування зброї, вибух або підпал, повинні бути віднесені саме до першої групи.

Під застосуванням зброї при терористичному акті розуміють її використання за цільовим призначенням – здійснення прицільних пострілів чи хаотична стрільба в місцях перебування людей, заподіяння ударів холодною зброєю тощо.

Вибух – це процес вивільнення значної кількості енергії в обмеженому об'ємі за короткий проміжок часу. Він передбачає займання певних об'єктів внаслідок миттєвого хімічного розкладання відповідних хімічних речовин чи їх сумішей та створення сильно нагрітих газів.

До інших способів, які створюють небезпеку, можна віднести вчинки, внаслідок яких виникає реальна загроза настання наслідків у вигляді смерті чи завдання тілесних ушкоджень, знищення чи пошкодження майна, перерви руху транспортних засобів, роботи підприємств, установ, організацій. До них, зокрема, належить застосування отруйних чи сильнодіючих речовин, радіоактивних, інфекційних речовин, біотероризм, затоплення, обвали, каменепали, руйнування висотних споруд, доріг, засобів зв'язку, а також гребель та інших гідротехнічних споруд, пошкодження об'єктів довкілля, нафтових родовищ, систем життєзабезпечення.

Залежно від наявності та характеру причинно-наслідкового зв'язку між впливом і настанням суспільно небезпечних наслідків, передбачених законом, усі способи, які входять у дану групу, можна розділити на: а) способи, засновані на впливах, які самі по собі створюють небезпеку загибелі людей, заподіяння значного майнового збитку або настання інших суспільно небезпечних наслідків (наприклад, вибухи, підпали); б) способи впливу, які створюють умови для виникнення небезпеки загибелі людей і т.ін. (наприклад, аварії на об'єктах життєзабезпечення населення, каменепали й т.ін.).

Кожний спосіб вчинення терористичного акту є складною структурою (системою) і являє собою результат, який може бути досягнутий декількома послідовними прийомами (сукупністю дій).

Пожежа є результатом підпалу, що у свою чергу може являти собою самостійний спосіб вчинення терористичного акту, наприклад, пожежа в результаті підпалу в будинку вокзалу, де перебуває значна кількість пасажирів.

Що ж стосується аварій, то залежно від ситуації аварія може бути наслідком (результатом) реалізації прийомів вчинення терористичного акту і безпосереднім способом його вчинення. Так, наприклад, якщо аварія відбулася в результаті вибуху або підпалу, то саме цей прийом варто розглядати як спосіб терористичного акту. Якщо ж аварію спричинили якісь інші прийоми (сукупність дій), наприклад, відключення енергопостачання, то способом терористичного акту буде аварія, якщо вона створює ті види небезпеки й переслідує ті цілі, про які згадує законодавець.

Для характеристики способу терористичного акту має значення не лише його зміст, але і публічний характер. Неодмінною умовою є те, що про його вчинення повинно бути сповіщене широке коло осіб: представники влади, суспільні або політичні діячі, певна частина населення. Якщо застосовані прийоми (вчинені дії) не мають публічного характеру, то не буде досягнута й мета даного злочину.

Коли мова йде про терористичний акт, то маються на увазі такі прийоми, які об'єднуються способом вчинення злочину: а) одиничний терористичний акт (наприклад, вибух в маршрутному таксі) або кілька одиничних актів, об'єднаних загальним наміром (вибухи в декількох місцях одночасно або в різний час, наприклад, на території ринку); б) серія прийомів, які у своїй сукупності дозволяють досягти терористичної мети (організація аварії на атомній електростанції, для чого виконується ряд послідовних дій, які й призводять до аварії).

При виконанні серії прийомів структура способу істотно складніша, через те, що включає ланцюг послідовних логічно й причинно-наслідково пов'язаних прийомів, дослідження кожного з яких має самостійне значення й повинно становити вагомую частину дослідження способу терористичного акту як системи. У подібній ситуації спосіб терористичного акту буде включати прийоми виконання дій, які призвели до кожного з актів і утворили певний ланцюжок, оцінюваний як терористичний акт.

Отже, знання про способи вчинення терористичного акту мають важливе значення для розробки науково-обґрунтованих методик забезпечення досудового розслідування та судового розгляду кримінальних проваджень цієї категорії і правильної кваліфікації цих злочинів та законного і справедливого вирішення кримінальних проваджень по суті.

Кобзева О. Г.,

магістрант кафедри криміналістического забезпечення розслідування преступлений, ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия» (Російська Федерація)

ПЕНИТЕНЦИАРНАЯ СУБКУЛЬТУРА: ПОНЯТИЕ, ПРИЗНАКИ, СОСТАВНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ

Сегодня мы все живем в обществе, которое, по сути, дробится на множество отдельных групп, объединенных по какому-либо признаку. Это может быть возрастное, гендерное деление, деление по профессиональному или любому другому критерию. Такие группы могут объединять молодежь, людей по интересам и др. В большинстве своем, они не представляют опасности для окружающих людей и служат для обычного разделения в определенных целях.

Иначе дело обстоит с криминальной субкультурой, ставшей неотъемлемой частью общей культуры общества. Последние 20 лет в нашей стране нормы и «понятия» уголовного мира стали вытеснять художественную культуру, длительное время накапливаемую человечеством. Музыка, фильмы, искусство и даже обычная речь – все это насквозь пропитано криминальной средой и воспринимается сегодня как нечто само собой разумеющееся.

Особое место в общей структуре криминальной субкультуры занимает культура пенитенциарных учреждений. Эти понятия не являются тождественными, а соотносятся, как целое и часть, так как криминальная субкультура включает в себя также субкультуру организованной преступности, субкультуру наркоманов и т.д.

Вместе с тем, именно пенитенциарную субкультуру можно считать особой, поскольку пенитенциарные учреждения являются местом, где нормы и «понятия» преступного мира культивируются и насаждаются всем обитателям, в том числе, насильственно.

По данным ФСИН России, в 765 исправительных учреждениях (исправительных колониях, тюрьмах, следственных изоляторах (СИЗО), воспитательных колониях) на оперативном учете состоят 2,5 тыс. группировок осужденных отрицательной направленности (в них около 30 тыс. членов), 2 тысячи «авторитетов» уголовной среды, около 100 «воров в законе». Ими совершается до 70% насильственных преступлений. От 50% до 80% осужденных, отбывающих наказание в исправительных учреждениях с различными режимами содержания, и около 98% содержащихся под стражей находятся под влиянием тюремной культуры, насаждаемой «авторитетами» преступного мира. Основная масса осужденных, не принадлежащих к числу «авторитетов» преступной среды (более 90%), испытывает постоянное чувство тревоги за личную безопасность и считает главным условием ее обеспечения – соблюдение обычаев и традиций тюремной культуры, а не четкое выполнение требований администрации пенитенциарного учреждения или режима данного учреждения [1, с. 3].

Таким образом, сегодня наличие столь значительного числа представителей криминалитета, придерживающихся установленных в исправительной системе неформальных правил поведения, породило целый пласт культуры – пенитенциарную (тюремную) субкультуру.

Пенитенциарную субкультуру можно определить часть культуры общества, закрепляющей особый образ жизни, систему политических, идеологических, правовых, нравственных, философских, религиозных, эстетических «норм», манеру поведения, образ мышления и традиции лиц, совершивших преступление и (или) отбывавших (отбывающих) наказание в местах лишения свободы [2, с. 6].

Исходя из данного определения, можно выделить следующие признаки пенитенциарной субкультуры:

- это часть культуры общества;
- представляет собой систему политических, идеологических, нравственных и иных «норм» и неформальных правил поведения, именуемых понятиями;
- с помощью понятий регулирует образ жизни, мышления и поведения лица, придерживающегося такой субкультуры;
- приверженцами пенитенциарной субкультуры являются лица, совершившие преступление и (или) отбывшие (отбывающие) наказание в местах лишения свободы.

Пенитенциарной субкультуре, как особому виду культуры общества, присуще и наличие отличительных признаков, особых атрибутов, элементов, из которых она состоит.

Важным отличием пенитенциарной субкультуры является разделение всех содержащихся в исправительном учреждении на группы (тюремные «масти»). В зависимости от принадлежности осужденного к конкретной группе и определяется его положение, права и обязанности в тюремном обществе. Для пенитенциарной субкультуры также характерно наличие строгих неформальных правил поведения, которыми регулируются все вопросы, возникающие в процессе отбывания наказания. Важным атрибутивным элементом тюремной среды являются жаргон, татуировки, прозвища и т.д. Это позволяет осужденным общаться, передавать важную информацию засекречено от непосвященных лиц, а также обозначать свое место в тюремной субкультуре. Все это является важным источником информации для сотрудников пенитенциарной системы, а также сотрудников правоохранительных органов.

Итак, наличие или отсутствие криминальной субкультуры в том или ином коллективе можно определить по следующим признакам:

- жесткая групповая иерархия (стратификация) – это своеобразная табель о рангах (причем, наиболее ярко она проявляется в закрытых молодежных коллективах);
- обязательность соблюдения установленных норм и правил и в то же время наличие системы отдельных исключений для лиц, занимающих высшие ступени в преступной иерархии;
- наличие враждующих между собой группировок;
- физическая и психологическая изоляция некоторых членов сообщества (обиженных, опущенных);
- распространенность тюремной лирики;
- факты вымогательства (денег, продуктов питания, одежды и др.);
- использование в речи уголовного жаргона (арго);
- нанесение татуировок;
- симуляция, членовредительство;
- значительная распространенность фактов как насильственного, так и добровольного гомосексуализма;
- появление отмеченных специальными знаками столов для обиженных, посуды и т.д.;
- повсеместная распространенность карточной игры «под интерес», т.е. с целью извлечения материальной или иной выгоды;
- наличие кличек, прозвищ;
- наличие так называемой прописки;
- отказ от участия в общественной жизни;
- отказ от работ по благоустройству, некоторых других работ;
- групповые нарушения;
- распространенность различных поделок (крестики, ножи, браслеты, различного рода сувениры зачастую с тюремной символикой);
- некоторые другие [3, с. 12].

Рассмотрим, к примеру, значение татуировок, как информативного элемента пенитенциарной субкультуры. Они являются своеобразным тайным языком символов, с помощью которого можно прочесть историю жизни преступника, определить его место в криминальной среде.

Для органов предварительного расследования татуировки имеют важное значение при расследовании уголовного дела. Татуировку стоит отнести к идеальным следам преступления, с помощью которого можно установить лицо, совершившее преступление, а также спланировать отдельные следственные действия, тактику установления психологического контакта с подозреваемым (обвиняемым). В этой связи немаловажным является знание особенностей восприятия человека и формы и способы использования данного элемента криминальной субкультуры при расследовании.

Так, на запоминание примет преступника, в том числе и татуировок, воспринятых свидетелем или потерпевшим, зачастую оказывает влияние их последующая деятельность. Впечатления могут забываться полностью или частично под влиянием яркого и сильного воздействия другого, последующего явления, интенсивной умственной работы или обилия новых впечатлений. Опасность смешения восприятий, подмены части информации, полученной из одного источника, сведениями из другого источника увеличивается, если эти впечатления сходны.

Например, потерпевшая С. в ходе допроса показала, что у нападавшего на нее преступника на руке была татуировка. Впоследствии, при предъявлении для опознания она с уверенностью опознала Г. как нападавшего на нее человека. Однако у Г. татуировок не было. Судом установлено, что оперуполномоченный Л. при опросе потерпевшей С. в больнице показывал ей свою татуировку на предплечье, расспрашивая о приметах преступника, что повлекло искажение показаний малолетней С., находившейся к тому же в болезненном состоянии.

На процесс восприятия человека может повлиять множество факторов: пол, возраст, профессия, состояние его чувств, освещенность, метеорологические условия, длительность восприятия, отдаленность воспринимаемого объекта. Все это следовательно должен учитывать как при опросе потерпевшего или свидетеля, так и при оценке данных им показаний.

На последующих этапах расследования уголовного дела, татуировки и их значение также играют огромную роль в планировании следователем следственных действий, например, допроса подозреваемого (обвиняемого). Зная о месте обладателя татуировок в криминальной среде, следователь должен заранее спланировать беседу с ним, составить план вопросов с учетом выясненных сведений. Это может быть использование аргументов к авторитету, к знаниям и мастерству преступника, склонение к сотрудничеству и т.д.

Обладая знаниями о языке татуировок и тактических приемах создания благоприятной психологической обстановке следственных действий следователь может существенно облегчить свою работу по раскрытию преступления.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что пенитенциарная субкультура, как и криминальная субкультура в целом, сегодня стала неотъемлемой частью жизни всего общества. Мы давно привыкли считать основные элементы и отличительные признаки, характерные для осужденных, как нечто нормально и обыденное в нашей жизни. Нельзя забывать о том, что пенитенциарные «понятия» играют особую роль для криминальных элементов, служат своеобразным «маячком» для «своих», а слепое следование и перенос их в обычную жизнь без осознания и понимания их значение, могут привести к печальным последствиям и конфликту с криминальным миром. Вместе с тем, все элементы пенитенциарной субкультуры представляют собой огромный клад информации, которая может оказать существенную помощь при раскрытии и расследовании преступления, поддержании порядка в исправительном учреждении.

Список использованных источников:

1. Яковлев Н.А. Тюремная (пенитенциарная) субкультура как криминогенный фактор и перспективы нейтрализации ее негативного влияния: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Елец, 2006.
2. Шемякина В.В. Криминальная субкультура в современной России: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Челябинск, 2010.
3. Александров Ю.К. Очерки криминальной субкультуры. – М. 2001.

Перепелиця Г. Б.,

аспірантка кафедри кримінального права № 1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ОХОРОНЮВАНИЙ ЗАКОНОМ ІНТЕРЕС» (СТ. 364 КК УКРАЇНИ)

У доктрині кримінального права увага багатьох учених-криміналістів прикута до вчення про злочини у сфері службової діяльності. Не занурюючись в аналіз усіх змін, які відбулися в законодавстві про злочини службових осіб, зазначимо, що незважаючи на вагомий внесок багатьох науковців у галузі кримінального права в розвиток цього вчення, виявляється чимало проблем, актуальність яких є очевидною, а інтерес з боку їх дослідників – незмінним.

Значну роль у розробці зазначених проблем відіграли дослідження таких вчених радянського та сучасного періодів як О. Я. Светлов, М. І. Мельник, М. Д. Лисов, А. Н. Трайнін, Б. С. Утевський, В. Ф. Кириченко, В. Д. Меньшагін, О. Б. Сахаров, А. К. Квіцінія, Р. Л. Максимович, А. А. Стрижевська, Б. В. Волженкін, П. П. Андрушко та ін.

Наукові уявлення про сутність службових злочинів і їх відображення в законі про кримінальну відповідальність поступово змінювалися, зокрема чималий вплив на це справили економічні і політичні перетворення на зламі ХХ-ХХІ століть. Роздержавлення економіки, визнання приватної власності і свободи підприємництва зумовили проблему реформування законодавства про відповідальність за злочини у сфері службової діяльності.

Особливо це стало відчутним з прийняттям ЗУ № 3207 від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення». По-перше, цим законом було змінено назву розділу XVII. Нині вона сформульована як «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг». По-друге, по-іншому сформульоване поняття «службова особа», у зв'язку з чим розділ містить статті, що передбачають відповідальність службових осіб юридичних осіб як публічного, так і приватного права.

Стаття 364 КК України складається з трьох частин і примітки. Зокрема, частина перша цієї статті встановлює відповідальність за зловживання владою або службовим становищем, тобто умисне, з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб.

Як бачимо, зловживання владою або службовим становищем передбачено ст. 364 КК України як злочин з матеріальним складом. Причому поняття «інтерес» у диспозиції цієї статті вживається законодавцем неодноразово при характеристиці різних елементів складу цього злочину. По-перше, про інтерес йдеться при окресленні *об'єктивної сторони*, а саме диспозиція містить указівку на те, що винний (службова особа публічного права), з одного боку, вчиняє діяння «всупереч *інтересам служби*» (тут і далі підкреслено мною – Г. П.), з другого – це діяння, як зазначено в ст. 364 КК України, завдає істотної шкоди охоронюваним законом *інтересам* окремих громадян або державним чи громадським *інтересам*, або *інтересам* юридичних осіб. Простіше кажучи, завдана істотна шкода інтересам фізичних чи юридичних осіб або державі є нічим іншим як наслідком аналізованого злочину, а зазначені особи та держава є потерпілими від цього злочину. Законодавець не уникнув згадки про інтерес і при характеристиці *суб'єктивної сторони* зловживання владою або службовим становищем, а саме при

вказівці на спеціальний мотив суб'єкта злочину. Цим мотивом він визнав, поряд з корисливим мотивом ще й «інші особисті *інтереси*» та «*інтереси* третіх осіб». Таким чином, є всі підстави дійти висновку, що поняття «інтерес» відіграє вагомий роль в юридичному аналізі досліджуваного злочину. То ж надзвичайно важливо з'ясувати зміст цього поняття.

Інтерес (від лат. *interesse* – мати важливе значення) – емоційна, підвищена увага людини до будь-якого об'єкта чи явища. Інтерес, як і потреба, виявляє об'єктивне та суб'єктивне ставлення людини до умов свого існування, тому в реальній дійсності вони тісно переплетені. Потреба виступає основою інтересу, породжує його, а різниця між ними полягає в тому, що інтерес пов'язаний з соціальною діяльністю, необхідною для задоволення потреб, а потреби є умовами, необхідними для існування людини. Об'єктивна складова інтересу пов'язана з умовами життя, економічними відносинами, а суб'єктивна – з особистісною усвідомленістю інтересу.

Поняття «інтерес» є міжгалузевим. Воно зустрічається не тільки в науці загальної теорії держави і права, але й в інших галузевих науках, зокрема в конституційному, цивільному, кримінальному, кримінально-процесуальному, кримінально-виконавчому праві та ін.

Існують численні класифікації інтересів за різноманітними критеріями.

У правових джерелах по-різному визначається сутність законного інтересу. З цього приводу П. П. Андрушко та А. А. Стрижевська зазначають, що в теорії кримінального права відсутня єдність у визначенні змісту цього поняття. Аналогічної думки дотримуються Г. М. Зеленов і О. О. Дудоров, які також вказують, що аналіз суспільно небезпечних наслідків, як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони службового зловживання, ускладнюється ще і тим, що ґрунтовні дослідження понять «права», «свободи» та «інтереси» людини і громадянина й «інтереси держави», «громадські інтереси» та «інтереси юридичних осіб» в теорії кримінального права відсутні.

Проблемними залишаються і питання про співвідношення інтересу та прав і обов'язків, а також не ясно, чи потребує інтерес закріплення в законі чи будь-якому іншому нормативно-правовому акті.

Одні вважають, що інтерес передує правам і обов'язкам незалежно від того, знаходять вони пряме закріплення в законодавстві чи просто підлягають правовому захисту з боку держави. Другі вважають, що інтерес закріплюється не лише в конкретних правових розпорядженнях, а й у принципах права. Схожу позицію займають М. І. Матузов і О. В. Малько, які стверджують, що більшість законних інтересів формально в законодавстві не закріплені, вони можуть виводитись із загальних принципів і духу права.

У статті 364 КК України, як уже зазначалося, поняття «інтерес» використовується, але його зміст не розкривається. Головна ознака, на якій законодавець акцентує увагу, полягає в тому, що інтерес, якому завдається шкода, може походити з боку фізичної чи юридичної особи або держави, але незалежно від того, чий саме інтерес порушується, йдеться саме про законний інтерес (інтерес, що охороняється законом).

Охоронюваний законом інтерес (від англ. *legitimate interest, interest protected by law*) – це різновид дозволянь, закріплених в об'єктивному праві або таких, що випливають з його смислу, і виражаються у можливостях суб'єкта права користуватися конкретним соціальним благом, а також у деяких випадках звертатися за захистом до компетентних державних органів або громадських організацій – в цілях задоволення своїх потреб, що не суперечать суспільним.

З наведеного випливає, що юридична природа законного інтересу полягає в юридичному дозволенні, яке закріплено в об'єктивному праві або випливає з його змісту.

Вищевикладене дає підстави для таких висновків:

1) поняття «інтерес» є достатньо складною категорією, з'ясування змісту якої набуває все більшої актуальності для юридичної науки;

2) юридична природа інтересу однозначно не визначена ні в законі, ні в правовій науці. Серед існуючих підходів до її визначення найбільш прийнятним вважаємо об'єктивно-суб'єктивний підхід;

3) поняття «потреба», «інтерес», «право» хоча і є близькими, органічно взаємозв'язаними, проте не є тотожними. Зазвичай потреба лежить в основі охоронюваного законом інтересу, який перебуває в нерозривному зв'язку з суб'єктивним правом відповідного суб'єкта;

4) при застосуванні ст. 364 КК України для встановлення наслідків зловживання владою або службовим становищем слід керуватися рішенням Конституційного Суду України (справа про охоронюваний законом інтерес) від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004.

5) порушення охоронюваних законом інтересів фізичних чи юридичних осіб може полягати у створенні перепон у задоволенні відповідними суб'єктами своїх потреб, що не суперечать нормам права і суспільній моральності. Інтереси держави можуть бути порушені шляхом підриву авторитету органів державної влади та місцевого самоврядування, органів управління.

Орленко О. М.,

аспірант, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького

МЕЖІ ЮРИСДИКЦІЇ ДЕРЖАВИ В ПРОТИДІЇ КІБЕРЗЛОЧИННОСТІ

Всі ми в побуті не раз зіштовхувались із тими чи іншими проявами кіберзлочинності. Хакер зламав електронну поштову скриньку, пограбовано банк, вкрадено інформацію з податкової щодо банківських рахунків мільйонів осіб. Як вберегти себе від подібних злочинів – це справа не одного індивіда, адже часом кіберзлочинність набирає таких погрозлих форм, що самотужки з нею не впоратись. Радше, це справа держави, і певно, навіть не однієї держави, а всього міжнародного співтовариства, адже кіберзлочинність є глобальним соціальним явищем.

Двадцять та двадцять перше століття, що характеризується зростанням застосування телекомунікаційних технологій, істотно підірвало деякі з презумцій, на яких базувалась традиційна модель юрисдикції. Зокрема, стало легше для будь-кого вчинити злочин в одній країні, та швидко залишити її межі, таким чином підриваючи здатність держави застосувати санкції до правопорушника. Винайдення Інтернету зробило можливим для громадянина, наприклад, країни А вчинення злочину проти громадянина, що знаходиться в країні В, без фізичної присутності на території цієї країни В.

В праві Сполучених Штатів Америка поняття «юрисдикція» визначено як «здатність держави приймати закони, чинити правосуддя та здійснювати примусовий вплив» [1] Традиційно, всі три типи юрисдикції ґрунтуються на концепції території. Держава має здатність приписувати, що є законною або незаконною поведінкою в межах своєї території та здатність застосовувати примусовий вплив на суб'єктів, чиє правопорушення мало місце на її території. Ця концепція «юрисдикції» впливає з основного положення про те, що суверенне утворення має верховну владу в межах своєї території, що включає в себе владу здійснювати контроль над своєю територією та владу застосовувати там закони. [2]

Яке відношення має ця концепція юрисдикції до кіберзлочинності? Відомо, що з питання кіберзлочинності в рамках Ради Європи 23 листопада 2001 року було прийнято Конвенцію щодо запобігання кіберзлочинності, відому ще як «Будапештська конвенція», яка набрала чинності 1 липня 2004 року. Стаття 22 Конвенції врегульовує питання підсудності юрисдикції держави за скоєння кіберзлочину, закріплюючи, що кожна держава вживає таких законодавчих та інших заходів з метою встановлення підсудності щодо будь-якого кіберзлочину, вчиненого: а) в межах її території; б) на судні, що несе прапор цієї держави; в) на борту літака під прапором цієї держави; г) вчинене одним з її громадян, якщо за це правопорушення передбачено покарання правом держави, де його було вчинено; або якщо правопорушення не підпадає під територіальну юрисдикцію жодної держави. [3]

Отже, як вбачається з пункту С статті 22 Конвенції, після території, громадянство правопорушника є другою суттєвою підставою юрисдикції щодо кіберзлочину. Законодавство Німеччини має схоже положення: держава має юрисдикцію щодо злочину, вчиненого за її межами громадянином Німеччини, якщо його діяння там криміналізовано. [4] В Нідерландах передбачено ряд спеціальних положень щодо підсудності громадянина цієї держави за скоєння кіберзлочину. Зокрема, підробка, включаючи комп'ютерну підробку, вчинена за кордоном державними службовцями Нідерландів або службовцями міжнародних організацій, що розташовані в Нідерландах, переслідується в Нідерландах, якщо злочин криміналізовано в державі, де його було вчинено. Також, підлягає переслідуванню за законодавством Нідерландів публікація конфіденційної інформації, що була отримана з доступом до комп'ютера громадянином

Нідерландів. Нарешті, переслідується в Нідерландах й розповсюдження дитячої порнографії, якщо скоєне громадянином цієї держави. [5]

Існують також і такі підстави для визначення підсудності юрисдикції держави кіберзлочинця, як місце знаходження комп'ютеру – знаряддя злочину та багато інших.

Отже, в даній статті ми визначили, що є підставами для визначення підсудності юрисдикції держави у випадку скоєння кіберзлочину.

Список використаних джерел:

1. Restatement of Foreign Relations Law of the United States (1987), § 401.
2. Конституція України від 28 червня 1996 року, статті 1, 2, 5 та 8.
3. Convention on Cybercrime, 23. XI.2001, European Treaty Series, No. 185, p.13.
4. Strafgesetzbuch § 7 Nr (2) (1).
5. Wetboek van Strafrecht, art. 4 (11), 5 (1) (1), 5 (1) (3).

Орловська Н. А.,

доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права, процесу та криміналістики Міжнародного гуманітарного університету, м. Одеса

КРИМІНОЛОГІЧНА СИСТЕМА УКРАЇНИ: ДИСКУРС У КОНТЕКСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПУБЛІЧНОГО ПОРЯДКУ

Перехід від осмислення публічного порядку як категорії внутрішнього права до його розгляду в контексті загальноєвропейського правового простору надає додаткового імпульсу аналізу інструментарію впорядкування взаємин між учасниками європейського співтовариства в сферах «спільного інтересу». При цьому навіть тоді, коли ми визнаємо продуктивність аутопостичного підходу, у рамках якого правова комунікація, процес узгодження волей суб'єктів відносин домінують над установленою сукупністю нормативних приписів та раціональністю законодавця, є очевидним, що протидія кримінальності як загальна потреба вимагає чіткого позитивно-правового забезпечення: адекватної кримінально-правової заборони, встановлення системи спеціальних суб'єктів запобіжної діяльності та визначення їх компетенції тощо.

Але звернемо увагу на те, що формування нормативно-правового поля в сфері запобігання злочинності потребує суттєвого теоретико-методологічного переосмислення. Зокрема, необхідно визнати, що інституційне новаторство обов'язково включає конкуренцію старих формальних (законних) і нових неформальних (незаконних) соціальних практик. У цьому сенсі злочинність є невід'ємним елементом суспільства як системи, що надає останній можливостей інноваційного розвитку. Тому слід відмовитися від схоластичного унормування суспільних відносин, що призводить до формування штучної реальності.

Питання про ліквідацію злочинних проявів слід ставити тоді, коли ці прояви чітко визначені як відхилення, що загрожують системній цілісності суспільства. Розподіл вельми обмежених ресурсів, які можуть бути виділені на запобігання злочинності, має відбуватися на підставі ретельного вивчення та врахування не лише прямих та опосередкованих наслідків кримінальності, але й соціальних результатів протистояння їй. Тому все, що перебуває в межах природних для системи відхилень від норми, може контролюватися без надмірної «драматизації зла».

Фаховий дискурс у цьому контексті має носити комплексний характер, адже запобігання злочинності потребує систематичних стратегій, однозначної відмови від спорадичних (часто кон'юнктурних) проявів, що насправді лише імітують протистояння кримінальності.

Вважаємо, що комплексність, стратегічна спрямованість запобігання злочинності можуть бути забезпечені шляхом застосування концепту національної кримінологічної системи.

Бачення сутності та змісту кримінологічної системи було запропоновано О. М. Ведерніковою: це сукупність структурно обумовлених і функціонально взаємопов'язаних елементів, що визначають теоретичне обґрунтування (кримінологічний світогляд), нормативне регулювання (кримінологічне регулювання) та практичну організацію (кримінологічну практику) запобігання злочинності в країні [1, с. 32].

Загалом поділяючи даний підхід, зазначимо, що кримінологічна система призначена не лише для визначення тактичних напрямів запобігання злочинності, у першу чергу, вона має визначати стратегію протидії кримінальності, засади державної політики, її стратегію в даній сфері [2, с. 108]. Національна кримінологічна система відбиває соціокультурні особливості певного історичного періоду, і цей аспект знаходить свій вияв у системі правового регулювання, адже право є продуктом культури.

Саме в контексті національної кримінологічної системи доцільно здійснювати теоретико-прикладні розвідки щодо запобігання злочинності, що дозволило б забезпечити адекватне по-

єднання, з одного боку, певної усталеності даної діяльності, її відповідності соціокультурним стандартам, а з іншого, – динамічних змін, належної модернізації з огляду на специфіку конкретно-історичного періоду життя країни.

Криминологічну систему слід відрізнити від моделей запобігання злочинності, зокрема, культурно-традиційної, теократичної (релігійної), ідеократичної, поліцейської тощо. Відмінність криминологічної системи від моделі запобігання злочинності полягає в тому, що в рамках певної криминологічної системи можуть одночасно існувати елементи декількох моделей; можливий перехід від однієї до іншої моделі в межах національної криминологічної системи.

Певний тип моделі відбиває суспільний запит щодо визначення центральної інституційної ланки запобігання злочинності. При цьому відповідність вимогам сучасного моменту означає доцільність періодичного перегляду співвідношення державних та недержавних, офіційних та неофіційних засобів соціального контролю, що означає зміни в системі спеціальних суб'єктів запобігання злочинності.

Сучасна держава не повинна переоцінювати свої можливості щодо запобігання кримінальній делінквентності: ані фінансово, ані організаційно, ані інтелектуально протидія кримінальності не може здійснюватися виключно зусиллями державних суб'єктів. Ескалація поліційних методів протистояння злочинності не підтримується суспільством, навпаки, накладаючись на глибинні соціальні протиріччя, викликає недовіру.

Крім цього, «занадто багато держави» – це не той тренд, який знаходиться в контексті європейського публічного порядку. У цьому плані нагадаємо, зокрема, позицію скандинавських країн щодо запобігання кримінальній делінквентності дітей. Навряд чи можна вважати, що в цих країнах такі прояви не хвилюють соціум. Навпаки – саме розуміння того, що кримінальність дітей є глибинною засадою самовідтворення злочинності, призвела до розбудови такої системи поводження з дітьми-делінквентами, яка суттєво зменшує наслідки стигматизації останніх державними інституціями.

Україні слід визнати за інститутами громадянського суспільства не лише наявність значного потенціалу в сфері запобігання злочинності, але й фактичну готовність та можливість акумулювати зусилля для реального протистояння їй. Риторика щодо інертності, небажання суспільства вирішувати питання запобігання злочинності не відповідає дійсності. Доречно нагадати, що саме суспільна ініціатива була первинною щодо запровадження інститутів примирення винного з потерпілим, мирових угод тощо.

Тому слід акцентувати увагу на доречності поступового підключення до поліцейської моделі запобігання злочинності, що функціонує в Україні, культурно-традиційних елементів, що передбачають розширення сфери компромісу, альтернатив судовому втручання, появи (почасти й реанімації) громадських ініціатив задля скорочення соціальних витрат діяльності державних структур у даній сфері.

У цьому сенсі саме національна криминологічна система забезпечує теоретичне обґрунтування та нормативно-правове оформлення оновленої моделі запобігання злочинності та не дає останній перетворитися на стагнаційний чинник соціального буття. Використання концепту національної криминологічної системи надасть можливості здійснення запобіжної діяльності, яка базується на принципі верховенства права та відбиває соціокультурні уявлення про справедливість.

Список використаних джерел:

1. Ведерникова Н. О. Основные криминологические системы современности (сравнительный анализ) / Н. О. Ведерникова // Государство и право. – 2002. – № 10. – С. 32-40.
2. Орловська Н. Концептуальні проблеми вітчизняної криминологічної системи / Н. Орловська // Сучасний вимір держави та права: зб. наук. праць / За ред. В. І. Терентьева, О. В. Козаченка. – Миколаїв: Вид-во «Іліон», 2008. – С. 108-110.

Парасюк Н. М.,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінально-правових дисциплін Навчально-наукового інституту права, психології та економіки Львівського державного університету внутрішніх справ

ДЕЯКІ МІРКУВАННЯ ЩОДО УДОСКОНАЛЕННЯ ЧИННОЇ РЕДАКЦІЇ СТАТЕЙ 318 ТА 319 КК УКРАЇНИ

Теоретичне дослідження незаконних дій з документами, бланками, штампами та печатками за кримінальним правом України дозволило сформулювати концептуальні положення, які стосуються можливого удосконалення чинної редакції ст. ст. 318 та 319 КК України. Запропоноване редагування першочергово стосується ознак предмета складу злочину, передбаченого ст. 318 КК України. На відміну від інших складів злочинів про підроблення документів, в тому числі і ст. 358 КК України, «результат» підробки у розглядуваному випадку позначається двома юридичними конструкціями, а саме «підроблені документи» та «незаконно одержані документи». Як видається, спільним для обох видів документів є те, що складені вони всупереч установленим вимогам у сфері офіційного обігу дійсних документованих носіїв юридично значущої інформації із спеціальним правовим режимом. Важливою особливістю офіційних документів є не лише складення їх із виконанням установлених вимог щодо форми, змісту та розміщення реквізитів, але й дотримання спеціального порядку для введення їх в офіційний обіг. Тобто незаконно одержаний документ теж слід вважати фальшивим, а отже підробленим. Використаний у диспозиції ч. 1 ст. 318 КК України термін «незаконно одержаний документ» є не зовсім вдалим, оскільки він за змістом повністю відповідає більш точному терміну «підроблений документ». Звідси, вважаємо, що антипод справжнього документа, має відобразитися у кримінальному законі єдиним терміном «підроблений документ». Своєю чергою це сприятиме уніфікації термінологічного апарату, а також зменшенню кількості термінів-синонімі, які дуже часто лише ускладнюють процес застосування кримінально-правових норм. Тому, пропонуємо виключити із диспозиції ч. 1 ст. 318 КК України слова «чи незаконно одержаних документів».

З огляду на неоднозначність термінології, додаткового тлумачення потребують форми зовнішнього прояву злочинної поведінки, які альтернативно визначені у диспозиції ч. 1 ст. 318 КК України, серед яких вказані незаконне виготовлення та підроблення документів, які дають право на отримання наркотичних засобів чи психотропних речовин або прекурсорів. Такий спосіб конструювання ознак складу злочину цілком логічно мав би свідчити про різне функціональне наповнення кожної із форм. Натомість детальний аналіз незаконного виготовлення та підроблення свідчить про те, що незважаючи на різне термінологічне позначення, в обох випадках результатом незаконних дій стає документ, який не відповідає дійсності в цілому чи в окремих частинах, тобто є підробленим. Відтак взаємозв'язок між юридичними конструкціями «підроблення документів» та «незаконне виготовлення підроблених документів» можна відобразити за допомогою співвідношення «рід – вид». Суть підроблення не обмежується лише вказаною формою, а може також полягати у видозмінненні документованих носіїв інформації. Тому видається нелогічним вказувати у законодавчому приписі поряд із узагальненим поняттям його видові складові. У розглядуваному синонімічному ряді саме термін «підроблення» найбільш чітко відображає основний зміст злочинного діяння, яке полягає у створенні антиподу справжнього офіційного документа. Схожої позиції дотримується С. С. Тучков та К. В. Полубінська [1, с. 82]. Відтак вважаємо, що поняття «незаконне виготовлення» у ч. 1 ст. 318 КК України є додатковим дублюванням форм підроблення. Саме тому висловлюємо пропозицію про виключення цього звороту із назви та диспозиції ч. 1 ст. 318 КК України.

Законодавча конструкція ст. 319 КК України також викликає певні зауваження. Кримінально-правова заборона у ній сформульована як незаконна видача рецепта на право придбання наркотичних засобів або психотропних речовин з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах. Не зрозуміло, чому в об'єктивну сторону аналізованого складу злочину включено лише «видачу»? Відповідно до нормативно-правових актів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів виписування рецепта на придбання цих речовин здійснюється із дотриманням установлених вимог щодо складання рецепта, форми та розміщення реквізитів, а також спеціального порядку їх видачі та відпуску. Рецепт, який виписаний із порушенням цих правил або містить несумісні лікарські засоби вважається недійсним. Таким чином, механізм заподіяння шкоди охоронюваним кримінальним законом суспільним відносинам обумовлюється, перш за все передбаченням у нормативних актах різної юридичної сили суворо регламентованого порядку видачі рецептів на право придбання наркотичних засобів або психотропних речовин, встановлений з метою перекриття шляхів поширення наркоманії. Аналіз правозастосовчої практики показав, що у переважній більшості суди кваліфікують діяння за ст. 319 КК України у тих випадках, коли у складених рецептах відображаються недійсні дані, зокрема, про невірний діагноз, про особу, яка на даний час уже померла або особу, яка фактично медичного огляду не проходила і не одержувала рецепт. Таким чином суть розглядуваної кримінально-правової заборони зводиться до того, що спеціальний суб'єкт (медичний працівник) вчиняє дії, які полягають у створенні завідомо підробленого рецепта на право придбання наркотичних засобів або психотропних речовин. Саме тому наявні підстави розглядати кримінально-правові норми, сформульовані у ст. ст. 318 та 319 КК України, як такі, що конкурують між собою. Однак, визначитися із правилами подолання дуже важко, з огляду на те, що розмежування між цими складами злочинів, як правило, проводиться за ознаками суб'єкта, проте не завжди. Так, в одних випадках суб'єктом складу злочину, передбаченого ст. 319 КК України визнається загальний суб'єкт [2, с. 247], а в інших – спеціальний [3, с. 929].

Неоднозначність конструкції ст. 319 КК України породжує неоднакове їх розуміння і правозастосувальним органом. Так в одному із судових вироків за ч. 1 ст. 318 КК України були кваліфіковані дії особи, які виразилися у наступному: ОСОБА_2, працюючи на посаді дільничного лікаря-психіатра поліклінічного відділення, без відповідних медичних показань, видала ОСОБА_3 рецепт форми № 3 серія АГ № 333157, заповнений на ім'я ОСОБА_4. на придбання лікарського засобу «Феназепам», котрий згідно з «Переліком наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів», затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 06.05.2000 р. № 770 (таблиця 2), віднесено до психотропних речовин [4]. Кримінально-правова кваліфікація цього випадку викликає сумніви. Обґрунтуванням для цього висновку є якраз наявність у кримінальному законі норми сформульованої у ст. 319 КК України, яка на нашу думку, поширюється на випадки підроблення рецептів, вчинених спеціальним суб'єктом. З іншої сторони, неоднакове застосування судами цієї кримінально-правової норми свідчить про явні недоліки у законодавчій техніці. Розглядувана кримінально-правова норма є спеціальною щодо ст. 358 (за ознакою предмета складу злочину), ст. 366 (за суб'єктом злочину) та ст. 318 (за суб'єктом злочину) КК України. Для правильної кваліфікації вчиненого необхідно дослідити складний ланцюг законодавчих конструкцій. Як видається, відсутні достатні підстави для збереження у кримінальному законі такої кількості спеціальних норм. Проте, зважаючи на підвищену суспільну небезпеку дій із наркотичними засобами та прекурсорами, а також на важливість попередження наркоманії, пропонуємо виключити статтю 319 із чинного кримінального закону та доповнити частину 2 ст. 318 КК України вказівкою на вчинення тих самих дій, передбачених частиною 1 цієї статті медичним працівником.

Отож, вважаємо, що узгодження змісту розглядуваних кримінально-правових норм сприятиме забезпеченню однозначного розуміння спільних ознак і формування однакової та стабільної правозастосовної практики.

Список використаних джерел:

1. Тучков С. С. Термінологічні особливості конструювання диспозицій норм про відповідальність за злочини у сфері наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів / С. С. Тучков, К. В. Полубінська // Держава та регіони. – Серія: Право. – 2009. – №1. – С. 79-83.
2. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 2 / За заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка. – 3-тє вид., перероб. та доп. – К. : Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – 624 с.
3. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 9-тє вид., переробл. та допов. – К.: Юридична думка, 2012. – 1316 с.
4. Єдиний державний реєстр судових рішень України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua>.

Ханин Д. Ю.,

магістрант кафедри криміналістического забезпечення розслідування преступлений ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия» (Російська Федерація)

КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЕ ЗНАЧЕНИЕ ВИДЕОЗАПИСЕЙ С ВИДЕОРЕГИСТРАТОРОВ В РАССЛЕДОВАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ, СВЯЗАННЫХ С НАРУШЕНИЕМ ПРАВИЛ ДОРОЖНОГО ДВИЖЕНИЯ

В соответствии со ст. 74 УПК РФ, доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию, а так же иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела [1, с. 46]. В качестве доказательств допускаются вещественные доказательства. Уголовно-процессуальным кодексом вещественными доказательствами признаются предметы, которые могут служить средствами для обнаружения преступления и установления обстоятельств уголовного дела. Видеозаписи с видеорегистраторов, полученные в ходе расследования преступления, являются вещественными доказательствами и имеют важное криминалистическое значение.

Видеозаписи могут содержать информацию о скорости транспортного средства, о том, предпринял ли водитель действия для того, чтобы избежать нарушения правил дорожного движения и были ли пристегнуты ремнями безопасности, как водитель, так и пассажиры. Информация о скорости транспортного средства позволит определить, имел ли место факт превышения допустимой скорости движения на конкретном участке дороги. Назначение видеорегистратора – создание видеозаписи, которая может быть использована в качестве доказательной базы при расследовании преступлений, связанных с нарушением правил дорожного движения а так же при возникновении спорных ситуаций, связанных с происшествиями на дорогах. Именно они могут продемонстрировать истинные причины происходящего на дороге, помочь в установлении обстоятельств совершения преступления.

Чтобы видеозапись, как доказательство по уголовному делу, соответствовала требованиям допустимости, имела юридическую силу и могла использоваться для доказывания определенных уголовно-процессуальным кодексом обстоятельств, следует соблюдать порядок ее изъятия. Если подозреваемый в совершении преступления откажется добровольно выдать видеозапись, то следователь на основании вынесенного им постановления, при осмотре места происшествия или при производстве выемки изымает ее в процессуальном порядке, в присутствии понятых, которым видеозапись предоставляется для ознакомления. Затем упаковывается и опечатывается.

Изъятые видеозаписи с видеорегистраторов могут быть направлены на видеофоноскопическую экспертизу для проверки ее подлинности. Чтобы специалист экспертно-криминалистического центра мог однозначно судить о том, подвергалась ли видеозапись монтажу, она должна быть достаточно высокого качества. Чтобы добиться этого, следует обращать внимание на следующие технические характеристики видеорегистратора.

Во-первых, плавность изменения кадров в секунду, т.е. чем больше кадров в секунду видеорегистратор способен фиксировать, тем выше качество видеозаписи. На сегодняшний день видеорегистраторы способны фиксировать от 30 кадров в секунду, что позволяет получить качественную запись видео.

Во-вторых, угол обзора камеры должен быть не менее 120 градусов, чтобы обеспечить широкоугольную съемку и фиксировать больший, криминалистически значимый объем информации.

В-третьих, возможность ведения записи в условиях плохой освещенности. Немало дорожно-транспортных происшествий происходят в вечернее и ночное время.

В-четвертых, возможность автоматического или ручного наложения и отображения на видеозапись даты и времени. Так как в соответствии со ст. 73 УПК РФ, к обстоятельствам, подлежащим, с точки зрения криминалистики, установлению, относится в первую очередь событие преступления, к которому относится время.

В-пятых, наличие в видеорегистраторе собственного аккумулятора позволит сохранить запись в случаях отключения от бортовой сети питания транспортного средства.

С каждым годом на дорогах увеличивается число транспортных средств, ежедневно видеорегистраторы фиксируют множество дорожно-транспортных происшествий, курьезных случаев на дорогах, незаконных маневров водителей и другие факты нарушения правил дорожного движения.

Видеорегистраторы используются в основном в западных странах. Так, например, в Соединенных Штатах Америки широкое применение получили как видеорегистраторы устанавливаемые в транспортных средствах, так и внешние видеорегистраторы, устанавливаемые на различных участках дороги, что помогает в раскрытии преступлений связанных, в частности с нарушением правил дорожного движения, а так же других преступлений. Видеорегистраторы обязательно устанавливаются в полицейских патрульных автомобилях, в общественном транспорте, а так же в школьных автобусах.

Учитывая позитивный зарубежный опыт, было бы целесообразным нормативно закрепить обязанность производителей современных транспортных средств оснащать видеорегистраторами транспортные средства в ходе их производства, а так же обязанность водителей, собственников уже произведенных, транспортных средств, оснащать их видеорегистраторами самостоятельно. При установке видеорегистраторов, следует учитывать указанные ранее рекомендации по техническим характеристикам. Кроме того предусмотреть систему штрафов, обеспечивающих исполнение этих обязанностей. Средства, полученные от взыскания штрафов направлять на финансирование, программы по оснащению видеорегистраторами транспортных средств, находящихся в федеральной собственности.

Список использованных источников:

1. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (по состоянию на 25 сентября 2013 года) // СПС Консультант Плюс.



**Кримінальний процес
та криміналістика,
судова експертиза**

**Уголовный процесс
и криминалистика,
судебная экспертиза**



**Criminal Procedure
and Criminalistics,
Judicial Expertise**

Бабошкін А. М.,

здобувач кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОКУРОРСЬКИЙ НАГЛЯД ЗА ЗАКОННІСТЮ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ШАХРАЙСТВА З ФІНАНСОВИМИ РЕСУРСАМИ

Значення фінансової системи для життєдіяльності будь-якої держави цілком справедливо порівнюється зі значенням кровоносної системи для живого організму. Тому будь-яка держава, у тому числі й Україна, створює систему дієвих механізмів захисту своєї фінансової системи від злочинних посягань.

Одним із важливих елементів такої системи є встановлення кримінальної відповідальності за шахрайство з фінансовими ресурсами.

Разом з тим, на підставі проведеного нами дослідження можна зробити висновок про високий рівень шахрайств з фінансовими ресурсами в Україні. Окрім того, офіційні статистичні дані МВС України не відображають повністю реальної кількості вчинених злочинів цієї категорії, оскільки ці злочини характеризуються високим рівнем латентності. А тому для своєчасного їх виявлення, всебічного та повного розслідування, а також встановлення обставин предмету їх доказування у справах цієї категорії виникає необхідність застосування усього комплексу не лише кримінально-процесуальних, а й оперативно-розшукових засобів.

Важлива роль у захисті особи, суспільства та держави від шахрайства з фінансовими ресурсами, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура відводиться прокурору як головному суб'єкту сторони обвинувачення.

Прокурор згідно зі статтею 36 КПК України, здійснюючи свої повноваження відповідно до вимог цього КПК України, є самостійним у своїй процесуальній діяльності, втручання в яку осіб, що не мають на те законних повноважень, забороняється. Органи державної влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації, службові та інші фізичні особи зобов'язані виконувати законні вимоги та процесуальні рішення прокурора.

Прокурор, здійснюючи нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, уповноважений:

- 1) починати досудове розслідування за наявності підстав, передбачених цим Кодексом;
- 2) мати повний доступ до матеріалів, документів та інших відомостей, що стосуються досудового розслідування;
- 3) доручати органу досудового розслідування проведення досудового розслідування;
- 4) доручати слідчому, органу досудового розслідування проведення у встановлений прокурором строк слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій або давати вказівки щодо їх проведення чи брати участь у них, а в необхідних випадках – особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії в порядку, визначеному КПК;
- 5) доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам;
- 6) призначати ревізії та перевірки у порядку, визначеному законом;

7) скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови слідчих;

8) ініціювати перед керівником органу досудового розслідування питання про відсторонення слідчого від проведення досудового розслідування та призначення іншого слідчого за наявності підстав, передбачених цим Кодексом, для його відводу, або у випадку неефективного досудового розслідування

9) приймати процесуальні рішення у випадках, передбачених цим Кодексом, у тому числі щодо закриття кримінального провадження та продовження строків досудового розслідування за наявності підстав, передбачених цим Кодексом;

10) погоджувати або відмовляти у погодженні клопотань слідчого до слідчого судді про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій у випадках, передбачених цим Кодексом, чи самостійно подавати слідчому судді такі клопотання;

11) повідомляти особі про підозру;

12) пред'являти цивільний позов в інтересах держави та громадян, які через фізичний стан чи матеріальне становище, недосягнення повноліття, похилий вік, недієздатність або обмежену дієздатність неспроможні самостійно захистити свої права, у порядку, передбаченому цим Кодексом та законом;

13) затверджувати чи відмовляти у затвердженні обвинувального акта, клопотань про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, вносити зміни до складеного слідчим обвинувального акта чи зазначених клопотань, самостійно складати обвинувальний акт чи зазначені клопотання;

14) звертатися до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності;

Водночас, незважаючи на широкі повноваження, прокурорський нагляд за додержанням законів під час розслідування шахрайства з фінансовими ресурсами ще не є достатньо ефективним. Основними причинами цього є, на наш погляд, відсутність спеціалізації у прокурорів – процесуальних керівників, надзвичайно велика їх завантаженість (в окремих випадках понад 200) у порівнянні, наприклад з процесуальними керівниками США та Західної Європи (до 6 кримінальних проваджень). Вирішення цих проблемних питань потребує відповідних організаційних заходів.

Бишевец О. В.,

кандидат юридичних наук, асистент кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ТАКТИЧНІ ПРИЙОМИ АКТУАЛІЗАЦІЇ ІДЕАЛЬНИХ СЛІДІВ ЗЛОЧИНУ

Дослідженню ідеальних слідів злочину увага приділялася у працях таких українських вчених як В. П. Бахін, В. К. Весельський, В. Г. Гончаренко, Д. В. Затенацький, В. Г. Лукашевич, М. В. Салтевський, М. І. Скригонюк, В. Ю. Шепітько, а також у працях зарубіжних вчених Р. С. Белкіна, О. М. Васильєва, Г. Г. Доспулова, В. І. Комісарова, Є. О. Центрова, С. А. Шейфера, М. І. Єнікеева та ін. Безумовно, проведені дослідження є вагомим внеском у розвиток теоретичних засад та удосконалення практики застосування вказаних тактичних прийомів, однак в опублікованих працях зосереджувалася увага, головним чином, на загальній характеристиці цих прийомів. Що ж до методологічного, процесуального та криміналістичного аспектів їх реалізації, то вони досліджені недостатньо, що зумовлює як теоретичні дискусії стосовно можливостей їх застосування у кримінальному судочинстві, так і труднощі в практиці їх реалізації.

У науковій літературі висловлюються полярні погляди щодо змісту прийомів актуалізації ідеальних слідів злочину. Так, вказані прийоми нерідко плутають з асоціаціями. Наприклад, О. М. Васильєв рекомендує з метою пожвавлення пам'яті допитуваного використовувати асоціації за суміжністю в часі або просторі, за подібністю й за контрастом. М. В. Салтевський розрізняє: 1) асоціації за суміжністю, коли забуте відновлюється у зв'язку з відтворенням попередньої або наступної події; 2) асоціації за подібністю, тобто нагадування про аналогічний факт або пред'явлення предмета, подібного до раніше спостережуваного допитуваним; 3) асоціації за протилежністю (контрастом).

Однак, асоціації не можуть розглядатися в якості тактичних прийомів, а є результатом ефективного застосування останніх. Такий висновок логічно випливає з аналізу змісту поняття асоціації. Асоціація (лат. *associo* – з'єдную, зв'язую) – поняття, що виникає при згадуванні іншого. Асоціація в психології – суб'єктивний образ об'єктивного зв'язку між предметами і явищами, фізіологічною основою якого є тимчасовий нервовий зв'язок. Таким чином, тактичні прийоми можуть застосовуватися лише з метою збудження асоціацій, а не як асоціації самі по собі. З огляду на зазначене всі перераховані вище прийоми доцільно іменувати прийомами збудження асоціативних зв'язків.

У науковій літературі до способів актуалізації ідеальних слідів злочину відносять пред'явлення допитуваному речових доказів, документів, протоколів інших слідчих (розшукових) дій, а також відтворення аудіо– і (або) відеозапису слідчих (розшукових) дій, допит на місці події, ознайомлення з показаннями інших осіб, застосування методів аналогії й порівняння, непрямий допит, а також вихід на місце, де відбулася подія, звернення до обставин, суміжних за часом і простором (постановка запитань), демонстрація набору аналогічних об'єктів (макетів, фотографій, малюнків тощо).

Наведені положення дають підстави зробити висновок, що здебільшого у науковій літературі про актуалізацію ідеальних слідів злочину йдеться, коли необхідно допомогти допитуваному згадати забуте. В той же час допит будь-якої особи незалежно від того, чи пам'ятає вона обставини, що стосуються злочину, чи ні, націлений на актуалізацію ідеальних слідів як інформаційних відображень у пам'яті людини щодо обставин події, яку вона спостерігала в минулому. Термін «актуалізація» застосовується в таких науках як мовознавство, інформатика, психологія та педагогіка. Оскільки в криміналістиці актуалізацію розглядають як засіб роботи з ідеальними слідами, які в свою чергу є інформаційними образами минулих подій, що збері-

гаються у пам'яті людини, то очевидним є те, що криміналістика цей термін запозичила із психології. Психологи під актуалізацією розуміють видобування з пам'яті засвоєного матеріалу (образів, рухів, думок, висловлювань тощо) з метою використання його при упізнаванні, пригадуванні, спомині чи безпосередньому відтворенні. Якщо під актуалізацією розуміти «видобування з пам'яті певної інформації», то, очевидно, що в самому визначенні вже презюмується те, що як допитуваний так і слідчий впевнені, що така інформація у пам'яті зберігається. Отже, про актуалізацію можна говорити лише як про спосіб пожвавлення у пам'яті забутого. В той же час при необхідності спростування неправдивих показань ніякого пожвавлення у пам'яті забутого не відбувається, адже особа нічого не забула, а навпаки намагається приховати те, що вона пам'ятає. В цьому разі шляхом застосування тактичних прийомів необхідно виявити інформацію, яку особа перекручує або приховує. Актуалізація сліду буде мати місце лише в тому випадку, якщо допитуваному необхідна допомога у пригадуванні інформації, якщо ж необхідним є викрити неправдивість його показань, то слід говорити про виявлення ідеальних слідів злочину. З огляду на зазначене обґрунтованим буде говорити про тактичні прийоми актуалізації ідеальних слідів злочину як про різновид тактичних прийомів їх виявлення. В свою чергу тактичні прийоми виявлення ідеальних слідів злочину є підстави класифікувати на такі, що спрямовані на пожвавлення у пам'яті людини забутого; виявлення і виправлення добросовісної помилки у показаннях; викриття неправдивих показань.

Наведене вище дає підстави для таких висновків:

– ідеальні сліди злочину зберігаються у пам'яті людини у вигляді інформаційних образів минулих подій;

– традиційно у науковій літературі про актуалізацію ідеальних слідів злочину йдеться, коли необхідно допомогти допитуваному згадати забуте, однак актуалізація буде мати місце лише в тому випадку, якщо допитуваному необхідна допомога у пригадуванні інформації, якщо ж необхідним є викрити неправдивість його показань, то слід говорити про виявлення ідеальних слідів злочину;

– тактичні прийоми виявлення ідеальних слідів злочину є підстави класифікувати на такі, що спрямовані на пожвавлення у пам'яті людини забутого; виявлення і виправлення добросовісної помилки у показаннях; викриття неправдивих показань.

Боржецька Н. Л.,

аспірант кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»

ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ МОМЕНТУ ЗАКІНЧЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Питання визначення моменту закінчення досудового розслідування невід'ємно пов'язане із можливістю реалізації кожним учасником кримінального провадження своїх прав, свобод та обов'язків на стадії досудового розслідування, а також реалізацією передбачених в ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) [1, с. 3] завдань кримінального провадження.

Багато науковців в різний час у своїх працях приділяли увагу питанню визначення моменту закінчення досудового розслідування, зокрема М. В. Жогін, Ф. Н. Фаткуллін, Г. М. Міньковський, Н. А. Якубович, Т. В. Каткова, А. Г. Каткова, О. Ю. Татаров, С. Б. Фомін та багато інших. Проте прийняття та набрання чинності КПК у 2012 році викликало необхідність повернутися до з'ясування даного питання та переосмислити поняття «момент закінчення досудового розслідування» та «етап завершення досудового розслідування».

Заради справедливості варто зазначити, що законодавець у КПК здійснив спробу остаточно вирішити питання про визначення моменту закінчення досудового розслідування. І хоча в порівнянні з Кримінально-процесуальним кодексом 1960 року дане питання у КПК отримало значно чіткіше регулювання, все ж остаточно з'ясувати його не вдалося. Окрім того, досі не втратила чинність, хоча стала морально застарілою постанова Пленуму Верховного Суду України 4 червня 2010 року № 6 «Про деякі питання, що виникають під час розгляду судами України скарг на постанови органів дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи», яка в п. 4 визначає момент закінчення досудового слідства, керуючись нормами Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року [2].

Досудове розслідування, згідно з п. 5 ч. 1 ст. 3 КПК, як стадія кримінального провадження, закінчується закриттям кримінального провадження або направленням (а відповідно до ч. 2 ст. 42, ст. 293 КПК «переданням») до суду обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Одночасно з переданням обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру до суду прокурор, відповідно до ст. 293 КПК, зобов'язаний під розписку надати їх копію та копію реєстру матеріалів досудового розслідування підозрюваному, його захиснику, законному представнику, захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного або виховного характеру.

Проте при аналізі окремих норм КПК очевидною стає певна непослідовність. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 290 КПК прокурор, переконавшись у тому, що зібрані під час досудового розслідування докази є достатніми для складання обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру повідомляє підозрюваному та його захиснику або доручає здійснити таке повідомлення слідчому «про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування». Таким же шляхом іде й слідча практика. Підозрюваному та захиснику повідомляють про надання доступу до матеріалів досудового розслідування і разом з тим – про завершення досудового розслідування у конкретному кримінальному провадженні, де датою завершення вказують дату відкриття матеріалів кримінального провадження. Така практика суперечить законодавчому визначенню

моменту закінчення досудового розслідування і створює певні труднощі при реалізації підозрюваним, його захисником, потерпілим, цивільним позивачем, його представником та законним представником, цивільним відповідачем, його представником права на подання клопотання під час реалізації процедури відкриття матеріалів, їх розгляд і задоволення за наявності відповідних підстав, адже такі клопотання фактично подаються після повідомлення слідчим, прокурором про завершення досудового розслідування. Право на подання таких клопотань, до речі, хоч і не передбачено безпосередньо у ст. 290 КПК, проте все ж визначено в п. 12 ч. 3 ст. 42, ч. 1 ст. 47, п. 4 ч. 1 ст. 56, ч. 4 ст. 58, ч. 3 ст. 61, ч. 3 ст. 62, ч. 3 ст. 63 КПК (з 1 вересня 2014 року – п. 7 ч. 3 ст. 64¹ КПК), а тому важко погодитися із позицією окремих науковців про те, що «в новому КПК не передбачено можливості ані заявлення клопотань про доповнення слідства, ані провадження слідчих дій після надання доступу до матеріалів» [3, с. 22]. Процедура розгляду таких клопотань визначена ст. 220 КПК, тобто розгляд їх повинен відбуватися в порядку розгляду клопотань під час досудового розслідування, адже дана стадія ще не завершилася. До того ж, ч. 11 ст. 290 КПК передбачається обов'язок сторін кримінального провадження «здійснювати відкриття одне одній додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду». Вважаємо за доцільне в даному випадку розуміти фразу отримання «додаткових матеріалів до судового розгляду» як отримання їх в т.ч. в результаті проведення додаткових процесуальних дій, про здійснення яких клопотали під час реалізації процедури відкриття матеріалів кримінального провадження відповідні зацікавлені особи.

Саме тому вбачається недоречним повідомляти вказаних осіб про «завершення досудового розслідування» тоді, коли дана стадія ще не завершилася ні юридично, ні фактично. Очевидно, що в даному випадку йдеться про завершення усіх слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, проведених у даному кримінальному провадженні для забезпечення збирання і зібрання доказів, достатніх для складання відповідного кінцевого у даній стадії процесуального рішення. Тобто, в даному випадку повідомляється лише про перехід, умовно кажучи, до етапу завершення стадії досудового розслідування, а не про закінчення цієї стадії.

Відтак, варто розрізняти момент закінчення досудового розслідування та етап завершення досудового розслідування. При закінченні досудового розслідування у формі, наприклад, звернення до суду з обвинувальним актом моментом закінчення досудового розслідування, як ми вже з'ясували вище, є момент направлення до суду обвинувального акта. Етап завершення досудового розслідування у даному випадку – це певний відрізок часу в межах стадії досудового розслідування від моменту повідомлення підозрюваному і його захиснику про надання доступу до матеріалів досудового розслідування до власне моменту закінчення досудового розслідування.

У зв'язку з цим до ч. 1 ст. 290 КПК варто внести зміни, виключивши з її тексту слова «завершення досудового розслідування та». Схожої позиції дотримується О. Ю. Татаров [4, с. 132]. Зміни також треба внести і до п. 5 ч. 2 ст. 56 КПК, яка передбачає право потерпілого під час досудового розслідування «отримувати копії матеріалів, які безпосередньо стосуються вчиненого щодо нього кримінального правопорушення, після закінчення досудового розслідування» сформулювавши її наступним чином «отримувати копії матеріалів, які безпосередньо стосуються вчиненого щодо нього кримінального правопорушення, після завершення проведення усіх слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій».

Таким чином, законодавцю необхідно внести ряд змін у діючий КПК для того, аби остаточно вирішити питання про момент закінчення досудового розслідування. Ми ж вважаємо, що момент закінчення досудового розслідування повинен збігатися зі впливом строків досудового розслідування у кожному конкретному кримінальному провадженні і ознаменувати собою припинення усіх кримінальних процесуальних відносин у даній стадії між учасниками кримінального провадження, а не лише завершення здійснення слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, проведених у даному кримінальному провадженні для забезпечення

збирання і зібрання доказів, достатніх для складання відповідного кінцевого у даній стадії процесуального рішення.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : – К. : «Центр учбової літератури», 2012. – 254 с.
2. Про деякі питання, що виникають під час розгляду судами України скарг на постанови органів дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи: постанова Пленуму Верховного Суду України 4 червня 2010 року № 6: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0006700-10>.
3. Фомін С. Б. Відкриття матеріалів іншій стороні кримінального провадження для ознайомлення: чи вирішить новий процесуальний інститут старі проблеми? / С. Б. Фомін // Адвокат. – 2012. – №7 (142). – С. 21-25: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://archive.nbuv.gov.ua/Portal/Soc_gum/Advokat/2012_7/Fomin.pdf.
4. Татаров О. Ю. Закінчення досудового розслідування складанням обвинувального акта: проблеми та шляхи їх розв'язання / О. Ю. Татаров// Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2012. – №2. – С. 124-134.

Бояров В.І.,

кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри кримінального процесу та криміналістики Академії адвокатури України

КРИМІНАЛІСТИЧНА КЛАСИФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНІВ ЕКСТРЕМІСТСЬКОЇ СПРЯМОВАНОСТІ

Розробка загальнотеоретичних концептуальних питань методики розслідування окремих видів злочинів, завжди пов'язана з кримінально-правовою класифікацією. Ще І. М. Якимов розглядав створення окремих методик саме за елементами складу злочину (об'єктивна сторона та об'єкт): злочини проти особи, злочини майнові; крадіжка чужого майна, пошкодження чужого майна та ін. До цього часу традиційно криміналістичні класифікації будуються відповідно до складу злочину, підтверджуючі тісний зв'язок криміналістики та кримінального права [4].

Класифікація злочинів може бути пов'язана з суб'єктом злочину; з його об'єктом, об'єктивною та суб'єктивною сторонами. Хоча на практиці криміналістичні методики пов'язані за кількома класифікаціями, але основне значення приділяється саме способу вчинення злочину.

Процеси глобалізації, які є характерними для країн колишнього СРСР призвели до негативних змін і тенденцій в між групових соціальних відносинах. Наприклад, глобальна економічна криза загрожує світовому співтовариству розповсюдженням расизму та ксенофобії, ескалацією нетолерантності, в тому числі антисемітизму, ісламофобії, збудженню ненависті [2].

Ці, та деякі інші фактори призводять до збільшення кількості злочинів екстремістської спрямованості, в тому числі і в Україні, де багато соціальних груп, які поділяються між собою за національною, расовою належністю, а також за релігійними, політичними та іншими ідеологічними ознаками.

Поява такої категорії злочинів, як злочини екстремістської спрямованості та потреба у формуванні відповідної криміналістичної методики, викликає необхідність у визначенні криміналістичної класифікації злочинів, які можна віднести до екстремістських та визначити елементи, що їх пов'язують та дає підстави для віднесення їх до однієї класифікаційної групи, яку може охопити окрема криміналістична методика.

Під сучасне розуміння екстремістських підпадають дії досить широкого спектру: від адміністративних правопорушень і до кримінально-караних діянь (переважно це злочини на підґрунті ненависті та нетерпимості), в тому числі й такого крайнього прояву екстремізму, яким є тероризм.

В теорії кримінального права та кримінології проблеми протидії злочинам екстремістської спрямованості досліджувалися такими науковцями, як Д.І.Амінов, Ю.М.Антонян, С.С.Борисов, В.А.Бурковська, А.І.Долгова, В.П.Смельянов, Н.Ф.Кузнецова, В.В.Лунеев, В.П.Тихий та ін.

Залежно від цільової спрямованості і суб'єктної діяльності екстремізм представляють у трьох традиційних формах: політичний, національний і релігійний. Але в останні роки з'явилося визначення екстремізму, де до традиційних вже форм прояву екстремізму запропоновано додати інші. Зокрема, під екстремізмом розуміють соціальне системне явище, в рамках якого поєднані на основі спільних політичних, ідеологічних, національних, релігійних, расових, соціальних, екологічних, економічних поглядів і переконань представники останніх, рухомі при цьому екстремістськими спонуканнями, вчиняють протиправні дії, спрямовані на насильницьке розповсюдження таких поглядів і викорінення поглядів, що суперечать поглядам, що відстоюються ними [3, с.8].

До головних ознак екстремістських дій традиційно відносять: насильство та заклики до нього, порушення законності і порядку, пропаганда і публічна демонстрація екстремістської атрибутики або символіки, фінансування екстремізму і заклики до повного або часткового знищення певних соціальних груп, або до інших дій, спрямованих на потурання прав тієї чи іншої соціальної групи; а також до екстремістської мотивації: залякування, ненависть, ворожнеча, хуліганські спонування, особиста або соціальна виключність і перевага, принципова не легітимність тощо. Злочини на підґрунті ненависті та нетерпимості – це злочини проти життя, здоров'я або приватної власності, об'єкт якого був обраний через дійсний або уявний зв'язок потерпілого з групою, що характеризується спільними ознаками ідентичності (існуюча або уявна раса; національне або етнічне походження; мова, колір шкіри, релігія, стать, вік, психічні або фізичні особливості, сексуальна орієнтація, або будь-який інший аналогічний фактор).

Під злочинами екстремістської спрямованості розуміють кримінально-карані діяння, вчинені з мотивів ненависті, а також з метою збудження ненависті або ворожнечі за ознаками раси, національності (етнічної належності), відношення до релігії [1, с.13].

Сам термін «екстремізм» в чинному КК України, як відомо, відсутній. Але якщо йдеться про злочини, передбачені у КК України, то до екстремістських можна віднести наступні групи злочинів: 1) кримінально-карані діяння, які посягають на основи та безпеку політичного устрою (ст.ст. 109, 110, 111, 113 КК України); (2) злочини терористичного характеру (ст.112, 258, 258¹, 258², 258³, 258⁴, 258⁵, 260, 261, 278, 442, 443, 444 КК України) та (3) злочини, які вчиняються з мотивів ненависті або ворожнечі стосовно осіб, які належать до певної етнічної, расової, релігійної, політичної та іншої соціальної групи (п.14 ч.2 ст.115, ч.2 ст. 121, ч.2 ст.122, ч.2 ст.126, ч.2 ст.127, ч.2 ст. 129, ст.161 та ст. 300 КК України). При цьому перелік злочинів, наведений до кожної запропонованої групи не є вичерпним (зокрема, це можуть бути масові заворушення (ст.294 КК), пов'язані, наприклад, з насильницьким виселенням мігрантів, вчинення стосовно них інших насильницьких дій; вчинення насильницьких дій на ґрунті проповідування деструктивних ідеологій чи виконання релігійних обрядів (ст.181 КК); вандалізму та ін.).

Хоча в чинному КК України відсутні злочини, в диспозиціях яких було б пряме згадування екстремізму, але передбачені злочини, які вчиняються на підґрунті ненависті та нетерпимості або злочини терористичної спрямованості. Треба зазначити, що в інших країнах цьому питанню приділяється значно більше уваги. Так, наприклад, в КК РФ присутні такі склади злочину, як «Організація екстремістського співтовариства» (ст.282.1 КК), що передбачає відповідальність за створення або участь у такому формуванні (ст.282.2 та ін.). При цьому у примітку 2 до цієї статті зазначено, що до злочинів екстремістської спрямованості відносяться злочини, вчинені з мотивів політичної, ідеологічної, расової, національної чи релігійної ненависті чи ворожнечі або з мотивів ненависті чи ворожнечі відносно будь-якої соціальної групи, передбачені відповідними статтями Особливої частини КК РФ.

Якщо йдеться про кримінально-правову характеристику цих злочинів, то їх об'єктом виступають суспільні відносини, які забезпечують терпимість, толерантність між різними соціальними групами та їх представниками, незалежно від їх расової чи національної належності, відношення до релігії, належності до якоїсь соціальної групи чи до певної ідеології або напряму у політиці (треба визнати, що основною ознакою, яка розмежує злочини екстремістської спрямованості і терористичні види діяльності є об'єкт: якщо під час вчинення злочинів екстремістської спрямованості є посягання на основи конституційного устрою держави, то під час вчинення злочинів терористичного характеру – посягання на основи громадської безпеки [1, с.13]).

Об'єктивна сторона характеризується активною формою поведінки винуватих і, для більшості злочинів – це матеріальні склади, де наслідками виступає смерть людини або спричинення шкоди здоров'ю різного ступеня тяжкості, фізичних або психічних страждань, пошкодження або знищення певних предметів. Суб'єктивна сторона злочинів екстремістської

спрямованості характеризується умисною формою вини і наявністю специфічних спонукань – ненависті або ворожнечі стосовно представників соціальних груп, які поділяються між собою за відповідними ознаками (певна політична, ідеологічна, расова, національна, релігійна або інша ознака). Стосовно суб'єкта цих злочинів, то він визначається як загальний суб'єкт злочину.

Таким чином, аналіз змісту зазначених складів злочинів у КК України дає підстави для висновку, що ці різні за складом злочини, наведені у різних розділах КК, поєднуються наявністю спільної мотивації, відповідної ідеологічної складової, яка призводить до об'єднання окремих осіб, що екстремістські налаштовані, до тимчасового або довготривалого формування (екстремістського співтовариства з певною цільовою спрямованістю), яке може мати ознаки організованого (як відомо, ідеологія екстремізму заперечує інакомислення, жорстко утверджує власну систему політичних, ідеологічних, релігійних поглядів і від своїх прибічників ідеологи таких формувань вимагають сліпої покори і виконання всіх наказів та інструкцій). Дії, винуватих осіб переважно мають насильницький характер. Об'єктом посягання, якщо йдеться про людину, є особи, які належать до певної соціальної групи, раси, нації, є представниками певного регіону країни, або є інвалідами, особами нетрадиційної сексуальної орієнтації та ін. При цьому така жертва обирається не як особистість, а як представник саме конкретної соціальної групи.

Все це дає підстави для висновку про необхідність формування за деякими спільними характеристиками складу злочинів, які фактично є різнорідними злочинами, криміналістичної методики розслідування злочинів екстремістської спрямованості.

Список використаних джерел:

1. Борисов С.С. Преступления экстремистской направленности: проблемы законодательства и правоприменения: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук: специальность 12.00.08 / Сергей Сергеевич Борисов. – М., 2012. – 45 с.
2. Выступление Генерального секретаря ООН Пак Ги Мун на конференции по проблемам расизма // Российская газета. – 2009. – 3 июля.
3. Фридинский С.Н. Противодействие экстремистской деятельности (экстремизму) в России: социально-правовое и криминологическое исследование: автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. Специальность: 12.00.08 – уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право / С.Н. Фридинский. – М., 2011. – 42с.
4. Якимов И.Н. Практическое руководство к расследованию преступлений / И.Н.Якимов. – М., 1924, – Ч. III.

Галаган В. І.,

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри галузевих правових наук Національного університету «Києво-Могилянська академія»

Калачова О. М.,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка

ОСОБЛИВОСТІ ПОЧАТКУ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ПРИ ВИЯВЛЕННІ ОЗНАК КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ НА ТЕРИТОРІЇ ДИПЛОМАТИЧНИХ ПРЕДСТАВНИЦТВ ЧИ КОНСУЛЬСЬКИХ УСТАНОВ УКРАЇНИ

Статтею 214 Кримінального процесуального кодексу України [1] (далі – КПК) визначаються окремі процесуальні положення щодо початку досудового розслідування. Зокрема, відповідно до частини 2 зазначеної статті КПК, досудове розслідування розпочинається з моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР), Положення про який затверджене наказом Генерального прокурора України від 17 серпня 2012 року № 69 [2] (далі – Положення). Разом з тим, як вбачається з системного аналізу норм КПК, не повною мірою враховані особливості процесуальної діяльності окремих службових осіб щодо початку досудового розслідування при виявленні ознак кримінального правопорушення, що викликає суттєві складності у практичній діяльності з їх розслідування. Нерозробленими ці питання залишаються і у науці кримінального процесуального права України.

Зокрема, у главі 41 КПК визначаються особливості кримінального провадження на території дипломатичних представництв, консульських установ України, на повітряному, морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором або розпізнавальним знаком України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні. Однак відповідь на питання, яка саме службова особа і відповідно до якого процесуального порядку починає досудове розслідування, є неконкретною і лише частковою. Так, згідно з частиною 2 статті 520 КПК службові особи, зокрема керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України, зобов'язані негайно провести необхідні процесуальні дії після того, як із заяви, повідомлення, самостійного виявлення або з іншого джерела їм стали відомі обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення на території дипломатичного представництва, консульської установи України. Дане положення суперечить частині 2 статті 214 КПК, відповідно до якої розслідування починається з моменту внесення відомостей до ЄРДР. Не вирішується зазначене питання і у частині 3 статті 214 КПК, де вказується, що у разі виявлення ознак кримінального правопорушення на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України, досудове розслідування розпочинається негайно; відомості про нього вносяться до ЄРДР при першій можливості. Іншими словами, поза увагою законодавця залишилися питання початку досудового розслідування при виявленні ознак кримінального правопорушення на повітряному транспорті, а також на території дипломатичних представництв чи консульських установ України. Саме останнє положення потребує свого більш детального розгляду, враховуючи відсутність наразі його належного врегулювання у КПК та висвітлення конкретних пропозицій щодо вирішення цих питань у підручниках з кримінального процесу України [3, с. 697-704; 4, с. 480-482].

Метою статті є аналіз процесуальних норм, що визначають початок кримінальної процесуальної діяльності службових осіб, уповноважених на вчинення процесуальних дій на території дипломатичних представництв чи консульських установ України, та висловлення пропозицій щодо вдосконалення норм КПК з цих нагальних питань.

Відповідно до пункту 1 частини 1 статті 519 КПК, службовою особою, уповноваженою на вчинення процесуальних дій, є керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України – у разі вчинення кримінального правопорушення на території дипломатичного представництва чи консульської установи України за кордоном. Саме керівник зазначених установ є службовою особою, уповноваженою належним чином відреагувати на факти вчинення кримінальних правопорушень з метою захисту особи, суспільства, держави та виконання інших завдань кримінального провадження, визначених у частині 1 статті 2 КПК.

Якщо такий керівник є потерпілим внаслідок вчинення відповідного кримінального правопорушення, він згідно з частиною 2 статті 519 КПК зобов'язаний призначити іншу службову особу, уповноважену на вчинення процесуальних дій.

Однак при цьому виникає принаймні два питання: по-перше, яка саме службова особа відповідно до визначеного у статті 15 КПК принципу публічності зобов'язана розпочати досудове розслідування і які процесуальні дії вона повинна для цього виконати; по-друге, якщо керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України є потерпілим, які повноваження щодо початку досудового розслідування має призначена ним інша службова особа, про яку зазначається у частині 2 статті 519 КПК. На жаль, процесуальне унормування щодо вирішення обох поставлених питань є невизначеним.

Зокрема, відповідно до пункту 1 частини 2 статті 36, пункту 1 частини 2 статті 40, частини 1 статті 214 КПК, слідчий, прокурор зобов'язані внести відповідні відомості про кримінальне правопорушення до ЄРДР та розпочати розслідування. Крім того, пунктом 6 частини 2 статті 39 КПК передбачаються повноваження керівника органу досудового розслідування здійснювати досудове розслідування, користуючись при цьому повноваженнями слідчого. Перелік таких службових осіб, уповноважених внести до ЄРДР відомості про вчинене кримінальне правопорушення, є вичерпним.

Натомість невирішеним у чинному КПК залишається питання про те, яка саме службова особа має починати досудове розслідування при вчиненні кримінального правопорушення на території закордонної дипломатичної установи України. У частині 2 статті 4 КПК, що регламентує дію Кодексу в просторі, лише зазначається, що кримінальне процесуальне законодавство України застосовується при здійсненні провадження щодо кримінальних правопорушень, вчинених на території дипломатичного представництва чи консульської установи України за кордоном. Така територія, відповідно до міжнародної практики зносин між державами, є складовою частиною держави, представництво чи установа якої розташовані на території іноземних держав. У частині 1 статті 22 Віденської конвенції про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 року, підписаної Україною, на підтвердження цього положення зазначено, що приміщення представництва недоторкані. Органи влади держави перебування не може заходити в ці приміщення інакше, як за згодою голови представництва [5].

Водночас, керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України наразі не визначений як процесуальна особа, уповноважена розпочати досудове розслідування. Такий висновок вбачається з аналізу КПК України, Закону України «Про дипломатичну службу» [6], Консульського статуту України [7], Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань, Інструкції про порядок ведення єдиного обліку в органах і підрозділах внутрішніх справ України заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події, затвердженої наказом МВС України від 19 листопада 2012 року № 1050 [8]. Наприклад, у частині першій статті 12 Консульського статуту України зазначається, що консул виконує функції, передбачені цим Статутом і законодавством України. До таких функцій можуть бути віднесені необхідні процесуальні дії, передбачені, зокрема, адміністративним чи кримінальним процесуальним законодавством України. Так, відповідно до частин 1–2 статті 1155 Кодексу адміністративного судочинства України, якою цей Кодекс доповнено 21 січня 2010 року, працівниками дипломатичного представництва чи консульської установи Украї-

ни у відповідній державі можуть бути виконані судові доручення про вручення документів громадянину України, який проживає на території іноземної держави, про виконання певних процесуальних дій стосовно такого громадянина України, якщо це передбачено міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. У разі вчинення таких дій складається протокол, що підписується особою, стосовно якої вчинено процесуальні дії, та особою, яка вчинила процесуальні дії, і скріплюється печаткою відповідної закордонної дипломатичної установи України. У протоколі зазначаються день, час і місце виконання доручення. Відповідно до частини 3 цієї ж норми вказаного Кодексу, під час виконання судового доручення застосовується процесуальний закон України. Для виконання доручення в адміністративному провадженні не можуть застосовуватися примусові заходи [9].

У статті 28 Консульського статуту України передбачено виконання консулом доручень слідчих або судових органів України щодо громадян України, якщо це не заборонено законами держави перебування. Зазначені доручення виконуються з додержанням процесуального законодавства України.

У вказаних нормативно-правових актах України про повноваження службової особи дипломатичного представництва або консульської установи України щодо початку досудового розслідування взагалі не йдеться. Не вирішує цього питання і положення статті 17 Консульського статуту України, відповідно до якої консул може звертатися до властей держави перебування в межах свого консульського округу з усіх питань, пов'язаних з діяльністю консульської установи. Адже у випадку вчинення адміністративного чи кримінального правопорушення на території закордонної дипломатичної установи України за кордоном правоохоронні органи іноземної держави перебування за Віденською конвенцією про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 року не мають повноважень щодо попередження, виявлення і документування таких правопорушень, а також початку відповідного провадження. Натомість на державу перебування, відповідно до частини 2 статті 22 вказаного міжнародно-правового документа, покладено спеціальний обов'язок приймати всі необхідні заходи для захисту приміщень представництва від будь-якого вторгнення або нанесення шкоди та для попередження всякого порушення спокою представництва або образу його гідності.

Неврегульованість питань, що розглядаються, полягає у тому, що, з однієї сторони, керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України може проводити процесуальні дії як з власної ініціативи, так і за дорученням слідчих або судових органів України, а, з іншої – не має повноважень щодо внесення даних до ЄРДР і, відповідно, початку досудового розслідування.

На наш погляд, напрямів вирішення цього питання три. По-перше, це законодавче визначення обов'язку керівника дипломатичного представництва чи консульської установи України починати досудове розслідування відповідно до частин 1–2 статті 214 КПК. Однак така пропозиція передбачає надання вказаному керівникові як реєстратору Єдиного реєстру досудових розслідувань згідно з пунктом 1.10 розділу 1 Положення можливості накладення електронного цифрового підпису відповідно до пункту 2.4 розділу 2 Положення. Наразі слідчі усіх відомств України мають такий електронний цифровий підпис, завдяки чому вони вносять відомості до ЄРДР щодо кримінальних правопорушень, розслідування яких знаходяться у їх провадженні. Але, на наш погляд, надання коду доступу до ЄРДР керівникам дипломатичних представництв чи консульських установ України наразі не є необхідним в силу двох причин: по-перше, значної кількості таких установ поза межами України; по-друге, відносної нерозповсюдженості необхідності прийняття процесуального рішення щодо початку досудового розслідування при вчиненні кримінального правопорушення на території закордонної дипломатичної установи України.

Другим варіантом вирішення проблеми, що розглядається, може бути внесення змін до частини 3 статті 214 КПК щодо початку досудового розслідування при вчиненні кримінальних

правопорушень на території дипломатичних представництв чи консульських установ України. У цій правовій нормі наразі зафіксовано необхідність розпочинати досудове розслідування негайно у разі виявлення ознак кримінального правопорушення на морському чи річковому судні, а відомості про нього вносяться до ЄРДР при першій можливості. Однак така пропозиція також не вільна від ряду недоліків. Зокрема, якщо капітан судна, що перебуває за межами України, має графік руху судна і приблизний час повернення в Україну, то приїзд в Україну дипломатичних працівників у основному залежить від службової необхідності. Натомість спеціальний приїзд в Україну, особливо з віддалених держав, для внесення відомостей у ЄРДР, доставки затриманого тощо, є досить дорогим у прямому розумінні заходом для Державного бюджету України.

Третім, найбільш реальним, на наш погляд, варіантом вирішення цього питання є покладення обов'язку щодо початку досудового розслідування на уповноважених осіб, вичерпний перелік яких визначений КПК. Тож вважаємо за можливе запропонувати наступний процесуальний порядок вирішення цього питання:

1. До внесення відомостей до ЄРДР керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України відповідно до частини 3 статті 214 КПК України може провести у невідкладних випадках лише огляд місця події.

2. Про обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, вказаний керівник негайно по дипломатичних каналах повідомляє Генеральну прокуратуру України. Саме цей державний орган є одним із уповноважених (центральної) органів України, що відповідно до частини 1 статті 545 КПК здійснює діяльність при наданні міжнародної правової допомоги у кримінальному провадженні під час досудового розслідування, тож логічно було б покласти обов'язок прийняття такого повідомлення від керівника закордонної дипломатичної установи України саме на Генеральну прокуратуру України. Однак звернення вказаного керівника до Генеральної прокуратури України з повідомленням про вчинене кримінальне правопорушення та отримання інформації про внесення даних в ЄРДР потребують певного часу, що є досить небажаним за необхідності проведення окремих процесуальних дій: затримання, обшуку тощо. Тому, враховуючи специфіку діяльності дипломатичних працівників за межами України, направлення офіційного повідомлення про вчинення кримінального правопорушення, на наш погляд, може бути саме тим документом, який, зважаючи на диференціацію процесуальної форми, надасть можливість проведення невідкладних процесуальних дій на території дипломатичного представництва чи консульської установи України.

3. Отримавши повідомлення про вчинення кримінального правопорушення і внівши дані до ЄРДР, Генеральна прокуратура України негайно повідомляє про це вказаного керівника та визначає орган досудового розслідування в Україні для проведення подальшого досудового розслідування. При вирішенні цього питання, на наш погляд, доцільно керуватися не частиною 1 статті 523 КПК, де вказується, що розслідування здійснюється слідчим органу досудового розслідування, юрисдикція якого поширюється на територію місцезнаходження центрального органу виконавчої влади у сфері закордонних справ України, а частиною 3 статті 218 КПК. Відповідно до цієї процесуальної норми, якщо кримінальне правопорушення вчинене за межами України, місце проведення досудового розслідування визначає відповідний прокурор з урахуванням місця виявлення ознак кримінального правопорушення, місця перебування підозрюваного чи більшості свідків, місця закінчення кримінального правопорушення або настання його наслідків тощо. Тож у цьому випадку досудове розслідування може бути доручене прокурором не лише слідчим Шевченківського району м. Києва, на території якого знаходиться Міністерство закордонних справ України, а й будь-якому іншому органу досудового розслідування.

4. Керівник дипломатичного представництва чи консульської установи України, отримавши повідомлення Генеральної прокуратури України щодо внесення даних до ЄРДР і початку досудового розслідування, за необхідності проводить передбачені частиною 2 статті 520 КПК

процесуальні дії, після чого через Генеральну прокуратуру України направляє матеріали кримінального провадження органу досудового розслідування.

5. Визначений прокурором орган досудового розслідування на підставі його письмового доручення відповідно до пункту 3 частини 2 статті 36 КПК, після надходження до нього матеріалів кримінального провадження продовжує здійснювати досудове розслідування.

У частині 1 статті 520 КПК нині передбачені приводи для проведення необхідних процесуальних дій – заява, повідомлення, самостійне виявлення або інше джерело, з яких керівникові дипломатичного представництва чи консульської установи України стали відомі обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення. Така редакція зазначеної процесуальної норми не повною мірою відповідає визначеним у частині 1 статті 214 КПК приводам до початку кримінального провадження, до яких віднесені заява, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або самостійне виявлення з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення. Наведена норма є загальною для всіх випадків щодо початку досудового розслідування, у тому числі на території закордонної дипломатичної установи України. Тож вважаємо за недоцільне перераховувати у частині 1 статті 520 КПК приводи до початку досудового розслідування, а користуватися при цьому нормою частини 1 статті 214 КПК.

Проведений аналіз процесуальної діяльності керівника дипломатичного представництва або консульської установи України щодо початку досудового розслідування дозволяє констатувати, що у низці випадків процесуальні норми не врегульовують ці важливі аспекти, мають внутрішні суперечності або не відповідають іншим нормам КПК та потребують свого суттєвого доопрацювання. Зокрема, врахування висловлених нами пропозицій передбачає внесення запропонованих змін і доповнень до частини 3 статті 214 та частин 1-2 статті 520 КПК.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : прийнятий 13 квіт. 2012 р. № 4651-VI. – К. : Форум, 2012. – 400 с.
2. Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань : наказ Генерального прокурора України від 17 серпня 2012 року № 69 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gp.gov.ua/ua/pd.html?_m=publications&_t=rec&id=110522.
3. Кримінальний процес : підручник / Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц, та ін. ; за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. – Х. : Право, 2013. – 824 с.
4. Кримінальний процес : підручник / За заг. ред. В. В. Коваленка, Л. Д. Удалової, Д. П. Письменного. – К. : Центр учбової літератури, 2013. – 544 с.
5. Віденська конвенція про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/dip_rel.shtml
6. Про дипломатичну службу : Закон України від 20 вересня 2001 року № 2728 // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 5 від 01.02.2002. – Ст. 29.
7. Консульський статут України : затверджений Указом Президента України від 2 квітня 1994 року № 127/94 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/127/94>.
8. Інструкція про порядок ведення єдиного обліку в органах і підрозділах внутрішніх справ України заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події : наказ МВС України від 19 листопада 2012 року № 1050 // Офіційний вісник України. – 2013. – № 1 від 15.01.2013. – Стор. 134.
9. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 року // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35-37 від 09.09.2005. – Стор. 1358. – Ст. 446.

Глушков В. О.,

доктор юридичних наук, професор, Національна академія Служби безпеки України

Найдьон Ю. О.,

кандидат юридичних наук, Національна академія Служби безпеки України

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У ЗВ'ЯЗКУ ІЗ ЗАСТОСУВАННЯМ НОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Вступ в дію Кримінального процесуального кодексу України встановив нову точку відліку в роботі державних органів, підрозділи яких наділені правом ведення оперативно-розшукової діяльності та досудового розслідування кримінальних правопорушень. Уведення його в дію є підсумком довготривалих законотворчих пошуків, покликаних оптимізувати діяльність національної системи кримінальної юстиції та усіх правоохоронних органів загалом. Реалізуючи стратегічні рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів», затвердженого Указом Президента України № 311/2008 від 8 квітня 2008 року, Кримінальний процесуальний кодекс України, з урахуванням провідного європейського та світового досвіду в сфері правоохоронної діяльності, змісту найбільш сучасних гуманістичних правових доктрин, визначив новий порядок кримінального провадження на Україні. Зважаючи на те, що основні процесуальні інститути, як і загалом хід кримінального провадження за новим КПК України, зазнали суттєвих трансформаційних змін, відповідні перетворення відбулися і в законодавстві України, за якими визначаються концептуальні засади ведення оперативно-розшукової, контрольно-розвідувальної діяльності.

З урахуванням зміни концепції досудового розслідування, що за новим КПК України здійснюватиметься шляхом провадження слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, введення інституту процесуального керівництва досудовим розслідуванням органами прокуратури, відповідних трансформаційних змін зазнала система оперативно-розшукових заходів та порядок їх організації. Передусім систему оперативно-розшукових заходів приведено у відповідність до системи негласних слідчих (розшукових) дій за КПК України.

Відповідно визначенню, запропонованому ст. 246 КПК України, негласні слідчі (розшукові) дії є слідчими діями, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, окрім випадків, встановлених Кодексом. За сутністю, вони є системою конспіративних дій, направлених на розкриття та розслідування злочинів, у ході яких можуть використовуватись спеціальні та спеціальні технічні засоби отримання інформації, а також відносини конфіденційного співробітництва.

Система негласних слідчих (розшукових) дій, закріплена главою 21 Кримінального процесуального кодексу України, включає аудіо-, відеоконтроль особи, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, зняття інформації з електронних інформаційних систем, накладення арешту на кореспонденцію, її огляд та виїмку, аудіо-, відеоконтроль місця, контроль за вчиненням злочину, виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження, встановлення місцезнаходження радіоелектронного засобу, негласне обстеження публічно недоступних місць, житла та іншого володіння. За змістом ст. 273 КПК України, у ході їх провадження можуть використовуватись несправжні (імітаційні) та ідентифіковані (помічені) засоби. За своєю суттю до несправжніх (імітаційних) засобів можуть

відноситись конспіративні підприємства й організації, а також документи, що зашифровують особу чи відомчу приналежність учасників досудового розслідування. Ідентифікованими засобами можуть виступати ті, які дозволяють у будь-який спосіб помітити, позначити певний об'єкт (об'єкти) матеріального світу, що забезпечить його (їх) подальше розпізнання, чи виявлення змін в його (їх) стані, з метою розкриття та розслідування злочинів.

Уведення негласних слідчих (розшукових) дій до системи досудового розслідування здійснюється вперше, адже раніше порядок провадження досудового розслідування злочинів відбувався у таких організаційно-правових формах, де аналогічні дії мали статус оперативно-розшукових заходів та могли проводитись лише уповноваженими на те оперативними підрозділами. Як і у оперативно-розшуковій діяльності, проведення негласних слідчих (розшукових) дій допускається у виняткових випадках, та за умови, що іншим способом отримати інформацію неможливо.

Враховуючи трансформаційні зміни у системі провадження оперативно-розшукової діяльності та досудового розслідування кримінальних правопорушень, спрощено процедуру використання у кримінальному судочинстві результатів оперативно-розшукових заходів. Згідно вимог ст. 99 КПК України, якщо результати оперативно-розшукової діяльності отримано у відповідності до чинного законодавства, вони можуть використовуватись для доказування у кримінальному провадженні як документи.

Із огляду на те, що порядок використання у кримінальному провадженні результатів оперативно-розшукової діяльності суттєво спростився, законодавець прийшов до закономірного рішення про необхідність підвищення рівня гарантій дотримання прав людини при проведенні оперативно-розшукової діяльності. З цією метою було розширено перелік заходів, що відбуваються за рішенням слідчого судді та посилено прокурорський нагляд за їх організацією та проведенням, а також використанням отриманих результатів.

Відповідно викладеного, за змістом Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», з урахуванням організаційного критерію, оперативно-розшукові заходи можна поділити на три групи: ті, що проводяться з дозволу слідчого судді, відбуваються на підставі спеціального дозволу керівника оперативного підрозділу або прокурора, а також, проведення яких не потребує відповідного дозволу.

У цілому, аналізуючи запропоновані зміни, необхідно констатувати, що їх впровадження значною мірою може позитивно вплинути на практику правозастосування лише за умови реального додержання судами під час кримінального провадження принципу змагальності та диспозитивності.

Проте, на сьогодні важко однозначно оцінити запровадженні новим КПК кардинальні зміни, які безпосередньо стосуються реалізації прав оперативних підрозділів. Так, зміни у законодавстві, насамперед, повинні забезпечувати збалансовану діяльність правоохоронних органів, компетенція і порядок дій яких чітко визначені правовими основами. Будь-які зміни до законодавства повинні відповідати потребам практики здійснення певного виду діяльності, рівню розвитку правової культури та свідомості суспільства тощо. Більш того, на сьогодні важко уявити кримінальний процес, який одночасно має бути гласним, змагальним і таємним. У такому разі, «процесуалізація» оперативно-розшукової діяльності, яка пропонується змінами у чинне національне законодавство, має бути поступово здійснена шляхом аналізу міжнародних норм та запозичення європейського та світового досвіду у провадженні таких слідчих дій (наприклад, у країнах з англосаксонською системою права також немає чіткого розмежування між кримінальним процесом та оперативно-розшуковою діяльністю, а відтак – і між слідчими та оперативно-розшуковими заходами та методами).

У зв'язку з цим при об'єднанні ОРД та кримінально-процесуальної діяльності слід урахувати, що:

1) термінологічна невизначеність, притаманна деяким статтям нового КПК, може стати на перешкоді адекватного застосування його положень на практиці;

2) співвідношення окремих видів оперативно-розшукових заходів у випадку запровадження нових інститутів негласної слідчої діяльності повинно відбуватися завдяки раціональному взаємодоповненню, а не їх взаємовиключенню;

3) при запровадженні таких змін слід уникати не виправданого дублювання та можливості одночасного проведення ОРД і негласних (розшукових) слідчих дій.

Враховуючи відмінності завдань, поставлених перед оперативно-розшуковою діяльністю та кримінальним провадженням, по-різному може бути викладений зміст положень, що регламентують за сутністю однорідні дії. Враховуючи те, що негласна діяльність органів досудового розслідування досить детально врегламентована, подібні за якістю та рівнем деталізації норми повинні міститися в оперативно-розшуковому законі, щоб забезпечити кореляцію їх змісту.

Список використаних джерел:

1. Сліпченко В. І. Перспективи реформування оперативно-розшукової діяльності (в контексті розробки нового КПК України) / В. І. Сліпченко // – Електронний ресурс: <http://www.sopr-iguvd.com>.
2. Погорецький М. А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: [моногр.] / М. А. Погорецький. – Х.: Аріс, ЛТД, 2007. – С.140-270.
3. Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» від 1992 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1992. – № 22. – Ст. 303.
4. Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» // Відомості Верховної Ради України. – К., 1992. – № 22. – Ст. 303.
5. Указ Президента України № 311/2008 від 8 квітня 2008 року «Про затвердження рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів» [Електронний ресурс] / Режим доступу зі сторінки: <http://webcache.googleusercontent.com>.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України [текст]: – К: «Центр учбової літератури», 2012. – 292 с.
7. Наказ Генеральної прокуратури № 69 «Про єдиний реєстр досудових розслідувань» від 17 серпня 2012 [Електронний ресурс] / Режим доступу зі сторінки: <http://document.ua/pro-edinii-reestr-dosudovih-rozsliduvan-doc110019.html>.
8. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» [Електронний ресурс] / Режим доступу зі сторінки: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4652-17/conv>.
9. Указ Президента України № 388/2012 від 8 червня 2012 року, яким затверджено рішення РНБО від 25 травня 2012 року «Про заходи щодо посилення боротьби з тероризмом в Україні» [Електронний ресурс] / Режим доступу зі сторінки: <http://www.president.gov.ua/ru/documents>.

Гонгало С. Й.,

кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін Національний університет «Острозька академія»

ВИКОРИСТАННЯ ПОЛОЖЕНЬ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ТЕХНІКИ В ПОПЕРЕДНЬОМУ ТЕХНІКО-КРИМІНАЛІСТИЧНОМУ ДОСЛІДЖЕННІ ДОКУМЕНТІВ

Криміналістична техніка – це один із розділів криміналістики, в якому викладено систему наукових положень і заснованих на них технічних (в широкому розумінні) засобів, прийомів та методів, призначених для збирання та дослідження доказів в процесі судочинства по кримінальних (і цивільних) справах, інших засобів розкриття і попередження злочинів [1, с. 128].

На сьогодні положення криміналістичної техніки проникли практично у всі напрямки правозастосовчої діяльності, що викликано потребами практики. Основні задачі, які вирішуються з застосуванням техніко-криміналістичних засобів та методів: виявлення, фіксація, вилучення слідів та інших об'єктів; накопичення, обробка і використання криміналістично значущої інформації, що міститься в слідах злочинів; попереднє та експертне дослідження різноманітних об'єктів, у тому числі речових доказів [1, с. 130].

Володіння знаннями та навичками в галузі криміналістичної техніки є обов'язковим для практикуючих юристів. Такі знання здобувають, в першу чергу, в процесі навчання та практичних занять. Це позитивно відображається на якості роботи по розслідуванню та розкриттю злочинів, а також при наданні юридичної допомоги при здійсненні діяльності в якості адвоката-захисника. Вони не є вузько спеціалізованими і повинні широко застосовуватись як суддями, працівниками слідства, так і адвокатами-захисниками.

Особа, яка проводить розслідування, значну кількість важливої інформації отримує при здійсненні першочергових слідчих дій, а саме при огляді місця події, предметів, документів та ін. На даному етапі залучення спеціалістів у відповідності до вимог ст. 128-1 КПК не завжди є необхідним і доцільним. В більшості випадків достатньо знань, якими володіє особа, що проводить розслідування, для прийняття процесуальних рішень. Це стосується, зокрема, огляду документів та інших об'єктів, які містять інформацію, що може мати відношення до розслідуваної події.

В процесі навчання на юридичних факультетах студенти отримують достатньо знань з криміналістики, і, зокрема, з криміналістичної техніки, для того, щоб якісно провести огляд. Значний об'єм об'єктів, які найчастіше оглядаються складають документи. На сьогодні великий відсоток документів, що знаходяться в обігу, становлять документи на паперових носіях. Зважаючи на розмаїття друкуючих пристроїв вони можуть бути виконані на друкарських машинках важільного та безважільного типів, матричних, краплинно-струменевих та лазерних принтерах, заповненими від руки на спеціальних бланках віддрукованих на поліграфічних підприємствах та друкарнях. Особа, що проводить розслідування, самостійно не завжди може визначити вид друку, але виявити факт внесення змін у документ – цілком реальне завдання. Для виконання такого завдання необхідно застосувати загальнонаукові методи криміналістики з використанням найпростіших науково-технічних засобів. Окремі методи, що застосовуються у техніко-криміналістичному дослідженні документів (ТКДД) умовно поділяють на три групи за галузями знань: фізичні, фізико-хімічні та хімічні. Умовність такого розподілу полягає в тому, що явища, які лежать в основі методів, не завжди можна однозначно віднести до однієї з названих груп [2, с. 30].

В техніко-криміналістичному дослідженні документів важливу роль відіграють науково-

технічні засоби та методи, що використовуються. Об'єкти ТКДД досить різноманітні і робота з ними потребує наявності певних теоретичних знань та навичок. Зокрема основним правилом роботи з документами є використання, в першу чергу, неруйнуючих методів дослідження. Це, як правило, органолептичний метод та окремі інструментальні фізичні методи, які не впливають на документ та не змінюють його якостей. Цей метод дуже важливий при дослідженні документів-речових доказів, оскільки в подальшому документи можуть бути направлені на експертне дослідження, і наявні на них докази не повинні бути пошкоджені або втрачені.

Найбільш поширеним є метод спостереження (візуальне дослідження): огляд в розсіяному світлі, в косо спрямованому, наскрізному (проти світла), в вертикальному світлі, огляд з використанням світлофільтрів. Також важливим є візуальне дослідження в променях невидимої зони спектру: ІЧ – та УФ – променях, спостереження видимої люмінесценції. Важливим є також застосування мікроскопічних методів.

На сьогодні для попереднього дослідження документів існує цілий ряд як традиційних, так і нових технічних засобів. До таких відносяться лупи криміналістичні, мікроскопи, електронно-оптичні перетворювачі, джерела УФ-променів (Спектр, Спектр-М, Таран, ОЛД-41 тощо), комплекти світлофільтрів та нові компактні і зручні у використанні лупи Regula моделі 1010, 1011 та телевізійна спектральна лупа (ТСЛ) Модель 4007 [3] та інші.

Важливе місце в роботі з документами сьогодні займають персональні комп'ютери (ПК) та програми, які розроблені для дослідження документів, а також окремі поширені графічні редактори типу Photoshop, Photopaint.

При дослідженні документів важливе місце займають також такі методи, як вимірювання, експеримент, опис, порівняння та моделювання [5, с. 24-27]. Завдяки цим методам слідчий не лише пізнає досліджувані об'єкти, але й знаходить сліди неправомірних втручань в існуючі документи, що може вказувати на можливе їх підроблення. Багато осіб, що проводять розслідування, вважають, що ці методи можуть застосовуватись лише судовими експертами при проведенні експертизи. Це хибна думка і з цим не можна погодитись. Потрібно повною мірою використовувати всі методи та засоби, дотримуючись при цьому методичних рекомендацій для максимально повного збору інформації.

Застосовуючи метод вимірювання, необхідно пам'ятати, що засоби вимірювання повинні бути сертифікованими та відповідати встановленим стандартам. Сучасний рівень підроблення документів настільки високий, що вимірювання повинне проводитись з великою точністю, окремі масштабні лінійки що застосовуються при фотографуванні об'єктів на макро- та мікrorівнях повинні містити поділки з точністю до десятих долей міліметра, а самі лінійки мають відповідати встановленим держстандартам. Результати вимірювань повинні відповідати не лише вимогам, що ставляться до доказів кримінально-процесуальним законодавством, але і відповідати умовам «метрологічної допустимості», тобто повинні бути отримані з дотриманням існуючих у державі законів, стандартів та інших обов'язкових нормативно-технічних документів в галузі забезпечення єдності вимірювань [4, с. 11].

Володіння знаннями з криміналістичної техніки дозволяє проводити попередню діагностику різноманітних об'єктів, що мають відношення до розслідуваної події, вирішувати питання про подальше призначення різного роду експертиз, або приймати рішення спираючись на свої власні знання. В даному випадку виключається безпідставне призначення криміналістичних експертиз, що в свою чергу сприяє швидкому розгляду справи та не відволікає судового експерта на проведення дослідження там, де його проведення не є доцільним.

Список використаних джерел:

1. Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г., Россинская Е. Р. Криміналістика: Учебник для вузов / Под ред. заслуженного деятеля науки РФ, проф. Р. С. Белкина. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство НОРМА, 2003. – 992 с.

2. Воробей О. В., Мельников І. М., Волошин О. Г. Техніко-криміналістичне дослідження документів. Навчально-методичний посібник. – К.: Центр учбової літератури, 2008. – 304 с.
3. ООО «Экспертные системы»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.asys.kiev.ua>.
4. Тартаковский Д. Ф. Измерительная информация в системе доказательств. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. – 172 с.
5. Шеремет А. П. Криміналістика: Навчальний посібник. – К.: Центр навчальної літератури, 2005. – 472 с.

Гора І. В.,

доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри кримінального процесу та криміналістики Академії адвокатури України (Російська Федерація)

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ КЛАСИФІКАЦІЇ СУДОВИХ ЕКСПЕРТИЗ

Стрімке зростання потреб сучасного суспільства у використанні знань з різноманітних галузей науки, техніки, мистецтва, ремесел не обходить такої суспільної сфери як сфера судочинства, а розуміння значущості спеціальних знань для встановлення істини у адміністративній, господарській, цивільній справі та кримінальному провадженні дає підстави розглядати судову експертизу як самостійний інститут захисту прав і законних інтересів громадян, юридичних осіб та інтересів держави загалом. На сучасному етапі розвитку інституту судової експертизи особливо яскраво спостерігаються дві тенденції: постійне збільшення кількості проведених експертиз, а також висновків спеціалістів як в сфері кримінального судочинства, так і в сферах цивільного, господарського, адміністративного судочинства; постійне збільшення кола органів і посадових осіб, що мають право призначати проведення судової експертизи. Інститут судової експертизи виник закономірно, на певному етапі розвитку суспільства, за умов принципово нової для судової системи теорії доказів, яка направлена на об'єктивізацію процесу доказування. Розвиток судової експертизи детермінувався наявністю низки факторів: науково-технічним прогресом, постійним втягуванням знань з неюридичних наук (технічних, природничих, суспільних), а також їх трансформацією та використанням в судовій експертизі. Судова реформа в Україні призвела до суттєвого підвищення вимог судів до проведення експертиз. Це визначається динамікою кількісного росту судейського корпусу й органів досудового розслідування, розвитком законодавства (прийняттям нових Кримінального процесуального кодексу, Кодексу адміністративного судочинства України, Господарського процесуального кодексу та ін.), практичним забезпеченням прав і свобод громадян. Сучасне законодавство України в межах здійснюваної правової реформи направлене також на підвищення ролі й переоцінку значущості інституту судових експертиз.

Судова експертиза з точки зору її сутності, а не функціонального призначення, являє собою дослідження, в ході якого на базі використання спеціальних наукових знань (методик, приладів) встановлюються ознаки й властивості об'єкта дослідження, провадиться їх наукова оцінка з точки зору їх необхідності й достатності для того, щоб сформулювати нове вивідне завдання, котре і являється відповіддю на вирішуване питання – висновком експерта. Отже, експертизу складають три елементи: встановлення в ході дослідження ознак, їх інтерпретація та висновок.

Окремої уваги заслуговує розгляд класифікації судових експертиз, який здійснюється за багатьма критеріями. Судові експертизи в основному класифікуються у вигляді ієрархічної структури, при цьому підстави класифікації можуть бути найрізноманітніші і не пов'язані одна з одною.

У загальній теорії криміналістики прийнято вирізняти чотири рівні судових експертиз: клас (тип), рід, вид, різновид (підвид). Клас судової експертизи утворюють експертні дослідження, об'єднані спільністю знань, що слугують джерелом формування теоретичних і методичних основ судових експертиз та об'єктів, що досліджуються на основі цих знань (наприклад, клас криміналістичних експертиз, клас судово-медичних та психофізіологічних експертиз, сільськогосподарських експертиз). Рід експертизи розрізняють за предметом, об'єктом і методами експертного дослідження (наприклад, у криміналістичних експертизах вирізняють такі роди: почеркознавчі, авторознавчі, технічні експертизи документів, трасологічні тощо). Вид

експертизи – складові елементи роду. Вони вирізняються специфікою предмета щодо спільних для роду об'єктів і методик (наприклад, у судово-технічній експертизі документів розрізняють: експертизи реквізитів документів, експертизи матеріалів документа (паперу, чорнила тощо), що використовуються для їх виготовлення).

Основним правовим класифікаційним розподілом експертиз є розподіл за галузями людської діяльності, зокрема, це галузі науки, техніки, мистецтва або ремесла. Під родовидовою класифікацією розуміється, що рід діяльності повинен мати відмінні властивості у вигляді об'єкта, предмета та методу діяльності. Наприклад, для роду товарознавчої експертизи характерні три експертні спеціальності: 1) дослідження промислових (непродовольчих) товарів, у тому числі з метою проведення їх оцінки; 2) дослідження продовольчих товарів; 3) дослідження транспортних засобів, у тому числі з метою проведення їх оцінки.

За характером предмета або галуззю спеціальних знань судові експертизи поділяються, майже аналогічно поділу судових експертиз на класи з деталізацією на роди: криміналістичні судові експертизи та їх різновиди; медичні та психофізіологічні та їх різновиди; інженерно-транспортні і т. д. Усі криміналістичні ще діляться на різновиди за рівнем розповсюдження на: традиційні (дактилоскопічна, почеркознавча, авторознавча, судово-балістична тощо); нетрадиційні (експертиза матеріалів, речовин і виробів: нафтопродуктів, паливно-мастильних матеріалів, лаків і покриття тощо, експертиза ґрунту, фоноскопична, фонографічна (фонетична), поліграфологічна, графологічна тощо).

Спеціальні дослідження (експертизи) залежно від характеру завдань і методів дослідження поділяють на: ідентифікаційні (для встановлення індивідуальної totoжності); класифікаційні (для класифікації об'єкта дослідження, встановлення його групової належності, виду, роду); діагностичні (для встановлення стану об'єкта, його властивостей, встановлення можливості провадження об'єктом певної дії тощо); ситуаційні (пов'язані з дослідженням об'єкта, його ознак і властивостей залежно від конкретної ситуації та обстановки на місці події); змішані, а також на екстраполяційні, інтерполяційні та завдання реконструкції. Проте це лише завдання, а не види експертиз.

Поділ експертиз за юридичною підставою є можливим за трьома векторами-підставами. Зазвичай за юридичною підставою експертизи поділяють за двома векторами-підставами: на первинні, додаткові й повторні, а також на одноособові, комісійні та комплексні. Проте практика сучасного судочинства викликає потребу введення ще одного вектора-підстави. Зокрема, може бути й такий класифікаційний розподіл: експертиза однієї експертної спеціальності (проста експертиза); комплексна експертиза, коли потрібні як мінімум дві однорідні експертні спеціальності (наприклад, почеркознавча експертиза та технічна експертиза документів), і складна експертиза, коли необхідні дві різні експертні спеціальності (наприклад, судова психолінгвістична експертиза). Під останнім видом експертизи розуміється експертиза, в межах якої виконується спеціальне дослідження групою експертів й спеціальних дослідників, що утворена в необхідних випадках за ініціативи як мінімум одного експерта. Такі випадки можуть траплятися в практиці, коли тій або іншій експертній структурі необхідно залучити із згодою на те особи, яка призначила експертизу, позаштатних спеціальних дослідників, без яких не можна провести експертизу. Дані спеціальні дослідження проводять спеціальні дослідники або разом з експертом, або в присутності експерта і результати котрих використовує експерт в своєму спеціальному дослідженні і складанні висновку експерта. При цьому він вказує, що певні результати були отримані разом із залученим спеціальним дослідником. До таких випадків можна віднести випадки, коли в експертній структурі немає необхідного, зазвичай унікального та високоартістичного приладу для проведення спеціального дослідження.

Дерев'янка М. І.,

аспірантка кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

МІЖНАРОДНІ ЗАСАДИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСУ ПІД ЧАС КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

У ст. 19 Конституції України передбачено, що правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Тобто, законодавець припускає можливість впливу на поведінку особи за допомоги примусу, при чому такого який закріплено виключно у законодавчих нормах. Цей порядок має відповідати й ідеям, котрі закріплені в положеннях Загальної декларації прав людини (10.12.1948 р.) Організації Об'єднаних націй (далі – ООН), Конвенції про захист прав і основоположних свобод Ради Європи (04.11.1950 р.) та Міжнародному пакті про громадянські й політичні права ООН (16.12.1966 р.), котрі ратифіковано Верховною Радою України.

Так у ч. 2 ст. 29 Загальної декларації прав людини зазначено, що під час здійснення прав і свобод кожна людина має піддаватися лише таким обмеженням, які встановлені законом. У ч. 2 ст. 8 Конвенції про захист прав і основних свобод вказано, що органи державної влади не можуть обмежувати право на повагу до приватного і сімейного життя, житла, таємниці кореспонденції в інший спосіб, ніж передбачений у законі. Поняття термінів «встановлені законом» чи «згідно із законом» включає в себе як вимоги до обмежувальних положень – чітке тлумачення та вичерпний їх перелік, так і вимоги до самого закону – доступність його положень для ознайомлення.

У ч. 2 ст. 29 Загальної декларації прав людини та у ч. 2 ст. 8 Конвенції про захист прав і основних свобод людини одночасно із вимогою законодавчого закріплення обмежень, передбачається й вимога до їх застосування, як «необхідних у демократичному суспільстві». Мається на увазі, що публічні інтереси, перелічені у міжнародних нормах, здатні виправдовувати правові обмеження прав і свобод, якщо вони є адекватними соціально значущим цілям. Тобто мета застосування обмежень має бути відповідною (пропорційною) шкоді, яка ними ж і спричиняється.

З вимогою «необхідності у демократичному суспільстві» тісно пов'язана й така вимога до обмежень, як їх тимчасовість. Вона полягає у тому, що обмеження повинні застосовуватися лише на певний термін, а потім мають обов'язково припинитися. Припинення дії обмежень пов'язується із відновленням належного стану визнання й поваги прав інших, задоволення справедливих вимог моралі, громадського порядку та загального добробуту демократичного суспільства (ч. 2 ст. 29 Загальної декларації прав людини).

У ст. 1 Загальної декларації прав людини зазначено, що всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах. У ст. 2 названого документу вказано, що кожна людина має володіти «всіма правами і свободами, оголошеними Декларацією, без будь-якої різниці щодо раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи суспільного походження, майнового, станового чи іншого положення».

Справедлива ідея визнання за всіма людьми рівних прав та свобод має логічне продовження – обмеження мають також застосовуватися до всіх однаково. Але під час їх застосування мають обов'язково враховуватися: вік особи, її стан здоров'я, стать та інші чинники гуманістичного спрямування у випадках, спеціально встановлених законом. Тому переконливо можна стверджувати про існування у міжнародних нормативно-правових актах й вимоги недопущення будь-якої дискримінації у застосуванні обмежень.

У ст. 10 Загальної декларації прав людини вказано, що кожна людина для визначення її прав та обов'язків, для встановлення обґрунтованості пред'явленого кримінального обвинувачення має право на відкритий розгляд справи незалежним та неупередженим судом, із дотриманням всіх справедливих вимог. Вказане право передбачене також у ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські й політичні права. Відповідно до цього права, лише суд наділений повноваженнями санкціонувати обмеження прав та свобод. Письмовий дозвіл суду має бути єдиною юридичною підставою для позбавлення свободи особи та застосування до неї інших обмежень.

Відповідно до вимог ст. 15 Конвенції про захист прав і основоположних свобод: «Під час війни в державі або іншого надзвичайного стану, який загрожує життю нації, будь-яка Висока Договірна Сторона може вжити заходів, що за своїм змістом відступають від її зобов'язань за цією Конвенцією, виключно в тих межах, яких вимагає гострота становища, – за умови, що такі заходи не суперечать іншим її міжнародно-правовим зобов'язанням». Про вжиття виключних заходів має інформуватися Генеральний секретар Ради Європи. Їх застосування є недопустимим лише щодо спеціально обумовлених у п. 2 ст. 15 Конвенції прав.

Вимогами ст. 8 Загальної декларації прав людини передбачено право кожного на ефективне поновлення основних прав компетентними національними судами, у випадках їх порушення. Тобто застосуванню будь-яких обмежень прав чи свобод особи має передувати утворення механізму їх відновлення, у випадку можливого незаконного порушення. При чому обов'язковою умовою правового захисту від порушень прав і свобод особи є не лише їх повне поновлення, а й встановлення та покарання винних у цьому.

На підставі викладеного можна зробити такі висновки. На міжнародному рівні вироблені критерії законності застосування примусу. Згідно із вимогами міжнародно-правових актів, законним слід вважати застосування примусу, якщо воно: має правову основу; його цілі пропорційні (відповідні) спричиненій, у майбутньому, шкоді; діє тимчасово; не припускає будь-якої дискримінації; підконтрольне суду; не застосовуються до абсолютно недоторканих прав і свобод (визначених, зокрема, у ст. 64 Конституції України); вчиняється лише після того, як розроблено і використовується механізм поновлення порушених прав та свобод; може у законний спосіб бути оскарженим.

Жовтан П. В.,

суддя Комінтернівського районного суду Одеської області

СПОСОБИ ПРИХОВУВАННЯ ХАБАРНИЦТВА ТА ЇХ ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОГО ДОКУМЕНТУВАННЯ ТА ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Хабарництво – злочин, відомий з досить давніх часів. Його існування зумовлюється багатьма чинниками – економічними, соціальними, політичними. Бюрократична система породила цілу когорту чиновників, які використовують своє службове становище з метою вимагання й одержання хабарів за різні послуги. Хабарництво сприяє розкладу державного апарата, його дискредитації, втраті довіри до державної влади.

Розвиток ринкової економіки в Україні змінює характер цього злочину, який сьогодні набуває значної поширеності, причому нерідко організованого характеру. Особливу небезпеку становить хабарництво, пов'язане з розкраданнями, у тому числі такими, що мають економічний характер.

На даний час спостерігається тенденція до активного поширення хабарництва в усіх соціальних сферах, де дача й одержання хабарів здійснюються у великих розмірах. Про поширеність у суспільстві хабарництва свідчать дані статистики. Проте хабарництво, на відміну від інших видів злочинів, має високий ступінь латентності, що ускладнює його розкриття. У зв'язку з цим важливу роль в документуванні хабарництва відіграє оперативно-розшукова діяльність (далі – ОРД) якій властиві таємні форми і методи документування цього злочину. Водночас аналіз кримінальних проваджень, відкритих за матеріалами ОРД та оперативно-розшукових справ свідчить про те, що оперативні працівники ще недостатньо володіють сучасними методами документування хабарництва в ході ОРД, а слідчі в ході досудового розслідування.

Одним із важливих чинників цього є те, що окремі оперативні працівники та слідчі не мають чіткого уявлення про способи вчинення та приховування хабарництва.

Аналіз матеріалів практики та наукових джерел дає можливість висловити такі судження.

Спосіб приховування злочину, як правило, пов'язаний зі способами його вчинення і певною мірою відбиває діяльність злочинця, пов'язану з учиненням злочину. У цьому синтезі знаходить своє відбиття й особа злочинця, що правоохоронним органам дозволяє розпочинати дії по розшуку і встановленню останнього.

Спосіб приховування багато в чому залежить не тільки від галуззі, у якій учиняється злочин, характером діяльності злочинця, а й його особистісними якостями – умінням знайти способи маскуванню, фальсифікації, інсценування, поширення помилкових відомостей з метою приховування злочинної діяльності, пов'язаної з хабарництвом.

Спосіб приховування багато в чому залежить не тільки від галуззі, у якій учиняється злочин, характером діяльності злочинця, а й його особистісними якостями – умінням знайти способи маскуванню, фальсифікації, інсценування, поширення помилкових відомостей з метою приховування злочинної діяльності, пов'язаної з хабарництвом.

За його уявленням способи приховування поділялися на два види: а) перешкоджання одержанню органами попереднього розслідування точної інформації про злочин; б) перешкоджання одержанню органами попереднього розслідування точної інформації про злочин і видачу замість неї помилкової.

До першої групи були віднесені наступні способи: переміщення матеріальних джерел такої інформації; маскуванню матеріальних джерел інформації про злочин; знищення матеріальних, а в деяких випадках ідеальних (люди) джерел інформації про злочин; ухилення від явки до органів розслідування; відмова від дачі показань; недонесення.

До другої групи способів приховування злочинів віднесено: фальсифікацію; інсценування; завідомо неправдиве повідомлення з метою приховування злочину (Овечкін В.А. та ін..)

Поряд з наведеною, у криміналістичній літературі мають місце й інші класифікації способів приховування злочинів, які мають своєю підставою зміст уживаних дій. Така класифікація передбачає: утаювання інформації і/або її носіїв; знищення інформації і/або її носіїв; маскуванню інформації і/або її носіїв; фальсифікація інформації і/або її носіїв; змішані способи, які поєднують у собі різні способи або їх елементи Р.С. Белкін та ін.).

Чинниками, що зумовлюють приховування, виступають страх перед покаранням, сором, пов'язаний із розголошенням ганебних фактів, прагнення захистити від покарання близьку особу (при приховуванні, здійснюваному сторонніми особами), бажання забезпечити собі безбідне існування та ін. Психологічним аспектом приховування можна вважати два напрямки – створення розумової моделі приховування і спосіб її реалізації.

Способи приховування хабара вирізняються двома групами чинників: з одного боку, суб'єктивними інтересами й можливостями хабародавця, з іншого – об'єктивною обстановкою, що сприяє хабарництву або перешкоджає йому. Залежно від названого хабарництво набуває найрізноманітнішого характеру. Водночас способи його приховування багато в чому залежать від сфери діяльності осіб, де факти хабарництва мають місце. Незважаючи на різноманіття структур, де ті чи інші вигоди можуть бути одержані за хабарі, способи їх приховування досить типові і полягають, головним чином у наступному:

1. Підробка в документах або створення нових документів, що відбивають прийом на роботу, просування по службі, створення нових посадових структур.

2. Створення фіктивних реєстраційних документів, що фіксують, відображають одержання квартири, оформлення кредиту та ін.

3. Виправлення дат, підробка підписів у документах, що фіксують створення приватних підприємств, комерційних структур тощо.

4. Підробки, що допускаються в письмових документах, пов'язаних зі вступом у вищі навчальні заклади (виправлення помилок у творах з метою завищення екзаменаційної оцінки; передача екзаменаційного білету, по якому буде відповідати абітурієнт; заміна суб'єкта, який екзаменується, на іншу особу, яка має високий рівень підготовки, та ін.).

5. Особисті вказівки (довірчі) відповідальному секретареві про необхідність прийняти певних осіб до вищого навчального закладу, маючи на меті посадову залежність останнього від ректорів, проректорів та інших відповідальних осіб.

6. Створення неправомірних управлінських рішень про надання монопольного права торгівлі нафтопродуктами або електроенергією шляхом оформлення протоколів неіснуючих зборів, видання наказів, розпоряджень, що явно суперечать наявній практиці.

7. Створення документів на аукціонну ціну будинків і споруд при передачі їх комерційним структурам як явно збиткових, однак прихованих неіснуючими недоліками останніх і відсутністю бажаючих запропонувати вищу ціну на аукціоні.

8. Поширення відомостей про сувору дисципліну в тій чи іншій установі, законослухняність їх керівників, непідкупність окремих чиновників, що створює маскувальну «ширму», яка дозволяє широко здійснювати хабарництво під її прикриттям (Я. Є. Мишков та ін.).

Слід зазначити, що наведені чинники не вичерпують усіх можливих варіантів приховування дачі хабарів; більше того, названі форми удосконалюються, при тому що законодавство, яке регулює ринкові відносини, недосконале, має безліч прогалин, що використовуються окремими особами в злочинних цілях.

Знання способів приховування хабарництва має велике значення для оперативно-розшукового документування та досудового розслідування, оскільки надає можливість успішно виконати завдання ОРД та кримінального процесу щодо розкриття та розслідування цього злочину й забезпечує прийняття судом законного та обґрунтованого рішення у кримінальному провадженні.

Ільченко С. Ю.,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, помічник начальника Головного слідчого управління Служби безпеки України

ЩОДО СПІВВІДНОШЕННЯ ЗМІСТУ ДЕЯКИХ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВ І СВОБОД ОСОБИ

Колишній Кримінально-процесуальний кодекс України, котрий було прийнято ще у 1961 році, лишив після себе певний слід. Особливої уваги заслуговує той досвід його застосовування, який позитивним чином вплинув на удосконалення механізму забезпечення прав і свобод особи, залученої до сфери кримінального судочинства. Його, зокрема, можна углядіти проаналізувавши рішення Конституційного Суду України.

Так у зв'язку із підготовкою до розгляду конституційного подання 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до статті 218 Кримінально-процесуального кодексу України щодо ознайомлення обвинуваченого і захисника з матеріалами кримінальної справи» від 08.04.2011 №3228-VI перед Конституційним Судом України виникла потреба узагальнення точок зору з приводу поставлених питань. Так у конституційному поданні висувалося припущення про невідповідність Закону №3228-VI: частині третій статті 63, частині першій статті 64 та частинам першій і третій статті 22 Конституції України. Зокрема у зверненні зауважувалося, що положеннями даного Закону обмежується конституційне право обвинуваченого на захист, чим спричиняється порушення й інших конституційних норм. За розсудом суб'єкту конституційного подання таке обмеження стає можливим через визначення судом строку, протягом якого обвинувачений і його захисник повинні ознайомитися з матеріалами справи (зараз – кримінального провадження) та заявити клопотання.

Аналіз чинного законодавства надав змоги з'ясувати, що задеклароване у ст. 63 Конституції України право підозрюваного, обвинуваченого і підсудного на захист конкретизувалося у ст. 21 КПК України. Важливість для особи конституційного права на захист важко переоцінити.

Водночас у ст. 218 КПК України йшлося про «право на ознайомлення з усіма матеріалами справи», яке походило від положень ст. 19 Загальної декларації прав людини і частин другої та третьої ст. 34 Конституції України, згідно із якими кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або іншим способом – на свій вибір. Громадянин має право знайомитися в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, установах і організаціях з відомостями про себе, які не є державною або іншою захищеною законом таємницею (ч. 3 ст. 32 Конституції України). Здійснення права на інформацію може бути обмежене законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням або злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя (ч. 3 ст. 34 Конституції України). У ст. 218 КПК України передбачалося, що таке обмеження мало б здійснюватися виключно за рішенням суду, який наділений правом вирішувати питання розумності строків ознайомлення із матеріалами справи та кваліфікації дій обвинуваченого і захисника як «зволікання ознайомлення».

Таким чином право на ознайомлення з усіма матеріалами справи є конкретизованою формою реалізації у кримінальному процесі конституційного права особи на інформацію, закріпленого у ст.ст. 32 та 34 Конституції України. Відповідно до положень ст. 217 КПК України

таке само право мають й інші суб'єкти, зокрема: потерпілий, цивільний позивач та цивільний відповідач, що не пов'язується із реалізацією ними конституційного права на захист, про яке наголошується у конституційному поданні.

Обмеження конституційного права особи на інформацію передбачені у Конституції України та основних міжнародних нормативно-правових актах. Випадки такого обмеження кореспондуються із вимогами ч. 2 ст. 29 Загальної декларації прав людини, де зауважується, що «при здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві».

У свою чергу положеннями ст. 64 Конституції України дане право не визнається абсолютно недоторканим. Тому видається логічним і гуманним те, що прийняття рішення про його обмеження віднесено виключно до компетенції суду. При цьому ознайомлення з матеріалами справи не має бути самоціллю для обвинуваченого та його захисника, або використовуватися ними як засіб протидії розслідуванню. У будь-якому випадку особа не повинна зловживати правом на таке ознайомлення. Адже обов'язок додержуватися Конституції і законів України є одним із найважливіших обов'язків людини і громадянина. Він передбачений ст. 68 Основного Закону і стосується усіх осіб, які перебувають на території України.

Відповідно до викладеного, видається, що Закон №3228-VI не містить положень, які суперечать Конституції України. Слід констатувати, що Конституційний суд України пристав до такої ж позиції та рішенням №1-рп/2012 від 18.01.2012 року визнав такими, що відповідають Конституції України (конституційними), положення частин шостої, сьомої статті 218 Кримінально-процесуального кодексу України в редакції Закону України «Про внесення змін до статті 218 Кримінально-процесуального кодексу України щодо ознайомлення обвинуваченого і захисника з матеріалами кримінальної справи» від 8 квітня 2011 року № 3228-VI. Водночас, в обґрунтуванні такої позиції Суд зауважив, що «право обвинуваченого на ознайомлення із матеріалами справи та право на отримання інформації про закінчення розслідування у кримінальній справі є складовими конституційного права на захист». Разом із цим таке співвідношення видається помилковим. Адже у разі структурного входження конституційного права на інформацію до змісту іншого – конституційного права на захист, – перше втрачає свій власний зміст і розпорошується в останньому. При чому право на захист, відповідно до ст. 64 Конституції України, не може бути обмежено за жодних умов. Вочевидь в обґрунтуванні оприлюдненого висновку мало йтися про забезпечення реалізації одного права (на захист) іншим (на інформацію).

Клименко Н. І.,

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДЕЯКІ КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПИТАННЯ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

Судова експертиза є найбільш важливою формою використання спеціальних знань в судочинстві. В сучасний період судова експертиза вийшла за рамки кримінального процесу і застосовується у всіх видах судочинства. Судова експертиза являє собою складну, багатогранну і багатоаспектну діяльність, яка здійснюється в експертних державних і недержавних установах висококваліфікованими спеціалістами. Результативне використання можливостей судової експертизи передбачає вирішення багатьох теоретико-правових аспектів. Перш за все, це необхідність своєчасного створення експертними установами і спеціалістами досягнень науки і техніки; по-друге, високопрофесійне використання їх в судочинстві. Вирішення цих завдань забезпечують теоретичні основи експертизи. Теорія дозволяє пізнати загальні закономірності, які характеризують її предметну сутність, що слід враховувати під час вирішення різноманітних питань, пов'язаних з розвитком і раціональним використанням можливостей науки і техніки в проведенні експертних досліджень. Це формування *науки судової експертології*. Вперше про доцільність її виділення з криміналістики заговорили в 50-х роках (в рамках криміналістичної експертизи – Ю.М. Кубицкий і А.Р. Шляхов), пізніше в 70-х роках намагалися систематизувати знання про експертизу (А.І. Вінберг і Н.Т. Малаховська).

В рамках судово-експертної діяльності сконцентрувався значний обсяг наукових знань, що дозволило говорити про загальні теоретичні основи цієї діяльності і вимагати певної позиції для теоретичного аналізу.

Роботи А.І. Вінберга і Н.Т. Малаховської, Т.В. Авер'янової та І.А. Алієва, С.Б. Бичкової, Ю.Г. Корухова, М.Я. Сегая, Н.Т. Волчецької, Н.І. Клименко та інших [1-10] розкрили поняття цієї науки як вчення про закономірності формування та розвитку судових експертиз, її систему і структуру, а також окремі вчення (про об'єкти, суб'єкти, методи загальної теорії судової експертизи, про судово-експертну діяльність, процеси і відношення комунікації в судовій експертизі, ретроспекцію і прогнозування тощо). Загальна теорія є евристичною, дослідницькою програмою, яка визначає цілі, спеціальні завдання і шляхи подальших наукових розробок в галузі судової експертизи. Подальшими завданнями є *розробка концептуальної моделі структури загальної теорії* судової експертизи, уточнення її та доповнення новими елементами, а також подальше розвинення окремих вчень загальної теорії судової експертології. Потребують розробки методики проведення деяких видів економічних експертиз, товарознавчих, комп'ютерних, об'єктів інтелектуальної власності, мистецтвознавчих, лінгвістичної експертизи тощо. Ефективною є розробка *комплексних методик дослідження* речових доказів, які передбачають інтеграцію різних знань. Для цього необхідні кооперації з іншими науками природно-технічного профілю або створення умов в експертних установах, які б дозволили проводити такі дослідження на власній базі. Наприклад, почеркознавча експертиза вирішує в основному ідентифікаційні питання. Існує необхідність в розробці на основі даних фізіології, психології і експериментальних даних методів вирішення діагностичних питань, таких як фізіологічний і психологічний стан особи в момент виконання рукопису. Вирішення цих питань, безумовно, розширить можливості використання почеркознавчої експертизи у вирішенні неідентифікаційних питань проводяться в Харківському і Київському НДІСЕ.

Необхідна розробка методів дослідження речових доказів, аргументація критеріїв їх допустимості, а також їх інтеркурентності, тобто необхідної з процесуально-правової точки зору здатності методу впливати на стан досліджуваного об'єкта, ускладнювати його подальше пізнання. Необхідно внести ясність в розуміння «вчення про методи науки судової експертизи». Розмежування методів експертології і методів судово-експертної діяльності. Недостатня наукова розробка окремих методів, а також відсутність ефективних методик дослідження є однією з причин не вирішення питань, поставлених перед експертами. Так, методи почеркознавчої експертизи не дозволяють ідентифікувати особу за почерком у випадках обмеженого обсягу графічного матеріалу, зазначених змін почерку і особливо у випадках дослідження коротких і конструктивно простих підписів. Не дають належних результатів існуючі методи балістичних і трасо логічних досліджень. Відсутні методики для вирішення таких важливих з точки зору завдань доказування, як встановлення давності пострілу, часу написання текстів тощо. Деякі питання залишаються невирішеними у зв'язку з недоліками підготовки матеріалів для проведення експертиз органами розслідування і суддями (недотримання прийомів фіксації слідів, правил збирання зразків і інших матеріалів, які необхідні для проведення експертизи). Є недоліки і в експертній роботі – недотримання експертами методичних вимог, що ставляться до складання експертних висновків. Висновки експертів не завжди достатньо аргументовані і переконливі, допускається спрощеність в описанні процесу дослідження особливостей застосування методів; не завжди використовується така можливість підвищення наочності висновків як ілюстрація їх фотознімками, малюнками, схемами тощо.

Експертні установи проводять певну профілактичну роботу в боротьбі зі злочинністю, встановлюють обставини здійснення злочинів і розробляють рекомендації їх усунення, використовуючи при цьому спеціальні знання. Існують дві форми цієї роботи: процесуальна і не процесуальна. Під час процесуальної форми процес і результати дослідження обставин, що сприяють скоєнню злочинів, викладаються в експертному висновку або листі експерта, адресованому органу, який призначив експертизу. Не процесуальна форма – це наукова розробка питань експертної профілактики, а також підготовки профілактичних рекомендацій на підставі узагальнення експертної практики. Вона реалізується шляхом публікації або внесення пропозицій у відповідні органи про усунення причин, що сприяють вчиненню злочинів [2, 6]. Наприклад, пропозиції Одеського і Київського НДІСЕ про усунення конструктивних недоліків окремих вузлів і деталей автомобілів, що були технічною причиною аварій. Заводи визнали пропозиції вірними і прийняли заходи удосконалення відповідних конструкцій. Однак, профілактична робота експертних установ, особливо в процесуальних формах, проводиться несистематично. Експерти недостатньо аналізують матеріали експертизи і вносять мало пропозицій профілактичного характеру. Зокрема це стосується економічних, товарознавчих і будівельних експертиз, де є потенціальні можливості. Необхідно підвищити організаційний рівень роботи, посилити контроль і більше уваги приділяти підвищенню ділової кваліфікації експертних кадрів.

Важливо покращити планування наукової роботи експертних установ. Плани інститутів ще характеризуються багатотемністю і великими термінами їх розробки. Є потреба в об'єднанні тем, формуванні основних напрямів наукової роботи, скороченні їх термінів (створення авторських колективів). Недостатньою є координація зусиль наукових установ різних відомств. Існує необхідність науково-методичного центру питань судової експертизи, який би координував науково-дослідну роботу експертних установ, різних відомств, а також розробляв рекомендації уніфікації експертної практики.

Для розвитку експертної діяльності важливе значення має **організація науково-експертної інформації**. Вона є передумовою прискорення темпів науково-технічного прогресу. Ще 29.11 1966 р. була прийнята спеціальна постанова «Об общегосударственной системе научно-технической информации», яка передбачала створення в країні протягом 1967-1970 рр. галузевих

систем і мереж територіальних органів науково-технічної інформації. Ця постанова і Закони «Про інформацію» 1992 р., «Про науково-технічну інформацію» 1993 р. стали основою розробки заходів по *організації науково-експертної інформації* (огляди, повідомлення, видання інформаційних бюлетенів тощо), вони носять епізодичний характер і складають лише незначну її частину. В інститутах, у тому числі і в Київському НДІСЕ, створені групи (відділи, лабораторії наукового і методичного забезпечення), які повинні збирати інформацію про науково-дослідну роботу установи, яка проводиться; проблеми, що цікавлять судову експертизу, за вітчизняними і зарубіжними літературними джерелами, зокрема про нові методи дослідження, нову літературу тощо. Відділи повинні збирати ГОСТи, еталони і дані про технічні умови, які часто зустрічаються як об'єкти експертного дослідження, колекції (пасти, чорнила, олівці, лаки, фарби, фарне скло, тютюнові вироби). Інформація після обробки повинна надходити в інші експертні установи України. Відповідно завдання організації науково-експертної інформації повинна бути перебудована робота бібліотек і наукових архівів експертних установ.

Важливим завданням експертних установ є типізація і стандартизація методик дослідження. Починаючи з 1996 р. в РФ було створено переліки і паспорти близько 300 судово-експертних методик, їх реквізити (сукупність даних, що її підтверджують) і структура (сукупність основних станів її реалізації). В Україні робота щодо формування реєстру атестованих (сертифікованих) судово-експертних методик розпочалася пізніше і проводиться секцією з теоретичних, загально методичних та організаційних питань судової експертизи і КНДІСЕ. Науково-консультативна і методична рада з проблем судової експертизи МЮ України (Наказ № 305/7 від 11.04.2003 р. згідно постанови КМ України №595 від 02 липня 2008 р. «Про затвердження Порядку атестації та державної реєстрації методик проведення судових експертиз») здійснює атестацію та державну реєстрацію методик проведення судових експертиз в Україні (zareєстровано понад 1000 методик). На підставі аналізу набутого сучасного теоретичного та практичного досвіду в галузі судової експертизи та вимог стандартів управління якістю, адаптованих в Україні, О.Г. Рувіним, А.О. Полтавським, В.В. Назаровим та іншими запропоновано структуру експертної методики [12, 13].

Правове регулювання судово-експертної діяльності у всіх її основних видах: експертної, науково-дослідної, методичної, організаційної і кадрової здійснюється, перш за все, Конституцією України, кодексами: кримінально-процесуальним, цивільно-процесуальним, господарсько-процесуальним, адміністративно-процесуальним, митним кодексом, окремими законами – «Про судову експертизу» (зі змінами 2004 р.), «Про державну службу», «Про наукову та науково-технічну діяльність», «Про підприємництво», «Про забезпечення осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» тощо, міжнародні договори, а також численні міжвідомчі ат локальні нормативні акти.

Положення різних кодексів недостатньо узгоджені між собою, потребують систематизації і упорядкування. Закон «Про судову експертизу» до судово-експертної діяльності включив її правові, практичні та організаційні основи, визначення мети такої діяльності – забезпечення правосуддя незалежною, об'єктивною, кваліфікованою експертизою, орієнтування на максимальне використання досягнень науки і техніки. Новий КПК України ввів багато новел в кримінальний процес, розширив інститут судової експертизи. Проте залишилися проблемними багато питань правового регулювання судово-експертної діяльності в кримінальному провадженні на які раніше зверталася увага в спеціальній літературі і які потребують вирішення. Це відсутність в кодексі регламентації роботи експерта за місцем знаходження об'єктів дослідження, норми, регулюючі окремих висновок експерта при незгоді його з членами комісії, допиту експерта на досудовому розгляді, права на пере формулювання і перестановку питань експертом. Потребують розширення базове поняття «судовий експерт» (ч. 1 ст. 69), регламентації комісійні і комплексні експертизи, необхідно доповнити ч. 3 ст. 4 «Докази і доказування» новою статтею «Показання експерта» як роз'яснення його висновку тощо.

Причинами виникнення і несвоєчасного вирішення вказаних питань є недосконалість теоретичного обґрунтування закономірностей розвитку експертної діяльності, які складають предмет теорії судової експертизи.

Організаційний напрям діяльності пов'язаний з необхідністю створення єдиної позавідомчої експертної служби судово-експертних установ на зразок Республіки Казахстан, Азербайджан і Білорусь, незалежної від міністерств і відомств, що замаються правоохоронною діяльністю [7, 9].

Судова експертологія повинна потурбуватися і про створення своїх кадрів – спеціалістів-експертів, які проводять експертні дослідження [1, 5]. Поки що в Україні експерти готуються для експертних підрозділів системи МВС.

Є потреба у підготовці кадрів – експертів для експертних закладів МЮ України. Для цього необхідно у вищих юридичних закладах України створити групи такої підготовки експертів, де є практичні бази (НДІСЕ), відкрити Інститут підготовки судових експертів на зразок РФ або Академію підготовки експертів [1, 6].

Судова експертологія відбулася саме як самостійна наука, що поєднує спеціальні судово-експертні галузі знань з концептуальними засадами єдиної судово-експертної методології. Вона слугує «онтолого-гносеологічним орієнтиром і камертоном для різних видів судових експертиз».

Список використаних джерел:

1. Сегай М.Я. Судова експертологія – наука про судово-експертну діяльність. М.Я. Сегай // Вісник академії правових наук України. – №2 (33). – №3 (34). – 2003. – С. 740 – 761.
2. Джавадов Ф.М. Экспертная деятельность и развитие науки о судебной экспертизе. Ф.М. Джавадов, – Баку, 1998. – 188 с.
3. Джавадов Ф.М. Частные теории судебной экспертизы. – Ф.М. Джавадов, – Баку, 1999. – 72 с.
4. Бычкова С.Б. Становление и тенденции развития науки о судебной экспертизе. С.Б. Бычкова, – Алма-Ата, 1994. – 165 с.
5. Волчецкая Н.Т. Основы судебной экспертологии. – Н.Т. Волчецкая, -Калининград: КГУ, 2004.
6. Клименко Н.І. Судова експертологія. Курс лекцій. – Н.І. Клименко, – К.: Ін Юре, 2007. – 521 с.
7. Аверьянова Т.В. Судебная экспертиза. – Т.В. Аверьянова, Курс общей теории. – М.: Норма, 2006. – 477 с.
8. Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в уголовном, гражданском, арбитражном процессе. – Е.Р. Россинская, – М., 1996. – 376 с.
9. Щербаковский М.Г. Судебная экспертиза. Учебно-практическое пособие. – М.Г. Щербаковский, – Х.: Эспада, 2005. – 536 с.
10. Экспертизи в судовій практиці / Під ред. В.Г. Гончаренка. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 386 с.
11. Судова експертиза: нормативно-правове регулювання та наукові коментарі: навчально-довідковий посібник. – Х.: Одиссей, 1997.
12. Рувін О.Г., Полтавський А.О., Назаров В.В. До питання щодо структури та змісту експертної методики з урахуванням вимог стандартів управління якістю, адаптованих в Україні...// Криміналістика и судебная экспертиза, К., вып. 58, ч. 1, 2013, с. 97-115.
13. Рувін О.Г., Пелеха Ю.І., Полтавський А.О. // Поняття експертної методики як документа, його структура з урахуванням міжнародних стандартів систем управління якістю, адаптованих в Україні // Криміналістика и судебная экспертиза, К., вып. 58, ч. 1, 2013, с.124-130.

Куц Я. О.,

адвокат, голова адвокатського об'єднання «А2К»

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ВИТРАТИ І ПРАВОВА ДОПОМОГА

Під час досудового розслідування і судового розгляду кримінального провадження відбувається послідовне здійснення процесуальних дій і прийняття процесуальних рішень, відповідно до яких кримінальне провадження переходить з однієї стадії на іншу чи тимчасово зупиняється або, взагалі, приймається рішення по суті справи і все подальше провадження по справі закінчується. Вся ця діяльність пов'язана зі значними матеріальними витратами, які зазнають сторони кримінального провадження. процесуальних витрат.

Зміни в економіці і суспільстві, необхідність створення ефективної системи захисту основних прав і свобод людини та подолання серйозних проблем, що існують у сфері кримінального судочинства, стали підставою прийняття кримінального процесуального кодексу України 2012 року. Питанням витрат під час кримінального провадження присвячена глава 8 кодексу, яка отримали нову назву – Процесуальні витрати, і складається із 9 статей. Понад 40 статей нового кодексу пов'язані із питаннями процесуальних витрат. Зміна назви з судових витрат на процесуальні є доречною, оскільки витрати є складовою частиною усієї процесуальної діяльності на усіх стадіях кримінального процесу, а поняття судові витрати цьому не відповідає. Частина цих витрат компенсується за рахунок коштів Державного бюджету України, а інша відшкодовується на підставі вироку суду з засудженого чи інших осіб, у передбачених в законі випадках. Стягнення процесуальних витрат не є додатковим покаранням за вчинене кримінальне правопорушення.

Вперше в українському кримінально-процесуальному законодавстві питання визначення розміру процесуальних витрат під час кримінального провадження внесено до предмету доказування. Обов'язок доказування розміру процесуальних витрат покладено на сторони кримінального провадження, які їх подали.

Процесуальні витрати можуть виникнути на будь-якій стадії кримінального провадження, якщо це, наприклад, пов'язано із прибуттям і залученням окремих учасників кримінального провадження для участі у проведенні процесуальних дій чи прийнятті процесуальних рішень.

При ухваленні вироку суд повинен вирішити на кого мають бути покладені процесуальні витрати і в якому розмірі. Суд апеляційної інстанції може змінит вирок суду першої інстанції у разі зменшення сум, які підлягають стягненню, або збільшення цих сум, якщо таке збільшення не впливає на обсяг обвинувачення і правову кваліфікацію кримінального правопорушення.

Засуджену судом України особу може бути передано для відбування покарання в іншу державу, а засудженого іноземним судом громадянина України прийнято для відбування покарання в Україні тільки за умов дотримання і виконання ряду вимог, серед яких передбачено і обов'язкове відшкодування процесуальних витрат.

Склад процесуальних витрат передбачено у кримінальному процесуальному законодавстві. До їх складу віднесено чотири види процесуальних витрат, це:

- 1) витрати на правову допомогу;
- 2) витрати, пов'язані із прибуттям до місця досудового розслідування або судового провадження;
- 3) витрати, пов'язані із залученням потерпілих, свідків, спеціалістів, перекладачів та експертів;
- 4) витрати, пов'язані із зберіганням і пересиланням речей і документів.

Правову допомогу необхідно розглядати, як надання правових послуг, спрямованих на забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, захисту цих прав і свобод, їх відновлення у разі порушення. Право на надання таких послуг мають захисники підозрюваних, обвинувачених і представники потерпілих, цивільних позивачів і цивільних відповідачів.

Підозрюваний, обвинувачений, виправданий, засуджений має право на захист, який полягає у наданні йому можливості надати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, реалізовувати інші передбачені законом процесуальні права, а також скористатись правовою допомогою захисника, якого запрошує до участі у справі самостійно або це здійснюють його законні представники, а також інші особи за їх згодою чи проханням. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані надати затриманій особі чи особі, яка тримається під вартою, допомогу у встановленні зв'язку із захисником або особами, які можуть запросити захисника, а також надати можливість використати засоби зв'язку для запрошення захисника. Всі витрати, пов'язані з оплатою допомоги захисника, несе підозрюваний, обвинувачений, виправданий, засуджений. Закон також передбачає випадки обов'язкової участі захисника, в не залежності від волевиявлення на його участь підозрюваного, обвинуваченого, а також ситуації, коли підозрюваний, обвинувачений заявив клопотання про залучення захисника, але за відсутності коштів чи з інших об'єктивних причин не може його залучити самостійно. Також можлива ситуація, коли обставини кримінального провадження, на думку слідчого, прокурора, слідчого судді, суду вимагають участі захисника, а підозрюваний, обвинувачений не залучив його. В цілях забезпечення права особи на захист, слідчий, прокурор виносить постанову, а слідчий суддя та суд ухвалу, якою доручає відповідному органу (установі), відповідно до Закону України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011 року, уповноважену законом на надання безоплатної правової допомоги, призначити адвоката для здійснення захисту за призначенням та забезпечити його прибуття у зазначені у постанові (ухвалі) час і місце для участі у кримінальному провадженні.

Постанова (ухвала) про доручення призначити адвоката негайно направляється відповідному органу (установі), уповноваженому законом на надання безоплатної правової допомоги.

Суб'єктами з надання безоплатної вторинної правової допомоги є центри створені Міністерством юстиції України при головних управліннях юстиції в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі.

Відповідно до ст. 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» право на отримання такої допомоги мають також особи, які перебувають під юрисдикцією України, якщо середньомісячний сукупний дохід їхньої сім'ї нижчий суми прожиткового мінімуму, розрахованого та затвердженого відповідно до Закону України «Про прожитковий мінімум» для осіб, які належать до основних соціальних і демографічних груп населення; інвалідів, які отримують пенсію чи допомогу, що призначається замість пенсії, у розмірі менше двох прожиткових мінімумів для непрацездатних осіб – захист від обвинувачення і складання документів процесуального характеру; підозрювані у вчиненні злочину особи, які затримані органами дізнання та слідства, – на захист від обвинувачення; особи, щодо яких як запобіжний захід обрано взяття під варту, – на захист від підозри (обвинувачення). Така допомога надається протягом 72 годин з моменту затримання.

Невиконання, неналежне або несвоєчасне виконання постанови (ухвали) про доручення призначити адвоката тягнуть відповідальність, встановлену законом.

Витрати, пов'язані з оплатою допомоги представника потерпілого, цивільного позивача та цивільного відповідача, які надають допомогу за договором, несе, відповідно, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач. Але потерпілий, цивільний позивач і цивільний відповідач також мають право на різновид безоплатної вторинної правової допомоги, відповідно до Закону України «Про безоплатну правову допомогу», якщо належать до однієї із категорій

суб'єктів надання такої правової допомоги, які вказані в ст.14 Закону.

Допомога захисника, залученого для здійснення захисту за призначенням або відповідно до закону, що регулює надання безоплатної допомоги, надається за рахунок коштів Державного бюджету України, в розмірі 2,5 відсотка мінімальної заробітної плати за годину роботи захисника чи представника, під час досудового розслідування чи судового провадження. Підставою для отримання відповідних витрат є копія постанови, ухвали про звільнення особи від оплати правової допомоги або про призначення адвоката та відповідна довідка-розрахунок про його участь у кримінальному провадженні.

У випадку визнання судом особи винною у вчиненні кримінального правопорушення, якій було надо правову допомогу за призначенням, за відсутності підстав для звільнення його від оплати за правову допомогу відшкодування витрат покладається на засудженого.

Одночасно з цим, суд, враховуючи майновий стан особи (обвинуваченого, потерпілого), за власною ініціативою або за її клопотанням має право своєю ухвалою зменшити розмір належних до оплати процесуальних витрат чи звільнити від її оплати повністю або частково, чи відстрочити або розстрочити оплати процесуальних витрат на визначений строк.

Якщо оплату процесуальних витрат відстрочено або розстрочено до ухвалення судового рішення, витрати розподіляються відповідно до судового рішення.

У разі зменшення розміру належних до оплати процесуальних витрат чи звільнення від їх оплати повністю або частково відповідні витрати компенсуються за рахунок коштів Державного бюджету України.

Таким чином, процесуальні витрати необхідно розглядати, як передбачені кримінальним процесуальним законом затрати під час здійснення провадження у кримінальній процесі, шляхом реалізації учасниками провадження своїх прав і обов'язків, спрямованих на забезпечення швидкого, повного і неупередженого розслідування та судового розгляду, які можуть бути компенсовані або відшкодовані за рахунок коштів Державного бюджету України чи стягнуті з обвинуваченого за обвинувальним вирокіом суду. Надання правової допомоги є різновидом процесуальних витрат, спрямованих на забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, захисту цих прав і свобод, їх відновлення у разі порушення.

Лідовець Т. М.,

ст. викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»

**ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ
ПОТЕРПІЛИХ ФІЗИЧНИХ ОСІБ МАЛОЛІТНЬОГО, ПОХИЛОГО ВІКУ,
ОСІБ З ФІЗИЧНИМИ ТА ПСИХІЧНИМИ ВАДАМИ В ХОДІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ
КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ
ПРОЦЕСУАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ**

Чинним кримінально-процесуальним законодавством задекларований принцип рівності учасників кримінального провадження у своїх процесуальних правах. У порівнянні з кримінально-процесуальним законом 1961 року самостійною нормою закріплено положення про можливість користування додатковими гарантіями окремими категоріями осіб (неповнолітні, особи з розумовими та фізичними вадами тощо) у випадках і порядку, передбачених кодексом (ч.10 КПК). Природньо, що питання обсягу додаткових гарантій забезпечення участі таких потерпілих у кримінальному провадженні, умов їх реалізації, обов'язку уповноважених органів державної влади, їх посадових осіб по вживанню належних заходів для означених цілей становлять як науковий, так і практичний інтерес. З огляду на визначений у даній доповіді етап провадження як судовий розгляд, та допустимий інформаційний обсяг матеріалу для тез, спробуємо відповісти на частину з озвучених вище запитань в контексті теми дослідження.

У розгляді і при вирішенні провадження по суті суттєве значення матиме той факт, що потерпіла фізична особа може перебувати у безпорадному стані (зумовленого віком, наявними фізичними чи психічними вадами тощо), в силу якого вона не здатна у повній мірі розуміти своє процесуальне становище та/ або самостійно здійснювати захист своїх прав та законних інтересів всіма способами і засобами, передбаченими законом. Це, своєю чергою, зумовлює потребу у вирішенні питання про визнання таких потерпілих недієздатними або обмежено дієздатними у кримінально-процесуальних відносинах ще на етапі досудового розслідування та створенні належних умов забезпечення реалізації та захисту їх прав. Природньо, що вказана вимога є дійсною і на етапі судового розгляду кримінального провадження.

Вважаємо, що на етапі судового провадження суд повинен вирішити низку важливих питань, аби забезпечити в цілому належний розгляд справи за участю таких потерпілих. Зокрема, орган правосуддя повинен з'ясувати чи є потерпілий процесуально правосуб'єктним, якщо ні, то якими матеріалами справи підтверджується цей факт. Також суд повинен встановити чи були допущені законні представники до справи (ст. 59 КПК); вирішити питання про обов'язкове залучення представника-адвоката; забезпечити виклик та явку перекладача у судові засідання, коли потерпілий страждає на хвороби з вадами слуху (68 КПК), а також спеціалістів, необхідних для проведення слідчих дій за участю вказаних потерпілих (ст. 71 КПК).

Однією з важливих гарантій забезпечення прав та інтересів потерпілого є участь представника у судовому розгляді справи. Чинне процесуальне законодавство містить імперативну вимогу про залучення законного представника потерпілої фізичної особи, яка є неповнолітньою особою чи визнана в установленому законом порядку недієздатною чи обмежено дієздатною (ч.1 ст.59 КПК). Та стверджувати про кваліфіковане представлення та захист прав й інтересів означеної категорії осіб без участі представника-адвоката неможливо. На жаль, так і не вирішеним залишається питання у процесуальному законодавстві щодо обов'язкової участі представника-адвоката потерпілої особи, у тому числі при судовому розгляді провадження попри участь законних представників. Вважаємо, що його участь, як і участь законного пред-

ставника, повинна бути вирішена ще на досудовому розслідуванні при прийнятті постанови про визнання фізичної особи потерпілою і підтвердження факту її кримінально-процесуальної недієздатності чи обмеженої дієздатності, а у разі відсутності, доцільно суду його прийняти при розгляді клопотання у судовому засіданні. Як гарантією захисту прав та інтересів означених потерпілих осіб при здійсненні кримінального провадження виступає положення ч.6 ст. 22 КПК щодо обов'язку суду створити умови для реалізації сторонами їх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків. Інакше складається парадоксальна ситуація, зокрема підсудному з фізичними чи психічними вадами гарантується правова допомога (ст. 52 КПК), проте, будучи вже в статусі потерпілого, ця ж сама особа вже позбавлена такої гарантії у кримінальному судочинстві.

Дотримуючись принципу гуманності, законодавцю слід передбачити також випадок призначення представника-адвоката для безпомічного потерпілого за рахунок коштів державного бюджету, коли сам потерпілий не зробив цього чи не здатен оплатити його послуги. У цьому сприятливими слід визнати положення закону України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011р., якими передбачається можливість надання безоплатної правової допомоги адвокатом за дорученням Центру з надання безоплатної правової допомоги певним категоріям осіб. Діти малолітнього віку – сироти, позбавлених батьківського піклування чи ті, що зазнали насильства в сім'ї, а також інваліди, особи похилого віку є тією категорією осіб, щодо яких поширюють дію норми вказаного закону.

У судовому розгляді справи за участю потерпілої особи, яка має вади зі слухом, суд з'ясовує питання про участь перекладача. У слідчій і судовій практиці мають місце випадки, коли вказані потерпілі не розуміють жесто-мімічну і дактильну мову. У такому випадку слід запрошувати в якості перекладача осіб, які перебувають з ними у постійному контакті, або запрошувати спеціалістів, які знають їх психологію. При цьому потерпілому слід надати першочергову можливість самому обирати перекладача, якому він повністю може довіряти, який його повністю розуміє і з яким йому легко спілкуватися. Це дозволить подолати притаманні для осіб з вадами слуху недовірливість, підозрілість, допоможе встановити з ними психологічний контакт. Вважаємо за доцільне, також залучати у судовий розгляд справи перекладача, який брав участь на досудовому слідстві, оскільки вони вже знають особливості мімічної мови даної особи, її здібності у володінні розмовною мовою. Такою вимогою слід керуватися і при запрошенні спеціалістів для проведення судових слідчих дій, зокрема сурдопсихологів (сурдопедагогів) для осіб з вадами слуху, тифлопсихологів (тифлопедагогів) – для осіб з вадами зору; психологів (педагогів) – для розумово відсталих та малолітніх осіб; психіатрів для осіб, що страждають психічними захворюваннями; лікарів – для осіб, що страждають тяжкими соматичними захворюваннями, перебувають у тяжкому стані в результаті заподіяних тілесних ушкоджень та ін.

Насамкінець, неявка у судове засідання потерпілого, його законного представника має своїм правовим наслідком призначенням нового засідання, якщо неможливо за їх відсутності з'ясувати всі обставини справи під час судового розгляду. Разом з тим, вважаємо за доцільне, законодавчо визначити такі наслідки і у разі обов'язкової участі представника-адвоката потерпілого у справі. Це слугуватиме надійною гарантією забезпечення захисту прав та інтересів таких потерпілих і забезпечення процесуальної рівноправності двох важливих учасників змагального процесу: підсудного і потерпілого.

Лук'янчиков Б. Є.,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри криміналістики Національної академії внутрішніх справ

Лук'янчиков Є. Д.,

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри інформаційного права та права інтелектуальної власності Національного технічного університету України «КПІ»

ПОБУДОВА ХАРАКТЕРИСТИК ЗЛОЧИНУ

Злочин як суспільно-небезпечна поведінка людини вивчається багатьма науками. Кожна з них намагається дослідити та описати ті його сторони, що висвітлюють соціальний, кримінологічний, морально-етичний, криміналістичний та інші аспекти. Подібна увага науковців до цього небезпечного явища не випадкова. Суспільство зацікавлене в тому, щоб таких явищ було менше, а це вимагає комплексного підходу до організації протидії злочинній діяльності.

Для вирішення завдання протидії злочинності кожна юридична наука досліджує ті елементи й риси злочину, що належать до її предмета, акцентує увагу на найбільш суттєвих рисах цього суспільно-небезпечного соціального явища. Внаслідок цього в науковому обігу набули розповсюдження характеристики злочинів з такими позначувальними словами, як кримінально-правова, кримінологічна, криміналістична, оперативно-тактична, судово-психологічна та ін.

Найбільше дослідженими та перевіреними часом вважаються кримінально-правова та кримінологічна характеристики злочину. Перша – розкриває правовий характер діяння, показує, чи містить воно відмінні ознаки складу злочину, ступінь його суспільної небезпеки, яке потрібно призначити покарання та інші ознаки. Друга – це система відомостей про генезис злочину, його причини та умови вчинення, частоту повторюваності й класифікацію злочинів за різними підставами, наприклад, віком, освітою, професією тощо.

Тривалий час зазначені характеристики використовувалися для розробки методичних рекомендацій розслідування злочинів. Це не дозволяло повною мірою використовувати ті ознаки злочинів, що мали важливе криміналістичне значення. Такі рекомендації не відрізнялися достатньою конкретністю та визначеністю, а тому не могли задовольнити потреби слідчої практики. Перед криміналістами постало завдання враховувати поряд з кримінально-правовими та кримінологічними ознаками злочину і ті, що мали важливе криміналістичне значення, сприяли результативному використанню таких методик.

Перші згадки про поняття криміналістичної характеристики можна знайти в роботах О. Н. Колесніченко та Л. А. Сергеева [1; 2]. Вагомий внесок у її розробку зробив О. Н. Колесніченко. Це знайшло відображення як в окремих виданнях, так і підручниках з криміналістики [3, с. 29-43]. Питання, що пов'язані з криміналістичною характеристикою достатньо активно обговорювалися на сторінках наукових видань у публікаціях В. П. Бахіна, Р.С. Белкіна, О. М. Васильєва, І. О. Возгріна, І. Ф. Герасимова, В. О. Коновалової, В. О. Образцова, М. В. Салтевського, М. О. Селіванова, В. Ю. Шепітька та ін.

Не вдаючись до поглибленого аналізу поданих визначень варто зазначити, що усім ним певною мірою притаманні загальні ознаки, на які звертають увагу автори: а) система узагальнених відомостей про ознаки певного виду злочинів; б) встановлення закономірних зв'язків між такими даними; в) призначеність для використання в розслідуванні конкретних видів злочинів.

Серед науковців зустрічаються й інші підходи до формування криміналістичної характеристики злочинів: а) елементний; б) фазовий. Опис першої фази швидше нагадує характеристику діяльності з встановлення обставин конкретного злочину, а не його характеристику як інформаційну модель. У другому випадку за основу беруть розвиток злочину в часі, який

поділяють на відповідні фази злочинної діяльності. На жаль, не показано кількість таких фаз, підстави для виділення та їх зміст [4, с. 132].

Більше двадцяти років тому зроблено спробу розробити альтернативу поняттю «криміналістична характеристика злочинів» та замінити його поняттям «типові інформаційні моделі злочинної діяльності». За слушною думкою Г. К. Захарова поняття криміналістична характеристика широко використовується в навчальній літературі, не вичерпало своїх можливостей, а тому навряд чи потребує запропонованої заміни [5, с. 167-174].

Криміналістична характеристика як кримінально-правова та кримінологічна містить інформацію про злочин у цілому, а також складові його елементи (об'єкт та об'єктивну сторону, суб'єкт та суб'єктивну сторону). На відміну від них вона являє собою, по-перше, систему тільки криміналістично значущих відомостей про ознаки злочину, а не будь-яких однакових для усіх видів злочинів. По-друге, відомості про ознаки елементів злочину підлягають опису на якісно-кількісному рівні з визначенням кореляційних залежностей між ними, що підвищує практичне значення цієї категорії криміналістики.

Отже, загально визнаними можна вважати поняття кримінально-правової, кримінологічної та криміналістичної характеристик злочинів. Зважаючи на багатогранний характер злочину, лише зазначені характеристики не можуть повною мірою розкрити усі його сторони та складові елементи. Цим можна пояснити спроби окремих авторів сформулювати й інші характеристики злочину.

Так, О. Н. Колесніченко виокремлює судово-психологічну характеристику, яка містить найбільш суттєві психологічні відомості про злочинців і потерпілих, типові групи свідків в окремих видах злочинів та ін. [3, с. 33-34]. Але подібна характеристика, як і криміналістична, перебуває на етапі розробки та виявлення відповідних закономірностей. У майбутньому вона, як і криміналістична, може зайняти належне місце в методичних рекомендаціях і практиці розслідування. Уже сьогодні практики все частіше звертаються до науковців по допомогу скласти психологічний портрет (профіль) злочинця за слідами, які він залишив на місці події. Природно, що завдання цих характеристик можуть перетинатися, але не виключати і не дублювати одне одного.

М. В. Салтєвський наголошує на можливість існування адміністративно-правової характеристики [6, с. 308], але не наводить її визначення, змісту, структури. Предметом науки адміністративного права є адміністративні правопорушення, які відрізняються від кримінальних рівнем суспільної небезпеки. Злочин та його структурні елементи є предметом дослідження, в першу чергу, наук кримінально-правового блоку, а не адміністративного права. Навіть для кримінальних правопорушень з адміністративною преюдицією сумнівно говорити про адміністративно-правову характеристику злочину.

Г. А. Матусовський [7, с. 144-145], Є. І. Зуєв та М. Г. Шурухнов [8, с. 119] вказують на можливість існування кримінально-процесуальної характеристики злочинів, а В. П. Бахін наголошує на кримінально-процесуальні аспекти такої характеристики [9, с. 176-177].

Не подаючи визначення такої характеристики, Г. А. Матусовський намагається розкрити її елементи і вважає, що вона має складатися з фактичних даних, що містять відомості: а) про предмет злочинного посягання (п. 1 ст. 64 КПК України); б) про подію злочину (час, місце, спосіб та інші обставини) (п. п. 1 та 4 ст. 64 КПК); в) про особу обвинуваченого (п. 3 ст. 64 КПК); г) про мотиви злочину (п. 2 ст. 64 КПК) [7, с. 146], тобто характеризувати елементи складу злочину.

По-перше, зазначені обставини складають предмет доказування у кримінальному провадженні, що не викликає заперечень процесуалістів. Проте між визначенням кола обставин та їх характеристикою є певні відмінності, що не дозволило автору їх розкрити. Крім того, ми не натрапили на це поняття під час аналізу процесуальної літератури, хоч його і мали б сформулювати спеціалісти цієї галузі юридичної науки.

По-друге, галузеві характеристики висвітлюють ті сторони і риси злочину, що входять у предмет дослідження. Тому достатньо обґрунтовано вести мову про характеристику злочину або його елементів з погляду тієї науки, що виявляє, досліджує та описує основні властивості, особливості, природу, притаманні йому риси та закономірності.

На відміну від цього предмет науки кримінального процесу складають врегульована нормами кримінального процесуального законодавства діяльність та правові відносини, що виникають у зв'язку з цією діяльністю [10, с. 7-8]. Незважаючи на те, що така діяльність здійснюється навколо злочину та спрямована на встановлення усіх обставин його вчинення, важко виділити будь-які кримінально-процесуальні ознаки, які б його характеризували.

Значна увага розробці власної характеристики злочинів приділена в теорії оперативно-розшукової діяльності. Це можна пояснити намаганням розкрити ті сторони, риси, ознаки злочину, що не набули відображення в інших характеристиках і мають суттєве значення для розробки рекомендацій з розкриття й запобігання злочинів саме оперативно-розшуковими силами, засобами і методами.

Так, В. Г. Самойлов розуміє під нею характеристику кримінальної або криміногенної події на цей момент, що є елементом оперативно-розшукової ситуації. Цей елемент «...зводиться до з'ясування умов, що сприяли підготовці, вчиненню злочину або прихованню злочинця від слідства і суду» [11, с. 25]. І. І. Басецький звертає увагу на те, що це науково-практичний термін, що «позначає сукупність специфічних ознак, притаманних як злочинності в цілому, так і окремим видам і конкретним злочинам, що використовуються для розробки рекомендацій, спрямованих на прийняття ефективних управлінських та оперативно-тактичних рішень» [12, с. 37].

Широко тлумачить цю характеристику і Г. К. Кабанов. Він включає до неї «деякі загальні відомості, що характеризують оперативну обстановку в конкретному регіоні або республіці в цілому, стан боротьби з цими та іншими злочинами, кримінологічні особливості осіб, що їх вчинили, способи злочинних посягань, хитрощі, що застосовують злочинці з метою приховання слідів злочину, місця реалізації викраденого, причини і умови, що сприяли вчиненню цих злочинів, а також чимало інших відомостей» [13, с. 32].

Поданий перелік визначень можна продовжити, але усі вони будуть відрізнятися несуттєвими ознаками. Таку різноплановість можна пояснити відсутністю науково обґрунтованого підходу до їх побудови. Навіть в одній роботі можна зустріти різні назви такої характеристики. В одному місці автори називають її «оперативно-розшуковою», а через рядок «оперативно-тактичною» [14, с. 7-13].

Зважаючи на загальне уявлення про характеристику, зазначимо, що: а) у ній мають описуватися відмінні якості, властивості, ознаки злочину. Як самостійний інститут теорії ОРД вона має володіти набором характерних властивостей, які лише в сукупності можуть сформулювати критерії для визначення цього поняття, на що звертає увагу більшість науковців. Разом з тим автори поданих визначень не говорять, якими мають бути ці відомості. Наприклад, криміналістична характеристика містить систему відомостей, що мають криміналістичне значення. Це можна сказати й про інші характеристики злочину; б) якщо вести мову про оперативно-тактичну характеристику виду злочинів, то відомості мають бути ні про що інше, ніж злочин. Відомості про стан оперативної обстановки в регіоні, стан боротьби із злочинністю та ін. характеризують не сам злочин, а стан і умови роботи щодо його розкриття.

У поданих визначеннях слушно звертається увага на те, що оперативно-тактична характеристика є науково-практичним терміном, узагальненими відомостями. Тому не зовсім точно пов'язувати її з окремим моментом або конкретним злочиним. Як наукова абстракція вона має розроблятися на підставі дослідження виду злочинів із встановленням його характерних, типових ознак.

Не простежується однаковість науковців у визначенні структури й змісту оперативно-тактичної характеристики. Ми не знайшли будь-які елементи або їх сукупності, що відсутні в

інших характеристиках злочину. Відомі на цей час властивості, риси, ознаки злочину та його елементи знаходять відображення в кримінально-правовій, кримінологічній та криміналістичній характеристиках. Разом з тим це не виключає можливості розробки інших, що будуть розкривати нові, ще невідомі властивості й ознаки злочину.

Варто констатувати, що будь-яких ознак оперативно-тактичного характеру не виявлено. Тому для побудови оперативно-тактичної характеристики використовують елементи й ознаки злочину, достатньою мірою досліджені й описані в інших характеристиках. Найбільше наближеною для ОРД вважаємо криміналістичну характеристику, використання якої певною мірою може задовольнити як потреби науковців під час розробки рекомендацій з розкриття злочинів, так і оперативних працівників, які застосовують дані рекомендації.

Потрібно звернути увагу на те, що при формуванні предмета теорії ОРД, після визнання її самостійною галуззю наукових знань, В. А. Лукашов, поряд з іншими, зараховує до нього правові, кримінологічні та криміналістичні аспекти [15, с. 90-91]. Таку думку поділяють й інші автори, які до предмета науки включають: практику боротьби із злочинністю з використанням оперативно-розшукових сил, засобів і методів; правові основи ОРД; систему правових та інших відносин, що виникають в процесі застосування зазначених сил, засобів і методів.

Таким чином, безпосередньо злочин не є предметом ОРД, але усі його елементи й ознаки різною мірою сприяють встановленню обставин його вчинення і в першу чергу причетної до цього особи. При цьому широко і комплексно використовуються відомості характеристик злочину, що розроблені іншими галузями юридичної науки.

Як висновок, потрібно зазначити, що на цей час на відповідному рівні розроблені кримінально-правова, кримінологічна та криміналістична характеристики злочину. У стані розроблення перебуває судово-психологічна характеристика, обґрунтовуються рекомендації з її впровадження в правоохоронну практику.

Зважаючи на те, що термін «оперативно-тактична характеристика» набув широке розповсюдження в теорії ОРД, доцільно переглянути можливості його застосування в науковому обігу таким чином, щоб він відповідав власному змісту і призначенню, розкривав властивості, ознаки й риси явища, яке визначає.

Список використаних джерел:

1. Колесниченко А. Н. Научные и правовые основы расследования отдельных видов преступлений: автореф. дисс. д-ра юрид. наук / А. Н. Колесниченко. – Харьков, 1967.
2. Сергеев Л. А. Расследование и предупреждение хищений, совершаемых при производстве строительных работ: автореф. дисс...канд. юрид. наук / Л. А. Сергеев. – М., 1966.
3. Колесниченко А. Н. Криминалистическая характеристика преступлений / А. Н. Колесниченко // Советская криминалистика. Методика расследования отдельных видов преступлений. – К. : Выща школа, 1988.
4. Асланов А. Б. Современные взгляды на понятие «криминалистическая характеристика преступлений» / А. Б. Асланов // Практическое законоискусство. – 2008. – №2 (3).
5. Захаров Г. К. Новый учебник по криминалистике – новый материал для дискуссии / Г. К. Захаров // Ученые-криминалисты и их роль в совершенствовании научных основ уголовного судопроизводства: Матер. вузов. юбил. науч.-прак. конф. (к 85-летию со дня рождения Р.С. Белкина): в 2-х ч. Ч.1. – М. : Академия управления МВД России, 2007. – С. 167-174.
6. Специализированный курс криминалистики. Учебник. – Киев, 1987.
7. Криміналістика. Криміналістична тактика і методика розслідування злочинів: Підручник для студентів юрид. вузів і фак. / За ред. проф. В. Ю. Шепітька. – Харків : Право, 1998.
8. Криминалистика. Учебн. пособие. – М., 1988.
9. Бахин В. П. Криминалистика. Проблемы и мнения (1962-2002) / В. П. Бахин. – Киев, 2002.

10. Кримінальний процес : підручник / Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін.. ; за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. – Х. : Право, 2013.
11. Самойлов В. Г. Оперативно-розыскная тактика органов внутренних дел / В. Г. Самойлов. – М., 1984.
12. Басецкий И. И. и др. Словарь оперативно-розыскной терминологии. – Минск, 1993.
13. Кабанов Г. К. Квартирные кражи. Предупреждение и раскрытие. Оперативно-розыскная тактика / Г. К. Кабанов. – Минск, 1995.
14. Ульяновский К. Оперативно-розыскная характеристика мошенничества в сфере экономики / К. Ульяновский, С. Вознюк // Закон и жизнь. – 2007. – №10. – С. 7-13.
15. Лукашев В. А. Введение в курс ОРД ОВД: Учебн. пособие / В. А. Лукашов. – Киев, 1976.

Люліч В. А.,

здобувач кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»

ТИМЧАСОВИЙ ДОСТУП ДО РЕЧЕЙ І ДОКУМЕНТІВ, ЯК СПОСІБ ЗБИРАННЯ ДОКАЗІВ ЗАХИСНИКОМ

З 19 листопада 2012 року набрав законної сили новий Кримінальний процесуальний кодекс України [1], у якому законодавець, намагаючись максимально реалізувати вимоги міжнародних актів та Конституції України, одним із основоположних засад здійснення кримінального провадження закріпив принципи забезпечення права на захист (ст. 20 КПК України), змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів (ст. 22 КПК України). У нормах КПК України підвищено роль захисника, як сторони кримінального провадження та суб'єкта збирання доказів.

Водночас, реалізація закріпленого у кримінальному процесуальному законі права захисника на самостійне збирання доказів породжує низку питань, оскільки визначивши способи їх збирання, законодавець не передбачив ні механізму реалізації вказаного права, ні процесуальної форми фіксації відповідної діяльності захисника, ні адекватних гарантій її провадження.

Так, новелою Кримінального процесуального кодексу 2012 року стало закріплення у статті 160 КПК України права захисника, як сторони у кримінальному провадженні, звертатися до слідчого судді під час досудового розслідування чи суду під час судового провадження із клопотанням про застосування заходу забезпечення кримінального провадження – тимчасового доступу до речей і документів.

Зазначена процесуальна дія фактично здатна забезпечити безпосереднє отримання захисником доказової інформації про обставини кримінального провадження, оскільки частина 3 ст. 93 КПК України серед способів збирання доказів захисником передбачає його право отримувати від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речі і документи, а ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» – вилучати речі, документи, їх копії та ознайомлюватися з ними [2].

Тимчасовий доступ до речей і документів полягає у наданні стороні кримінального провадження особою, у володінні якої знаходяться такі речі і документи, можливості ознайомитися з ними, зробити їх копії та, у разі прийняття відповідного рішення слідчим суддею, судом, вилучити їх (здійснити їх виїмку) (ст. 159 КПК України).

Розглядаючи таке клопотання, для оцінки потреб досудового розслідування слідчий суддя або суд зобов'язаний врахувати можливість отримати речі і документи, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні, без застосування заходу забезпечення кримінального провадження (ч. 4 ст. 132 КПК України). Тобто, захисник може звернутися до слідчого судді чи суду із відповідним клопотанням у разі, якщо: а) відомості, що містяться у речах і документах можуть бути використані як докази; б) якщо неможливо іншими способами довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей і документів; в) існує реальна загроза зміни або знищення речей і документів та г) якщо вони не можуть бути отримані іншим шляхом (за адвокатським запитом або у інший спосіб).

Окрім того, сторона кримінального провадження у своєму клопотанні повинна довести наявність достатніх підстав вважати, що речі і документи: 1) перебувають або можуть перебувати у володінні відповідної фізичної або юридичної особи; 2) самі по собі або в сукупності з іншими речами і документами кримінального провадження, у зв'язку з яким подається клопо-

тання, мають суттєве значення для встановлення важливих обставин у кримінальному провадженні; 3) не становлять собою або не включають речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю (ч.5 ст.163 КПК України).

Стороні кримінального провадження, у тому числі захисникові, може бути наданий тимчасовий доступ до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю, у разі, якщо окрім вищезазначених обставин, вона доведе можливість використання як доказів відомостей, що містяться у цих речах і документах, та неможливість іншими способами довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей і документів (ч.6 ст. 163 КПК України).

Поряд із цим, законодавець передбачає, що доступ особи до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю, здійснюється у порядку, визначеному законом, і якщо відомості становлять державну таємницю, то такі речі і документи не можуть бути надані особі, що не має до неї допуску відповідно до вимог законодавства.

Зокрема, до охоронюваної законом таємниці, яка міститься в речах і документах, статтею 162 КПК України віднесено: 1) інформацію, що знаходиться у володінні засобу масової інформації або журналіста і надана їм за умови нерозголошення авторства або джерела інформації; 2) відомості, які можуть становити лікарську таємницю; 3) відомості, які можуть становити таємницю вчинення нотаріальних дій; 4) конфіденційна інформація, в тому числі така, що містить комерційну таємницю; 5) відомості, які можуть становити банківську таємницю; 6) особисте листування особи та інші записи особистого характеру; 7) інформація, яка знаходиться в операторів та провайдерів телекомунікацій, про зв'язок, абонента, надання телекомунікаційних послуг, у тому числі отримання послуг, їх тривалості, змісту, маршрутів передавання тощо; 8) персональні дані особи, що знаходяться у її особистому володінні або в базі персональних даних, яка знаходиться у володільця персональних даних; 9) державна таємниця.

Законодавчими актами, які регулюють діяльність адвокатів та використання ними відомостей, що становлять той чи інший вид таємниці, не передбачено права адвоката на відповідну інформацію. Не визначено і порядку доступу адвоката до таких речей і документів. Більш того, пунктом 3 ч.1 ст.20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначено, що під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право ознайомлюватися на підприємствах, установах і організаціях з необхідними для адвокатської діяльності документами та матеріалами, крім тих, що містять інформацію з обмеженим доступом, до якої законом віднесено конфіденційну, службову і таємну інформацію (ст. 21 Закону України «Про інформацію»).

Тому, право захисника отримати тимчасовий доступ до речей і документів, які становлять охоронювану законом таємницю, обмежене і частина 6 ст.163 КПК України фактично по відношенню до діяльності захисника не діє та стосується лише сторони обвинувачення, оскільки слідчий, прокурор мають право доступу до будь-якої інформації, у тому числі до охоронюваної законом таємниці. Таким чином, у разі необхідності отримати інформацію, що становить охоронювану законом таємницю, захисник вправі лише клопотати перед слідчим, прокурором про ініціювання проведення тих чи інших дій, внаслідок яких може бути отримана така інформація.

Також, кримінальним процесуальним законом передбачено, що слідчий суддя, суд вправі надати можливість вилучати речі і документи у разі: 1) якщо сторона кримінального провадження доведе наявність достатніх підстав вважати, що без такого вилучення існує реальна загроза зміни або знищення речей чи документів, або 2) таке вилучення необхідне для досягнення мети отримання доступу до речей і документів (ч.7 ст.163 КПК України).

Статтею 165 КПК України визначено, що володільць речей і документів при представленні оригіналу ухвали слідчого судді, суду повинен надати доступ до речей і документів, зазначених у цій ухвалі. У разі вилучення речей і документів, особа, яка пред'являє ухвалу,

зобов'язана залишити їх володільцю опис речей і документів, які були вилучені, а на вимогу володільця – і копії вилучених документів.

Поряд із цим, нормами Кодексу не передбачено процедури вилучення речей і документів, до яких ухвалою слідчого судді, суду надано тимчасовий доступ. Якщо такий доступ до речей і документів, а також їх виїмка, проведені за клопотанням слідчого, прокурора оформляються відповідним протоколом, то захисник, маючи відповідне право, не може його реалізувати за відсутністю процедури проведення таких дій та форми їх фіксації. І тут можуть виникнути питання щодо визнання вилучених у такий спосіб захисником речей і документів допустимими доказами у кримінальному провадженні, оскільки вилучені в результаті тимчасового доступу речі і документи повинні бути певним чином долучені до матеріалів кримінального провадження, а процедура їх вилучення повинна пройти відповідне процесуальне закріплення. «Доказ може вважатися отриманим, «зібраним» тільки після того, як відповідна інформація належним чином закріплена» [3, С.185].

Тому, пропонуємо у нормах КПК України врегулювати процес фіксації отриманих відомостей захисником за допомогою застосування науково-технічних засобів, а процедуру вилучення речей і документів оформляти актом передачі указаних в ухвалі речей і документів. З метою легалізації такої процедури та відповідних документів, створених у процесі відповідної процесуальної дії, у ст. 103 КПК України необхідно передбачити такий спосіб фіксації кримінального провадження захисником, як акт передачі.

У такому акті, по аналогії із протоколом виїмки, необхідно обов'язково зазначати дані про підстави вилучення, дату, час, місце, їх володільця, особу, яка вилучає, перелік та опис вилучених речей і документів, відмітку про наявність копій документів тощо. Вказаний акт передачі засвідчувати підписами володільця речей і документів та особи, яка їх вилучає.

Отже, говорити про практичну реалізацію принципу змагальності сторін, зокрема, самостійність у збиранні доказів та свободи в поданні ними своїх доказів до суду, можна лише тоді, коли на законодавчому рівні буде закріплено механізм реалізації захисником його права на збирання доказів шляхом отримання доступу до речей і документів, а також можливості їх вилучення під час такого доступу.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: прийнятий Верховною радою України Законом №4651-VI від 13.04.2012 р. – Х.: Право, 2012. – 392 с.
2. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»: Закон України від 5 липня 2012 р. №5076-VI // Голос України. – 2012. – 14 серпня.
3. Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2001. – 208 с.

Ляш А. О.,

кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри кримінального права та процесу Київського національного університету культури і мистецтв

ВИКОРИСТАННЯ КОНФІДЕНЦІЙНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ: ОКРЕМІ ЗАУВАЖЕННЯ

Аналіз окремих положень, закріплених в новому КПК України, дає підстави висловити ряд зауважень.

Так, згідно з ч. 1 ст. 275 КПК України (далі – КПК) [1], під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій слідчий дійсно має право використовувати інформацію, отриману внаслідок конфіденційного співробітництва з іншими особами. (Конфіденційний [лат. *confidentia* – довіра]. Який не підлягає розголосові; довірчий, таємний [2, с. 417].) Оперативно-розшукова інформація може надходити слідчому від оперативних працівників карного розшуку, Державної служби боротьби з економічною злочинністю та ін., які згідно закону мають право проводити оперативно-розшукові заходи. Таку інформацію доцільно використовувати під час проведення як гласних так і негласних слідчих (розшукових) дій, передбачених новим КПК.

Викликає заперечення передбачене в ч.1 ст. 275 КПК [1] право слідчого залучати осіб з якими встановлено конфіденційне співробітництво до проведення негласних слідчих (розшукових) дій у випадках, передбачених КПК. На нашу думку, це пов'язано з тим, що: *по-перше*, слідчий не є суб'єктом ОРД згідно зі ст. 5 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [3]. Тому він *не має права залучати* негласних працівників до проведення як гласних так і негласних слідчих (розшукових) дій. Це може робити лише оперативний працівник органу внутрішніх справ, служби безпеки чи іншого органу, вичерпний перелік яких сформульовано в ст. 5 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [3]. Закон не містить заперечень проти залучення негласних працівників (в п.13 ст. 8 закону – гласних і негласних штатних та позаштатних працівників) до негласних слідчих (розшукових) дій оперативними працівниками з дотриманням вимог закону та відомчих нормативних актів, що сточуються вимог конфіденційності, негласності, конспірації оперативно-розшукової діяльності та ін. Тому, якщо слідчий на підставі ч. 3 ст. 40 КПК [1] доручає оперативному працівнику провести окремі негласні слідчі (розшукові) дії, оперативний працівник, як суб'єкт ОРД, має право використовувати під час попередження, виявлення, розкриття і розслідування злочинів будь-які сили, засоби і методи, передбачені відповідним законом. *По-друге*, в ст. 5 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [3] закріплено заборону іншим підрозділам зазначених у цій статті органів, підрозділам інших міністерств, відомств, громадським, приватним організаціям та особам проводити оперативно-розшукові заходи. Оскільки органи досудового розслідування, зазначені в ст. 38 КПК, не належать до суб'єктів ОРД згідно зі ст. 5 відповідного закону, вони не мають права в своїй діяльності керуватися положеннями цього закону й залучати осіб з якими встановлено конфіденційне співробітництво до проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Це є винятковим правом оперативних підрозділів.

Вважаємо, що це є зовнішня суперечність двох законодавчих актів, яка має бути усунута, щоб унеможливити змішування оперативно-розшукової і слідчої діяльності. Пропонуємо виключити з КПК положення, що надає право слідчому залучати осіб з якими встановлено конфіденційне співробітництво до проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Крім того, в ч. 2 ст. 275 КПК передбачено заборону залучати до конфіденційного співробітництва під час проведення негласних слідчих дій адвокатів, нотаріусів, медичних працівників,

священнослужителів, журналістів, якщо таке співробітництво буде пов'язане з розкриттям конфіденційної інформації професійного характеру [1]. Це положення врегульовано ч. 4 ст. 11 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [3], належить також до виняткової компетенції оперативних підрозділів і, на наше переконання, має бути виключено з КПК.

Слід також зазначити, що слідчий, відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 40 КПК, має право проводити слідчі (розшукові) дії та *негласні слідчі (розшукові) дії* у випадках, встановлених КПК. Таке ж право врегульовано ч. 6 ст. 246 КПК де зазначено, що проводити негласні слідчі (розшукові) дії має право *слідчий, який здійснює досудове розслідування злочину*, або за його дорученням – уповноважені оперативні підрозділи органів внутрішніх справ, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, органів Державної пенітенціарної служби України, органів Державної прикордонної служби України, органів Державної митної служби України. За рішенням слідчого чи прокурора до проведення негласних слідчих (розшукових) дій можуть залучатися також інші особи.

Вважаємо, що слідчий *не має права самостійно* проводити окремі негласні слідчі (розшукові) дії, а лише доручати їх проведення уповноваженим оперативним підрозділам (працівникам). Наприклад, в ст. 269 КПК закріплено типовий оперативно-розшуковий захід – «Спостереження за особою, річчю або місцем». Тактика спостереження за особою часто призводить до затримання особи під час вчинення нею дій що мають ознаки злочину (давання – одержання хабара, купівля – продаж (збут) наркотичних засобів тощо). Якщо цю негласну слідчу (розшукову) дію буде проводити слідчий, він стане очевидцем вчинення злочину і може бути лише свідком у кримінальному провадженні. Якщо такий слідчий – очевидець злочину почне кримінальне провадження чи прийме кримінальну справу до свого провадження то він підлягає відводу (п. 2 ч. 1 ст. 77 КПК). Тому, норма закону щодо права слідчого проводити негласні слідчі (розшукові) дії не має прямого відношення до кримінальної процесуальної діяльності, а має безпосередній стосунок до оперативно розшукових дій. Ця норма суперечить положенням теорії доказування у кримінальному процесі, зокрема, щодо пізнання слідчим події злочину опосередковано, і має бути виключена з КПК.

На підставі викладеного, вважаємо доцільним виключити з КПК :

– право слідчого проводити негласні слідчі (розшукові) дії (п. 2 ч. 2 ст. 40 і ч. 6 ст. 246 КПК) оскільки це типові оперативно-розшукові заходи і мають бути детально врегульовані Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність»;

– право слідчого залучати осіб з якими встановлено конфіденційне співробітництво до проведення негласних слідчих (розшукових) дій оскільки це є професійним обов'язком оперативних працівників, а не слідчих (ч. 1 ст. 275 КПК).

Крім того, в КПК потрібно внести зміни і передбачити, що негласні слідчі (розшукові) дії можуть бути проведені винятково оперативними підрозділами (працівниками) за дорученням слідчого в порядку, визначеному процесуальним законом.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. // Голос України. – 2012. – № 90-91.

2. Сучасний тлумачний словник української мови: 100000 слів / за заг. ред. В.В. Дубічинського. – Х.: Школа, 2009. – 1008 с.

3. Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 22. – Ст. 303.

Маланчук А. Г.,

здобувач кафедри кримінального права і процесу Донецького національного університету

ДОПИТ У РЕЖИМІ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ

З прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) з'явився специфічний вид діяльності слідчого – дистанційне досудове розслідування. Відтак, набула актуальності проблема з'ясування сутності дистанційного досудового розслідування та визначення тактики проведення слідчих дій у режимі відеоконференції. Наведене особливо стосується допиту як однієї з комунікативних, довготривалих та найпоширеніших слідчих дій.

У криміналістичній літературі проблеми проведення допиту отримали відображення в роботах В. П. Бахіна, Р. С. Белкіна, В. К. Весельського, М. І. Єнікєєва, В. О. Коновалової, В. С. Кузьмічова, В. Г. Лукашевича, М. І. Порубова, В. Ю. Шепітька, М. П. Яблокова та інших учених. Залишилися поза увагою особливості допиту в режимі відеоконференції як специфічний процес інформаційної взаємодії. Метою нашої роботи називаємо визначення змісту та особливостей допиту в режимі відеоконференції як процесу інформаційної взаємодії.

Допит – це детально регламентований кримінально-процесуальним законом процес отримання показань допитуваної особи. У криміналістичній науці слідчий допит розглядають у двох змістових аспектах: як інформаційний процес і як форму спілкування. В аспекті інформаційного процесу вчені визнають допит одним із видів слідчої процесуальної комунікації та міжособистісного спілкування, під час якого необхідно враховувати психологічні закономірності формування показань. Слідчий допит можна розуміти і як специфічну форму спілкування, і як інформаційний процес. Як специфічна форма спілкування допит має три взаємозалежних сторони: комунікативну (полягає в обміні інформацією між індивідами, які спілкуються), інтерактивну (є організацією взаємодії між ними, тобто обміном не лише знаннями, ідеями, а й діями), перцептивну (означає процес сприйняття осіб, які спілкуються). Як інформаційному процесу, слідчому допиту притаманна складна, багатоваріантна структура, що базується на класифікації інформації, її видів. Однією із специфічних форм слідчого допиту називаємо допит у режимі відеоконференції.

За змістом положень статті 232 КПК України, допит у режимі відеоконференції становить собою процесуальну форму дистанційного отримання показань допитуваної особи.

Атмосфера дистанційного допиту не є однаковою для слідчого і допитуваного, адже вони перебувають у різних речових обстановках та в оточенні різних осіб, що забезпечують проведення слідчої дії. Тому в ситуації проведення допиту в режимі відеоконференції слідчий повинен знати, враховувати й за необхідності змінювати умови обстановки, в якій перебуває допитуваний.

Для допиту в режимі відеоконференції процес сприйняття та передачі інформації від слідчого до допитуваного й навпаки здійснюється шляхом використання технічних засобів і застосування технологій.

Законодавець безпосередньо в статті 232 КПК України окреслює перед слідчим завдання – використання у дистанційному досудовому розслідуванні технічних засобів і застосування технологій повинне забезпечувати належну якість зображення і звуку, а також інформаційну безпеку, учасникам слідчої (розшукової) дії повинна бути гарантована можливість ставити запитання і отримувати відповіді осіб, які беруть участь у слідчій (розшуковій) дії дистанційно, реалізовувати інші надані їм процесуальні права та виконувати процесуальні обов'язки, передбачені КПК. Технічні складності передавання інформації (шуми) зумовлюють специфіку

процесів відображення інформації, властиву конкретним пристроям зв'язку. Отож, викликає сумнів можливість слідчого стовідсотково забезпечити якість зображення і звуку, а також інформаційну безпеку. Для розв'язання цього завдання в ході проведення допиту в режимі відеоконференції слідчий повинен організувати інформаційну взаємодію з допитуваною особою, враховуючи тактичний ризик переривання допиту з технічних причин, зокрема професійно підійти до планування порядку постановлення питань та застосування необхідних тактичних прийомів.

Під час проведення слідчого допиту важливою є поінформованість слідчого щодо того чи іншого факту, який стосується предмета допиту, його вміння аналізувати інформацію, отриману від допитуваного, та застосовувати тактичні прийоми допиту.

Проведення слідчим допиту особи, яка перебуває в іншому приміщенні в момент трансляції звуку та відео через технічні прилади, суттєво впливає на особливості людської психіки, що виявляються в процесі отримання певного виду інформації як із боку допитуваної особи, так і з боку слідчого. В результаті аналізу наукової криміналістичної та психологічної літератури нами відзначені такі моменти проведення дистанційного допиту, що ускладнюють отримання слідчим від допитуваного інформації, яка цікавить слідство, а також надання допомоги в пригадуванні та відтворенні допитуваним забутого.

По-перше, дистанція між особами, що спілкуються між собою, не сприяє підвищенню рівня довірливості.

По-друге, дистанція між особами на допиті сприяє стереотипізації спілкування.

По-третє, дистанційний допит буде ускладнений для слідчого в плані сприйняття окремих видів інформації, зокрема мімічної, що відображає психофізіологічні реакції.

Техніка спілкування має три сторони: комунікативну, інтерактивну та перцептивну. Залежно від сфери суспільного життя і дистанції між учасниками спілкування може переважати та чи інша з них. Оскільки кожній із означених сторін спілкування притаманний власний специфічний набір засобів, у процесі дослідження техніки спілкування з використанням спеціальних технічних засобів на першому плані опиняються комунікативні засоби, спрямовані на обмін інформацією між учасниками мовленнєвого акту. Перцептивна ж сторона, що характеризується засобами сприйняття учасників спілкування, відходить на другий план. Тож, у ході проведення дистанційного допиту та сприйняття допитуваного через, наприклад, монітор комп'ютера, слідчий майже не здатен сприйняти та відповідно діагностувати інформацію, яка відображає психофізіологічні реакції допитуваного на питання. До того ж, відповідно до ч. 10 ст. 232 КПК України, особу, якій забезпечується захист, може бути допитано в режимі відеоконференції з таким зміненням зовнішності й голосу, що її неможливо буде впізнати.

Таким чином, в аспекті слідчої діяльності допит у режимі відеоконференції є процесом інформаційної взаємодії, що полягає у сприйнятті та передачі інформації від слідчого до допитуваного й навпаки шляхом використання технічних засобів і застосування технологій. Вважаємо за доцільне виділити особливості проведення дистанційного допиту, які ускладнюють розв'язання слідчим окремих тактичних завдань, як-от: 1) порушення розумової діяльності допитуваного; 2) забезпечення якості зображення та звуку, інформаційної безпеки; 3) отримання від допитуваного інформації, що цікавить слідство, та надання допомоги в пригадуванні, відтворенні допитуваним забутого.

Кваліфіковане проведення допиту в режимі відеоконференції потребує від слідчого знання психологічних закономірностей формування показань, усвідомлення засад налагодження психологічного контакту між особами та організації інформаційної взаємодії з допитуваними. Допит у режимі відеоконференції є способом розв'язання завдань доказування, але тільки в разі неможливості безпосередньої участі осіб у досудовому провадженні.

Маланюк А. Г.,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету ім. І. Франка

ЗАВДАННЯ І ПРЕДМЕТ ПРОВАДЖЕННЯ З ВІДНОВЛЕННЯ ВТРАЧЕНИХ МАТЕРІАЛІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Після тривалого періоду ігнорування проблеми втрати матеріалів кримінального провадження законодавець з прийняттям у 2012 році нового КПК України здійснив спробу регламентувати процедуру їхнього відновлення. Ще в далекі радянські часи це питання частково регулювалось Інструкцією про порядок відновлення кримінальних та цивільних справ, по яких провадження втрачено в зв'язку з обставинами військового часу, затвердженої наказом НКЮ СРСР і Прокурора СРСР від 23.05.1942 року [1, с. 162]. Втім, не слід вважати, що проблема раптово постала лише зараз. Втрата матеріалів кримінального провадження траплялась як в минулому, так і в наш час, але законодавець врешті наважився надати латентній проблемі правової визначеності.

Складність процесуальної діяльності щодо відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження обумовлена багатьма обставинами, з якими не доводиться стикатись під час загального порядку здійснення кримінального провадження. Специфіка даної процедури проявляється у підставах і умовах його здійснення, суб'єктному складі й порядку провадження, але пояснення цих особливостей криється у меті, завданнях, предметі цього провадження. Саме їх й спробуємо визначити.

Для провадження з відновлення втрачених матеріалів характерна наявність особливого (власного) завдання. При цьому, виступаючи частиною кримінального судочинства, дане провадження, водночас, забезпечує виконання завдань більш високого рівня – завдань кримінального провадження (ст.2 КПК України). Адже, втрата матеріалів кримінального провадження створює перешкоди для реалізації прав та законних інтересів його учасників (наприклад, на оскарження судового рішення) або ж для швидкого, повного розслідування чи судового розгляду (неможливості перевірки законності чи обґрунтованості судового рішення).

Водночас, у тих небагатьох наукових дослідженнях з проблем відновлення матеріалів кримінального провадження завдання цього провадження ототожнюється із завданнями, які вирішуються в ході окремих частин такої процесуальної діяльності, або ж з окремими процесуальними діями. Зокрема, до них відносять: прийом заяв, повідомлень та іншої інформації про втрату кримінального провадження; реєстрація названих джерел інформації; перевірка відомостей, що містяться в них; установлення наявності достатніх даних для реконструкції провадження; визначення ступеня провини посадової особи, яка здійснювала таке провадження, в тому, що трапилось; складання висновку за результатами службового розслідування за фактом втрати провадження; вивчення прокурором матеріалів службового розслідування і винесення ним мотивованої постанови про реконструкцію втраченого провадження, а також визначення необхідних для цього строків; прийняття слідчим матеріалів, що підлягають реконструкції, до свого провадження; виконання повторних, а іноді й нових, що раніше не провадилися, слідчих та інших процесуальних дій, які забезпечують відновлення втраченого кримінального провадження чи окремих його елементів [3, с. 10; 1, с. 163].

Проте завдання провадження – це не способи діяльності, а те, що прагне досягнути законодавець в результаті застосування усієї процедури. Завдання повинно узгоджуватись (впливати) з мети провадження. Такою, на думку більшості дослідників є **відтворення у процесу-**

альних документах втраченого кримінального провадження (ходу і результатів) [3, с. 10; 4, с. 908]. Спрямовуючи свою діяльність на досягнення цієї мети, суб'єкти кримінального провадження, як видається, повинні забезпечити виконання двох завдань.

Першим з них є **вжиття заходів для встановлення факту втрати кримінального провадження чи його частини**. Важливо, що встановлення факту втрати матеріалів кримінального провадження законодавцем винесено за межі регулювання КПК України. Дії, за допомогою яких здійснюється його встановлення, належать до адміністративно-організаційних. Так, згідно з п 1.7 Інструкції з діловодства в місцевому загальному суді у разі втрати процесуального документу складається акт у двох примірниках, один з яких залишається у керівника апарату суду для відповідного реагування, а інший приєднується до матеріалів провадження, до якого мав бути долучений втрачений документ [2]. З іншої сторони відновленню підлягають лише матеріали, що були втрачені, з огляду на що посадові особи суду або ж учасники провадження повинні вчинити всі можливі дії з розшуку втрачених матеріалів. Відтак, суд може розпочати провадження щодо відновлення втрачених матеріалів, якщо заявник вкаже на переконливі докази того, що провадження чи його частину не вдалось віднайти. Наприклад, у заяві прокурора Прокуратури Вінницького району щодо відкриття провадження з відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження вказувалось, що підставою її подання було отримане повідомлення про факт виявлення судом відсутності окремих матеріалів в кримінальному провадженні [5].

Саме з цієї підстави, як видається, у ст. 527 КПК України встановлено обов'язок заявника повідомити все, що йому відомо про обставини втрати матеріалів кримінального провадження. Цьому обов'язку мав би відповідати обов'язок суду під час підготовки заяви до розгляду перевірити правдивість факту такої втрати, який, на жаль, в ст. 528, 529 КПК України прямо не визначений, а лише презюмується.

Друге завдання полягає у забезпеченні повноти і точності встановлення відомостей про обставини, що були зафіксовані у процесуальних документах втраченого кримінального провадження. Вимога про повне і точне встановлення даних, що містились у втрачених матеріалах, означає, що діяльність суду, який розглядає заяву про відновлення матеріалів, обмежується лише реконструкцією (копіюванням) матеріалів основного провадження. Суд не може здійснювати збір нових доказів в межах провадження про кримінальне правопорушення, оскільки вже винесено судові рішення, яким воно завершено. Наявність такого судового рішення по суті кримінального провадження зобов'язує суд максимально точно встановити зміст втрачених матеріалів, що повинно узгоджуватись із змістом самого рішення. В підтвердження цього, закон в ч.3 ст.531 КПК України вимагає від суду закрити розгляд заяви про відновлення матеріалів, якщо зібраних матеріалів є недостатньо для точного відновлення матеріалів втраченого кримінального провадження. Для забезпечення повноти відтворення втрачених матеріалів суду надається можливість як витребувати копії матеріалів, так і допитувати осіб безпосередньо причетних до їх формування (учасників процесуальної дії; осіб, що входили до складу суду, який розглядав провадження).

Як видно із наведених завдань, цей різновид кримінального провадження може існувати лише за наявності основного провадження щодо вирішення спору про вчинення кримінального правопорушення. Проте на відміну від основного його **предмет** є дещо іншим, і також вказує на особливий характер цього провадження – вирішення питання про відновлення (реконструкцію) матеріалів кримінального провадження, втрачених після його завершення, наявність яких має виняткове значення для реалізації учасниками провадження їх законних прав та інтересів. Це призводить до того, що в межах провадження з відновлення втрачених матеріалів створюються умови для реалізації кримінально-процесуальних норм, а не кримінально-правових. Це пояснює особливості підстави звернення до суду (забезпечення реалізації процесуального права) та особливості організації судового процесу (відсутність сторін і змагальної процедури).

Список використаних джерел:

1. Жовненко Д. С. Відновлення втрачених доказів у кримінальному процесі / Д. С. Жовненко // Держава та регіони. Сер. Право. – 2011. – Вип. 1. – С. 162-166.
2. Інструкція з діловодства в місцевому загальному суді, затверджена наказом Державної судової адміністрації України № 68 від 27.06.2006.
3. Кузьміна В. Ю. Правові та наукові основи відновлення (реконструкції) втрачених кримінальних справ: Автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика, судова експертиза / Кузьміна Вікторія Юріївна. – Х., 2002. – 16 с.
4. Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року / За ред. О. А. Банчука, Р.О. Куйбіди, М.І. Хавронюка. – Х.: Фактор, 2013. – 1072 с.
5. Справа № 128/34/13-к: [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32686182>.

Малюга Р. В.,

здобувач кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ОЦІНКА ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ ПРО КОНТРАБАНДУ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ

Оцінка доказів є одним із ключових елементів процесу доказування. Відповідно до ст. 94 чинного КПК слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення. Жоден доказ не має наперед встановленої сили.

На практиці та в теорії кримінального процесу виникає питання що є об'єктами оцінки доказів. В юридичній літературі з цього приводу висловлені дещо різні точки зору. Під об'єктами оцінки доказів розуміють всі обставини, що утворюють склад злочину; ситуації які виникають при провадженні окремих слідчих дій; тактичні й технічні прийоми; засоби виявлення й дослідження доказів; рішення слідчого; план розслідування; поведінку обвинуваченого (підозрюваного), свідків, потерпілого; інформацію, отриману від спеціалістів; оперативну інформацію (І.М.Лузгін).

На наш погляд, такий підхід до оцінки доказів є необґрунтованим, оскільки він свідчить не про оцінку доказів, а про оцінку всіх матеріалів кримінального провадження, в тому числі й про рішення слідчого.

Оцінка доказів та їх процесуальних джерел полягає у визначенні їх належності, допустимості, достовірності і достатності. З таких позицій слід виходити при оцінці доказів у кримінальних провадженнях про контрабанду наркотичних засобів.

Враховуючи специфіку отримання фактичних даних у даній категорії кримінальних проваджень, оцінці будуть підлягати такі джерела інформації: 1) докази та їх процесуальні джерела, отримані під час проведення слідчих, у тому числі й негласних, (розшукових), дій; 2) матеріали, отримані від правоохоронних органів інших держав, як результати проведених оперативно-розшукових чи процесуальних дій за запитом вітчизняних слідчих органів; 3) результати оперативно-розшукових заходів.

Щодо першої категорії інформаційних джерел, то в даному випадку оцінка відбувається за загальними правилами. Доказів повинно бути достатньо, щоб зробити однозначний висновок щодо наявності кримінально-правових ознак злочину та причетності певної особи (осіб) до його вчинення. Якщо з окремих обставин, що мають значення для кримінально-правової оцінки і впливають на кваліфікацію, доказів не достатньо, щоб зробити однозначний висновок, то це свідчить про недостатність доказів для прийняття обґрунтованого й законного рішення у кримінальному провадженні.

Допустимість доказів оцінюється з точки зору способу отримання та правил процесуального їх оформлення. Доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим КПК. Недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилатися суд при ухваленні судового рішення (ст. 86 КПК України).

Недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини .

Істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод є такі діяння:

1) здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов;

2) отримання доказів внаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що понижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження;

3) порушення права особи на захист;

4) отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, або їх отримання з порушенням цього права;

5) порушення права на перехресний допит;

6) отримання показань від свідка, який надалі буде визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні (ст. 87 КПК України).

Докази, які стосуються судимостей підозрюваного, обвинуваченого або вчинення ним інших правопорушень, що не є предметом цього кримінального провадження, а також відомості щодо характеру або окремих рис характеру підозрюваного, обвинуваченого є недопустимими на підтвердження винуватості підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення.

Докази та відомості, передбачені ч. 1 ст. 88 КПК України, можуть бути визнані допустимими, якщо:

1) сторони погоджуються, щоб ці докази були визнані допустимими;

2) вони подаються для доказування того, що підозрюваний, обвинувачений діяв з певним умислом та мотивом або мав можливість, підготовку, обізнаність, потрібні для вчинення ним відповідного кримінального правопорушення, або не міг помилитися щодо обставин, за яких він вчинив відповідне кримінальне правопорушення;

3) їх подає сам підозрюваний, обвинувачений;

4) підозрюваний, обвинувачений використав подібні докази для дискредитації свідка.

Докази щодо певної звички або звичайної ділової практики підозрюваного, обвинуваченого є допустимими для доведення того, що певне кримінальне правопорушення узгоджувалося із цією звичкою підозрюваного, обвинуваченого.

Належність доказів оцінюється за їх здатністю підтверджувати чи спростовувати наявність чи відсутність обставин вчинення контрабанди наркотичних засобів, що мають значення для вирішення справи. Достовірність доказів означає, що вони адекватно, повно й правильно відображають обставини, які мали місце при вчиненні злочину.

До прийняття КПК 2012 року виникало багато труднощів в оцінці процесуальних чи оперативно-розшукових матеріалів, які надходили від правоохоронних органів зарубіжних держав. Навіть якщо докази були отримані слідчими зарубіжних правоохоронних органів відповідно до вимог їх законодавства, у вітчизняному кримінально-процесуальному законодавстві були відсутні норми, за якими такі докази можна було використати в доказуванні. Це було значною перешкодою на шляху ефективного доказування факту контрабанди наркотичних засобів та вини причетних до цього злочину осіб. Адже такі злочини за своєю суттю є транснаціональними, оскільки вони як мінімум стосуються двох держав: з території якої наркотичний засіб вивозиться та на територію якої він ввозиться. І якщо оцінювати докази лише фактом переміщення наркотичних засобів через державний кордон у відриві від визначення ролі й притягнення до відповідальності організаторів злочинних картелів, котрі здійснюють виготовлення і збут наркотичних засобів, то така боротьба приречена на поразку.

Важливим кроком у вирішенні цього питання є глави 42 КПК України «Загальні засади Міжнародного співробітництва» (ст.ст. 541-550) та 43 КПК України 2013 року «Міжнародна правова допомога при проведенні процесуальних дій» (ст.ст. 551-572).

Водночас результати аналізу зазначених норм, а також результати аналізу правозастосовної практики свідчать про низку проблемних питань в отриманні доказів на території зарубіжних країн у кримінальних провадженнях про контрабанду наркотичних засобів та їх оцінки, що потребує докладної наукової розробки та є предметом самостійного наукового дослідження.

Масалітін А. О.,

здобувач, Академія адвокатури України

ОСОБЛИВОСТІ ПІДГОТОВКИ МАТЕРІАЛІВ ДЛЯ ПРОВЕДЕННЯ КОМПЛЕКСНОЇ СУДОВОЇ ПСИХОЛОГО-ПСИХІАТРИЧНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ЗЛОЧИНІВ, ВЧИНЕНИХ НА ГРУНТІ СОЦІАЛЬНОГО КОНФЛІКТУ

В останні роки, у зв'язку із змінами у суспільстві, в країні з'явилися так звані «злочини на ґрунті ненависті», як кримінально-карані діяння спрямовані переважно проти членів різного роду субкультур (мігранти, особи певної раси, національності; адепти сект та ін.). З іншого боку серед осіб, які входять до зазначених груп ризику теж існує злочинність. Складність у розслідуванні таких злочинів пов'язана перш за все з тим, що злочини вчиняються в окремих, відокремлених групах осіб, які пов'язані спільною релігією, культурою, звичаями, мовою та ін., що створює відповідні бар'єри, а отже – фактично заздалегідь створені умови для протидії розслідуванню. Важливе значення у їх розслідуванні пов'язують із проведенням судових експертиз.

У 1970-х роках у СРСР у судовій експертизі з'явився новий напрямок, що поєднував в собі використання наукових і практичних можливостей судово-психіатричної та судово-психологічної експертиз, а також результати досліджень проблем психіки та психології людини і який на сьогоднішній день є одною з найефективніших форм експертного дослідження – комплексна (комісійна) судова психолого-психіатрична експертиза (далі – КСППЕ).

Якщо під час розслідування у слідчого (прокурора) виникає сумнів щодо психічної повноцінності підозрюваного, з метою вирішення питання щодо його осудності (в тому числі – обмеженої), він призначає судово-психіатричну експертизу. Це обумовлюється тим, що встановлення обставин вчинення злочину та поведінки підозрюваного (неоднозначні дані про особу, неадекватна поведінка та ін.) викликають обґрунтовані сумніви щодо його психічної повноцінності. (Свого часу заступником Генерального прокурора СРСР у вказівках зверталася увага на необхідність призначенні судових психолого-психіатричних експертиз лише за наявності відповідних підстав, а не лише на підставі вчинення особою тяжкого або особливо тяжкого злочину).

Для отримання висновку щодо психічної повноцінності підозрюваного, слідчий дає відповідну оцінку поведінці підозрюваного, зокрема, її адекватності: як до вчинення злочину так і під час його вчинення, а також на досудовому розслідуванні (посткримінальна поведінка). Для цього необхідно проаналізувати мотив, характер і спосіб вчинення злочину; поведінку особи до, в момент та після вчинення злочину; його взаємовідносини із суспільством, спосіб життя, відомості про перенесені захворювання (особливо наявність черепно-мозкової травми) та ін. (наприклад, є дані, що в нього обтяжена спадковість).

У ході проведення експертизи, вирішуються питання не тільки про наявність та види захворювань, але й про причини їх виникнення. Тому, щоб надати відповідь на поставлені слідством питання, експертам необхідно мати вичерпні дані щодо виявлення відповідних ознак поведінки підозрюваного, коли вперше були виявленні ознаки розладу психіки, у чому вони виражалися, як вплинули на особистість підозрюваного, які правопорушення чи злочини він вчиняв тощо. Для отримання необхідних даних, особливо стосовно осіб, що прибули з інших країн, потрібно збирати дані шляхом запитів про надання міжнародної правової допомоги, допитів родичів, отримання медичної документації, характеристик, вироків суду тощо.

В ході розслідування злочинів на ґрунті соціального конфлікту, що вчиняються членами відповідних субкультур доцільно провести відносно підозрюваного судово-психологічну екс-

пертизу. Ця експертиза проводиться відносно психічно здорових осіб з метою дослідження непатологічних явищ психіки.

Злочини на ґрунті соціального конфлікту, що вчиняються членами субкультур, як правило є груповими, тому необхідно погодитися з Н.М. Ахтирською, яка вказує: «Вкрай важливим є проведення судово-психологічної експертизи для доказування рольових функцій та індивідуальних дій учасників злочинних формувань. В такій категорії справ необхідно з'ясувати: які соціально-психологічні фактори могли сприяти виникненню та функціонуванню злочинної групи; які індивідуально-психологічні особливості кожного з учасників цієї групи сприяли вступу до неї та участі у вчиненні злочинів, зокрема в насильницьких; як впливали учасники злочинної групи один на одного та на діяльність групи в цілому?» [Отже головною умовою отримання повного, кваліфікованого та обґрунтованого висновку експерта у справах зазначеної категорії є повне і об'єктивне відображення слідчим фактичних даних в матеріалах справи, а також належна їх інтерпретація експертами. Якщо немає можливості повно й об'єктивно розкрити особистість підозрюваного за матеріалами провадження, експерт повинен поставити питання щодо необхідних доповнень, при цьому вказуючи, які саме сфери особистості підозрюваного потребують уточнення.

Список використаних джерел:

1. Ахтирська Н. М. Судово-психологічна експертиза та використання її висновків у кримінальному судочинстві / Н. М. Ахтирська // Вісник Верховного Суду України. – 2006. – №8 (72). – С.19-23.

Моргун Н. С.,

здобувач кафедри кримінального процесу, викладач кафедри досудового розслідування Національної академії внутрішніх справ

НАСЛІДКИ ПОРУШЕННЯ ЗАГАЛЬНИХ ЗАСАД КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Засади права є основою формування та функціонування правової системи держави в цілому та всіх її складових елементів. Вони здійснюють істотний правоорієнтуючий вплив на поведінку суб'єктів, містять критерії правомірного і неправомірного, можливого і належного. У практичній діяльності юристів важливого значення набуває оцінювальна роль засад, оскільки їх дотримання надає можливість юридично правильно оцінити поведінку особи та прийняти правильне рішення.

Правові засади визначають зміст цілих груп норм права, що сприяє забезпеченню логічності, єдності, стабільності правового регулювання суспільних відносин. У цьому відношенні засади як правила поведінки виражаються у нормах права і є фундаментальними для системи права і правової системи в цілому. На їхній основі формуються конкретні моделі поведінки суб'єктів права, визначаються їх права та обов'язки, можливі заходи юридичної відповідальності.

Як вказує А. С. Барабаш, засади адресовані лише відповідним державним органам [1, с. 32]. Проте, у зв'язку з тим, що засади виконують не лише регулятивну, а й пізнавальну, інформаційно-ціннісну функцію, з цього питання більш слушним є підхід П. С. Елькінд, яка розглядає окремі засади як положення, що дають можливість і приватним особам діяти в процесі певним чином (чи утримуватися від таких дій) [2, с. 516].

Відповідно до ст. 2 Кримінального процесуального кодексу (далі КПК) України завданнями кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. З огляду на це, засади кримінального провадження виступають як гарантії реалізації означених завдань при суворому дотриманні процесуальної форми.

Практичне значення засад кримінального провадження полягає також у можливості їх застосування для подолання прогалин та усунення колізій у законодавстві. Так, згідно з ч. 6 ст. 9 КПК України, у випадках, коли положення вказаного Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені частиною першою статті 7 КПК України. У цій процесуальній нормі наводиться вичерпний перелік загальних засад кримінального провадження, до яких згідно з п. 9 ч. 1 ст. 7 КПК України належить, зокрема, і недоторканність права власності. У ст. 16 цього Кодексу визначається зміст зазначеної засади позбавлення або обмеження права власності під час кримінального провадження здійснюється лише на підставі вмотивованого судового рішення, ухваленого в порядку, передбаченому КПК України; на підставах та в порядку, передбачених законом, допускається тимчасове вилучення майна без судового рішення. Вочевидь, вказана норма врегульовує загальні правила, лінію поведінки сторін та учасників кримінального провадження. Однак ні значення цієї засади, ні усіх інших засад кримінального провадження в цілому, в КПК України прямо не висвітлено.

Аналогічний підхід до врегулювання значення засад кримінального провадження притаманний окремим проаналізованим нами КПК низки країн ближнього зарубіжжя. Зокрема, прямих згадок про значення недоторканності права власності чи загального значення засад кримі-

нального провадження не містять КПК Російської Федерації, Республіки Вірменія, Республіки Білорусь, Республіки Молдова, Республіки Узбекистан.

Натомість положення, що безпосередньо врегульовують окремі питання щодо змісту та значення засад кримінального провадження, містяться у КПК деяких інших країн. Зокрема, відповідно до ч. 9.2 ст. 9 КПК Республіки Азербайджан, порушення принципів або умов кримінального процесу у випадках, встановлених зазначеним Кодексом, може призвести до висновку про недійсність закінченого провадження з кримінального переслідування, до скасування прийнятих при цьому постанов, або до висновку про відсутність доказової сили зібраних матеріалів. Згідно з ч. 2 ст. 8 КПК Республіки Туркменістан, значення принципів кримінального процесу полягає в тому, що їх порушення, залежно від характеру та істотності, тягне визнання провадження, що відбулося у справі, недійсним та скасування винесених в ході такого провадження рішень або визнання зібраних при цьому матеріалів такими, що не мають сили доказів. Положення аналогічного змісту визначаються і в ст. 9 КПК Республіки Казахстан. Вочевидь, зі змісту вказаних норм цих Кодексів вбачається, що при формулюванні значення засад кримінального провадження і при визнанні процесуальної діяльності, що здійснена з їх порушенням, беруться до уваги характер та суттєвість порушення принципів кримінального процесу.

Щодо питання про те, якими можуть бути юридичні наслідки порушення засад кримінального провадження і чи будь-яке порушення спричиняє скасування рішення, винесеного у кримінального провадження, в юридичній літературі єдність думок відсутня [3, с. 11; 4, с. 6; 5, с. 29; 6, с. 16]. Це зайвий раз підкреслює складність вирішення цього питання та необхідність його подальшого ґрунтовного дослідження.

Варто погодитись із твердженням В. В. Навроцької про те, що юридичні наслідки порушення принципів (засад) процесу залежать від того, якими саме були ці порушення: істотними чи ні. При цьому форми реагування на несуттєві порушення повинні бути іншими, ніж на суттєві. Це визнання недопустимими зібраних доказів, скасування прийнятих процесуальних рішень і вчинених актів; винесення попереджень, окремих ухвал; накладення штрафів, дисциплінарних стягнень; видалення порушника порядку із залу судового засідання тощо [7, с. 305-306]. Окремі вказані форми реагування наразі є нечинними за КПК України, однак з висловленою цією авторкою точкою зору в цілому можна погодитись.

Так, якщо вирок є виправдувальним, то навіть суттєві порушення засад кримінального процесу не завжди тягнуть його скасування. Ця думка підтверджується у п. 29 постанови Пленуму Верховного Суду України від 29 червня 1990 року № 5 «Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироку», відповідно до якого скасування виправдувального вироку у зв'язку з порушенням кримінально-процесуального законодавства може мати місце лише у тому випадку, якщо ці порушення перешкоджали чи могли перешкодити суду об'єктивно, повно та всебічно розглянути справу і винести законний і обґрунтований вирок. Оскільки скасування виправдувального вироку погіршує становище виправданого, суди не повинні допускати випадків скасування таких вироків з формальних підстав [8]. Тож наслідки порушення засад кримінального провадження можуть бути різними і необов'язково полягати у скасуванні рішення, прийнятого у кримінальному провадженні.

На нашу думку, відсутність у чинному КПК України положення, що визначало б правове значення засад кримінального провадження, слід віднести до його суттєвих недоліків, оскільки закріплення цього положення в законі здійснювало б визначальний вплив на формування правильної практики розслідування і судового розгляду кримінальних правопорушень. Сама наявність такої норми орієнтувала б осіб, які здійснюють досудове розслідування і судовий розгляд кримінальних правопорушень на те, які дії слід здійснити при порушенні засади кримінального провадження. Враховуючи викладене, пропонуємо доповнити ст. 7 КПК України частиною 2 у такій редакції:

«2. Порушення засади кримінального провадження, залежно від його характеру та істотності, тягне за собою скасування винесених в ході такого провадження рішень та/або визнання недопустимими доказів, встановлених внаслідок проведення процесуальної дії, виконаної із таким порушенням».

Отже, на нашу думку, значення засади недоторканності права власності, як і інших загальних засад кримінального провадження, полягає в їх здатності визначати зміст, процесуальну форму діяльності сторін та інших учасників кримінального провадження, спрямованість на захист від необґрунтованого і незаконного позбавлення або обмеження права власності насамперед під час досудового розслідування. Саме на цій стадії кримінального процесу більшою мірою можливі порушення вказаної засади при тимчасовому вилученні майна, проведенні обшуку, слідчого експерименту тощо. Допущені при цьому помилки органів досудового розслідування і прокурора повинні бути виправлені слідчим суддею під час судового контролю на досудовому розслідуванні чи судом на стадії судового розгляду на основі закріплених у КПК України процесуальних приписів.

Список використаних джерел:

1. Барабаш А. С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление / А. С. Барабаш. – СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – 257 с.
2. Элькинд П. С. Общественное начало в сфере уголовного судопроизводства и тенденции его дальнейшего развития / П. С. Элькинд // Актуальные проблемы советского государства и права в период становления коммунизма. – Л., 1967. – С. 516.
3. Багаутдинов Ф. Н. Публичные и частные интересы в российском уголовном судопроизводстве и гарантии их обеспечения на предварительном следствии : дисс. ... доктора юрид. наук. : 12.00.09 / Ф. Н. Багаутдинов. Научно-исследовательский институт проблем укрепления законности при Генеральной прокуратуре Российской Федерации. – М., 2004. – 499 с.
4. Маляренко В. Т. Реалізація основних конституційних засад судочинства в кримінально-процесуальному законодавстві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. Т. Маляренко. – Х., 1999. – 19 с.
5. Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П. Кримінальний процес України. – К. : Либідь, 1999. – 431 с.
6. Репешко П. И. Принципы уголовного процесса в стадии судебного разбирательства уголовного дела в суде первой инстанции Украины / П. И. Репешко. – Николаев : Атолл, 2001. – 258 с.
7. Навроцька В. Поняття принципу (засади) кримінального процесу / В. Навроцька // Вісник Львівського університету. Серія юрид. 2009. Вип. 48. С. 304–311.
8. Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироку : постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 29.06.90 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-90>.

Набруско М. С.,

аспірантка кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

МЕХАНІЗМ ТОРГІВЛІ ЛЮДЬМИ ТА ЙОГО ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Протягом останніх десятиріч в Україні, як і в багатьох інших країнах Східної та Центральної Європи проблема торгівлі людьми, зокрема жінками та дітьми, набула значного резонансу.

Аналіз інформації, що надходить від правоохоронних органів зарубіжних країн, представників МВС за кордоном та дипломатичних представництв і консульських установ України в інших державах, свідчить про тенденцію збільшення нелегального вивезення громадян України до інших держав з подальшим використанням їх у сфері секс-бізнесу.

Більшість жертв торгівлі людьми – жінки і неповнолітні дівчата, яких примушують до надання сексуальних послуг. Чоловіки також являються об'єктом торгівлі людьми, хоча за даними Центрального розвідувального управління США загальна їх чисельність складає близько 2 % від загалу.

Координація діяльності правоохоронних органів за основними напрямками протидії організованій злочинності і корупції є запорукою успішної боротьби, її необхідним і складовим елементом. Разом з тим для її ефективності потрібне розуміння природи злочинності, її проявів, та механізмів протистояння їм.

Існування торгівлі людьми обумовлюються комплексом соціально-політичних, соціально-правових, соціально-економічних і соціально-психологічних факторів.

У світі існує добре налагоджена система торгівлі людьми, яка має за мету примушування завербованих обманним шляхом, а потім проданих і куплених людей до безоплатної роботи у сфері секс-послуг, у домашньому рабстві, сільському господарстві тощо. Розповсюджена також і торгівля людьми з метою використання їх як донорів для трансплантації органів і тканин, а також для некомерційного рабства у таких формах, як примусове одруження, примусова вагітність, або вагітність для подальшого продажу немовляти, фіктивне усиновлення (удочеріння).

За результатами вивчення наукових джерел та матеріалів правоохоронних органів щодо проблем боротьби з торгівлею людьми, можна зробити висновок, що злочини вчиняються злочинними групами з досить високим рівнем організованості. Відповідно до цього визначається їх внутрішньо груповий розподіл ролей (організатор, вербувальники, провідники, кур'єри, закордонні покупці, особи які організують отримання закордонних паспортів через паспортні служби). Оформлення закордонних паспортів, одержання віз, злочинне угруповання бере на себе. Документи оформляються або легально або вони намагаються домовитися з працівниками громадської паспортної та імміграційної служби. В усіх випадках для неповнолітніх дівчат паспорти виготовляються з використанням фальсифікованих даних. Плату за виготовлення паспорта вносять злочинці і саме з цього моменту потерпілих вводять у боргову залежність.

Незважаючи на те, що механізм торгівлі людьми у кожному окремо взятому випадку має свої особливості, можна виділити найбільш загальні риси цього явища в Україні.

По-перше, у самому процесі торгівлі людьми обов'язковим є наявність посередника, вербувальника, тобто торговця, що виконує всі необхідні дії по організації міграції і передачі потерпілого іншій особі. До таких дій варто віднести, наприклад, надання потенційній жертві інформації про майбутню реальну чи уявну роботу, сприяння одержанню офіційних документів або забезпечення потерпілого підробленими документами для перетинання одного або декількох кордонів, забезпечення транспортом, надання тимчасового житла під час поїздки до місця при-

значення, допомога при перетині кордону та ряд інших дій. Як свідчить практика, всі ці послуги з боку посередника породжують міцні зв'язки між злочинцем та його жертвою (жертвами).

По-друге, потенційній жертві, як правило, надається недостовірна інформація про характер майбутньої роботи або умови роботи. Тому при вербуванні жертви найчастіше застосовувався обман або зловживання довірою.

По-третє, в більшості проїзд потерпілих закордон оплачується торговцем, що породжує боргову кабалу, що ще в більшому ступені робить залежними потерпілих від торговців.

По-четверте, через те, що одержати робочі візи для роботи за кордоном людям, які не мають необхідної спеціальності, проблематично, торговці пропонують найчастіше нелегальний або напівлегальний спосіб в'їзду в країну призначення. Так, використовуються підроблені або крадені документи, перетинання кордону здійснюється поза пунктом митного контролю. Живий товар також може ввозитися цілком легально в країну призначення за туристичною візою або за запрошенням, а потім уже, після закінчення офіційно встановленого терміну, подальше перебування жертви в закордонній країні стає незаконним.

По-п'яте, після перетинання кордону країни призначення в жертв майже завжди відбираються документи.

По-шосте, умови, в яких утримуються жертви за кордоном, ставлять під сумнів добровільність їхнього вибору. Найчастіше над жертвами здійснюється постійний нагляд; робочий день триває до 14-16 годин; мають місце жорстоке поводження з боку хазяїнів і клієнтів; дезінформація щодо правоохоронних органів; часто відсутня елементарна медична допомога. Іноді важка хвороба стає єдиною можливістю для потерпілої повернутися додому.

По-сьоме, метою всього процесу торгівлі людьми є довгострокова експлуатація об'єкта торгівлі, і всі ланки цього процесу – вербування, міграція, продаж – тільки кроки до цієї експлуатації.

Слід зазначити, що 70-75 % торговців людьми, які потрапили в поле зору українських правоохоронних органів, – жінки. Причому більше половини з них у минулому самі займалися за кордоном проституцією під примусом, багаторазово перепродувалися від одного хазяїна до іншого, більше того, з однієї країни в іншу. Розповсюдженим стало явище, що одержало назву «друга хвиля», коли вивезені раніше жінки повертаються додому для вербування інших жінок. Середній вік жінок-вербувальниць 30-40 років. Торговці людьми – чоловіки трохи молодші – 25-35 років. Освітній рівень торговців дуже різний. Є люди і з вищою освітою, і з середньою спеціальною. Але 65-70 % з них мають середню або незакінчену середню освіту. Понад 60 % винних жінок заміжні, мають дітей. Близько 90 % винних чоловіків – неодружені. 85-90 % осіб-торговців живим товаром є громадянами України. Але серед них зустрічаються також громадяни РФ, Беларусі, республік Кавказу, Молдови. Є дані про те, що в злочинні групи, що займаються постачанням людей за кордон, входять й іноземні громадяни далекого зарубіжжя (серби, поляки, греки, іспанці, турки, кіпріоти, німці та ін.). Однак випадків залучення їх до кримінальної відповідальності в Україні не зареєстровано, хоча торгівля людьми відповідно до Міжнародної конвенції про боротьбу з торгівлею людьми та експлуатацією проституції третіми особами 1950 р., – злочин екстрадиційний, тобто передбачає видачу злочинців.

Торгівля людьми знаходить стимули до існування у: бідності та безробітті; нерівномірності економічного розвитку різних регіонів світу; корупції; наявності міждержавних і локальних збройних конфліктів; недосконалості міграційної політики і законодавства країн у сфері боротьби та контролю за проституцією; розповсюдженні порушень прав жінок та їх маргіналізації в суспільстві; кризі моралі, низькій правовій грамотності та інформованості населення з тих чи інших питань суспільного життя.

Знання про механізм торгівлі людьми має велике значення для досудового розслідування цього злочину, оскільки дають можливість правильно висунути версії, скласти план кримінального провадження, визначити організацію і тактику провадження слідчих (розшукових), у тому числі й негласних, та успішно виконати завдання кримінального процесу, визначені у ст. 2 КПК України.

Пилипенко Г. М.,

науковий співробітник центру наукових досліджень економіко-правового факультету Донецького національного університету

ЗАЛУЧЕННЯ ЕКСПЕРТІВ ТА ДОКАЗОВЕ ЗНАЧЕННЯ ЕКСПЕРТИЗИ

Судова експертиза є формою використання спеціальних знань під час доказування у кримінальному провадженні. Експертиза дозволяє використовувати весь арсенал сучасних науково-технічних засобів. Висновок експерта є одним із передбачених Кримінальним процесуальним кодексом України (КПК України) джерел доказів.

Метою нашої роботи обираємо конкретизацію місця висновку експерта серед інших джерел доказів у кримінальному провадженні; встановлення кола обставин, які впливають на доказове значення висновку експерта.

Питання доказового значення експертизи висвітлювалися у роботах Т. В. Авер'янової, В. Д. Арсенєва, А. І. Вінберга, В. Г. Гончаренка, Ю. М. Грошевого, Ф. М. Джавадова, Н. І. Клименко, О. М. Моїсєєва, Ю. К. Орлова, В. О. Притузової, Т. В. Сахнової, В. Д. Юрчишина та інших, які присвятили свої праці проблемам доказування та використання спеціальних знань у кримінальному процесі. Проте комплексних наукових досліджень із проблем, пов'язаних із доказовим значенням висновку експерта, у останні роки майже не проводилося. Особливої актуальності ці проблеми набувають сьогодні, у період чинності нового КПК України.

Специфіка формування і змісту висновку експерта надає підстави вважати, що він займає особливе місце. Але навіть високий науковий авторитет висновку експерта не надає йому наперед встановленої сили. Про це міститься пряма вказівка у статті 94 КПК України, згідно з якою цінність доказів визначається внутрішнім переконанням слідчого, прокурора, слідчого судді, суду, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження. Названі суб'єкти, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення.

Висновок експерта, порівняно з іншими доказами, має специфічні риси, обумовлені його сутністю: він формується на основі використання спеціальних знань; він є вивідним знанням, а не інформативним, як інші особисті докази (показання), знання. У висновку експерта доказове значення має передусім його розумовий висновок, до якого він прийшов за результатами дослідження.

За чинним кримінальним процесуальним законодавством кожна сторона кримінального провадження має право надати суду висновок експерта, який ґрунтується на його наукових, технічних або інших спеціальних знаннях. Запитання, які ставляться експертові, та його висновок щодо них не можуть виходити за межі спеціальних знань експерта. Висновок експерта не може ґрунтуватися на доказах, які визнані судом недопустимими. Стаття 102 містить перелік основних складових змісту висновку експерта. У висновку експерта повинно бути зазначено, що його попереджено про відповідальність за завідомо неправдивий висновок та відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків. Якщо при проведенні експертизи будуть виявлені відомості, які мають значення для кримінального провадження і з приводу яких не ставилися питання, експерт має право зазначити про них у своєму висновку. Висновок підписується експертом.

Слід зазначити, що жоден із передбачених законом засобів доказування не містить у собі як складовий елемент судження про факти. Виключення складає висновок експерта. У зміст

висновку експерта (про що йдеться й у КПК України) обов'язково входять умовиводи, висновки про фактичні дані, і саме вони, в першу чергу, мають доказове значення. Отже, висновок завжди оснований на спеціальних наукових знаннях, що застосовуються експертом при дослідженні. Він обов'язково повинен містити кваліфіковану думку про встановлені обставини, без тлумачення яких експертом не буде й висновку. Висновок експерта як засіб доказування характеризують, по-перше, специфіка формування фактичних даних у ході спеціального дослідження і їх професійна оцінка; по-друге, відповідність порядку одержання фактичних даних вимогам законодавства.

Фактичні дані, які становлять зміст висновку експерта, виходять із трьох взаємопов'язаних, але не однорідних джерел. Одним із них є вихідні дані, до яких входять дані справи та об'єкти, надані експерту слідчим і судом (а за новим законодавством – і стороною захисту). Будь-яке експертне дослідження розпочинається зі з'ясування завдань, вивчення вихідних даних та об'єктів.

Обсяг і зміст фактичних даних, одержаних експертом із цього складного за своєю структурою джерела, визначають напрямок дослідження, обрання методів і засобів для аналізу й порівняння досліджуваних об'єктів. Від досконалості методів і використаних приладів, правильності їх застосування залежать повнота й точність виділених властивостей та ознак досліджуваних явищ, які становлять фактичний базис остаточних висновків. Застосовані методи виступають другим джерелом інформації у висновку експерта. Основним джерелом інформації є сам експерт. Саме експерт, його спеціальні знання й досвід і є тим головним першоджерелом, завдяки якому фактичні дані, одержані із зазначених першоджерел, узагальнюються, проходять розумове оцінювальне оброблення та формуються у вигляді остаточних висновків про факти, установлення яких було завданням експертизи.

Доказове значення висновку експерта залежить від різноманітних обставин: фактів, встановлених експертом, характеру кримінального провадження, конкретної судово-слідчої ситуації та наявності на даний момент сукупності доказів. Крім того, воно визначається обставинами, що встановлюються експертом, чи входять вони в предмет доказування у кримінальному провадженні та чи є вони доказовими фактами. Нерідко вказані обставини мають важливе значення для розслідування. У таких випадках, доказова цінність висновку експерта визначається формою його висновків, які можуть бути категоричними або ймовірними. Доказове значення експертизи зумовлено також якістю ілюстративного матеріалу, який становить невід'ємну компоненту висновку експерта.

Висновки експерта підлягають оцінці слідчим, прокурором, судом. Критерієм оцінки висновків експерта, як і інших джерел доказів, є належність, допустимість, достовірність. Основний зміст оцінки будь-яких видів судових експертиз слідчим або судом полягає у визначенні наукової обґрунтованості рішення експерта, яке знайшло відображення у його висновку. Слідчий чи суд оцінює експертний висновок за внутрішнім переконанням, що засновано на всебічному, повному й об'єктивному розгляді всіх обставин кримінального правопорушення в їх сукупності. Аналіз висновку експерта є розумовою діяльністю слідчого, яка поділяється на декілька стадій і веде до кінцевої оцінки висновку експерта в цілому щодо його обґрунтованості та достовірності.

Під час судового розгляду в якості доказу може бути надано одночасно два висновки, які виконані різними експертами з одних і тих питань, як за дорученням сторони обвинувачення, так і сторони захисту. Поряд з тим у разі залучення експерта стороною захисту самостійно або за її клопотанням слідчим суддею слід мати на увазі, що на вирішення експерту можуть бути поставлені й інші питання, які мають значення для кримінального провадження та судового розгляду і стосуються об'єкту дослідження та не вирішувались під час проведення експертизи, призначеної стороною обвинувачення. Така можливість забезпечує повноту дослідження усіх матеріальних об'єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини кримінального

провадження. У той же час суду необхідно оцінити кожний із висновків експертів, наявних у матеріалах кримінального провадження. У такому випадку, під час оцінки судом двох висновків з аналогічних питань, складених різними експертами, які можуть бути подані як стороною обвинувачення, так і стороною захисту, та у разі їх розходження, питання застосованих експертом методів матиме вирішальне значення для врахування та покладення результатів експертизи в основу рішення.

Погорецький М. А.,

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка, заслужений діяч науки і техніки України

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНІ ГАРАНТІЇ: ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ

Слово «гарантія» походить від французького «garantie», яке означає порука, умова, яка щонебудь забезпечує.

Загальними формами гарантій, проголошених Конституцією України, визначають: а) політико-правовий режим, у якому реалізуються основні права, свободи і обов'язки людини і громадянина; б) матеріальні джерела – економічні, політичні та соціально-моральні (загальні) гарантії; в) юридичні гарантії. До системи гарантій включають також такі гарантії як суспільно-політичні, соціально-економічні (матеріальні), ідеологічні, юридичні (правові) .

Під юридичними гарантіями розуміють засоби охорони прав громадян від будь-яких зазіхань (А.В. Мицкевич); встановлені законом та нормами права засоби і способи, якими охороняються та захищаються права громадян, припиняються та усуваються порушені права (М.С. Строгович); все те, що сприяє досягненню певних результатів або забезпечує певний стан, що сприяє діяльності, гарантує їх (В.М. Корнуков); сукупність умов і засобів, що дозволяють безперешкодно реалізувати правові норми, користуватися суб'єктивними правами і виконувати юридичні обов'язки (С.А. Комаров); систему соціально-економічних, політичних, етичних, юридичних, організаційних передумов, умов, засобів і способів, що створюють рівні можливості особистості для здійснення своїх прав, свобод та інтересів (В. М. Корельський, М. І. Матузов); певні умови і засоби, що покликані забезпечувати, гарантувати нормальне, тобто встановлене законом, функціонування того або іншого суспільного і правового інституту (Л.Д. Воєводін); достатній рівень економічного, соціального й культурного розвитку суспільства, надійний юридичний захист, в тому числі – можливість звернутися за захистом до міжнародних організацій (М.В. Цвік).

Під гарантіями законності розуміються, по-перше, ті історичні і соціально-класові умови і чинники суспільного життя, які надають позитивну дію на правотворчу і правоохоронну діяльність, і, по-друге, ті способи і засоби, які безпосередньо служать зміцненню правопорядку. До перших (їх називають загальними гарантіями) відносяться економічні, соціальні, політичні, ідеологічні і інші духовні основи функціонування всього соціалістичного суспільства і окремих його соціальних спільнот. Для інших (назвемо їх спеціальними або юридичними) характерне те, що вони, будучи закріпленими в законі, є правовим виразом загальних гарантій і їх соціально-непризначення полягає в забезпеченні фактичної можливості охорони як інтересів суспільства, що вимагають, зокрема, розкриття кожного злочину і невідворотності передбаченою для нього законом відповідальності, так і правомірної реалізації і охорони прав особи (Л. Б. Алексеева).

Генезис кримінально-процесуальних гарантій свідчить про те, що їх дослідження мало за мету підвищення ефективності судочинства і охорону інтересів особи в кримінальному процесі.

У 50-ті роки минулого століття була висунута концепція єдиної системи гарантій правосуддя. Її розробники вважали, що радянській процесуальній науці слід відмовитися від класифікації гарантій на гарантії правосуддя і гарантії прав особи і «встановити єдине поняття гарантій правосуддя, яке органічно включає і поняття гарантій прав особи (В. І. Камінська, М. І. Полянський).

Слід зазначити, що концепція єдиної системи гарантій правосуддя ґрунтувалася на помилковому розумінні єдності інтересів особи і інтересів правосуддя й мала політичний окрас

комуністичного режиму. Її прибічники (М.С. Строгович та ін.) помилково, на наш погляд, вважали, що все, що служить забезпеченню вирішення завдань процесу, служить також і забезпеченню прав особи. Ця концепція була спростована практикою та висновками тих правників, які здійснювали дослідження злочинності та встановили, що інтереси осіб, які вчинили злочин, далеко не завжди співпадають з інтересами правосуддя. Такі особи нерідко застосовують різні засоби і способи протидії правоохоронним і судовим органам, особливо у справах про організовану злочинність.

Тому концепція єдиної системи гарантій правосуддя обґрунтовано не знайшла підтримки у правників. І подальші кримінально-процесуальні дослідження були присвячені різним аспектам гарантій у кримінальному процесі.

На підставі результатів аналізу понять процесуальних гарантій можна зробити висновок, що процесуалісти вкладають в це поняття різний зміст.

Гарантіями визначають способи та засоби, що забезпечують здійснення прав і обов'язків учасників процесу, а також обов'язки органів, що здійснюють кримінальне судочинство (В. В. Вандишев); встановлені кримінально-процесуальним правом засоби і способи, покликані забезпечувати здійснення прав і обов'язків учасників кримінально-процесуальної діяльності і досягнення мети кримінального судочинства (В.А. Михайлов); сукупність встановлених законом правових норм, що забезпечують законний і обґрунтований розгляд кожної кримінальної справи і виконання інших завдань кримінального судочинства, правові засоби, що забезпечують усім суб'єктам кримінальної процесуальної діяльності можливість реально виконувати свої обов'язки та використовувати надані права (Ю. М. Грошевий); правові засоби, що містяться в нормах та забезпечують всім суб'єктам кримінально-процесуальної діяльності можливість виконувати обов'язки і використовувати надані права (Л. Б. Алексєєва); визначені процесуальним законом засоби забезпечення ефективного функціонування кримінального процесу (Лобойко Л.М.); засоби, що встановлені кримінально-процесуальними нормами для здійснення завдань кримінального судочинства, насамперед захисту прав і законних інтересів осіб, що притягаються до кримінальної відповідальності (О.Г. Яновська).

Аналіз наведених визначень кримінально-процесуальних гарантій дає підстави для виокремлення в них спільних істотних властивостей (ознак). До таких істотних властивостей можна віднести: 1) встановлені законом способи; 2) встановлені законом засоби; 3) спрямованість на захист прав і законних інтересів учасників кримінального судочинства; 4) спрямованість на забезпечення досягнення завдань кримінального судочинства.

Водночас слід мати на увазі, що реалізація кримінально-процесуальних гарантій може бути здійснена лише через кримінально-процесуальні відносини, як такі, що урегульовані нормами кримінально-процесуального права, котрі виникають, розвиваються та припиняються в сфері кримінального судочинства, в межах яких, за допомогою державних органів та посадових осіб, що наділені правом провадження у кримінальних справах, реалізуються процесуальні права та обов'язки учасників кримінального процесу та осіб, які залучаються до кримінального судочинства і захищаються їхні матеріально-правові, процесуальні та інші законні інтереси, а також реалізуються повноваження цих органів.

Виходячи із цього визначення правовідносин, можемо зробити висновок, що вище наведені ознаки кримінально-процесуальних гарантій не в повній мірі характеризують цю правову категорію, оскільки не відбивають усіх її сутнісних ознак.

Так, обов'язковим учасником суб'єктом правовідносин є особа, яка веде кримінальний процес (орган дізнання, слідчий, прокурор, суд). Лише через реалізацію повноважень цієї особи можуть бути реалізовані права та законні інтереси учасників кримінального процесу та права осіб, які до нього залучаються, і лише через реалізацію повноважень осіб, що ведуть кримінальний процес, можуть бути захищені права та законні інтереси учасників кримінального судочинства.

Окрім того, кримінально-процесуальні гарантії повинні бути спрямовані не лише на забезпечення прав та законних інтересів учасників процесу, якими є обвинувачений, підозрюваний, захисник, а також потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач та їхні представники, а й на інших його суб'єктів – осіб, які залучаються до кримінального процесу: свідків, експертів, спеціалістів, понятих та ін.

При цьому слід виходити із науково обґрунтованої класифікації суб'єктів кримінального процесу, яка поділяє їх на три групи: а) органи, які ведуть кримінальний процес (основні суб'єкти кримінально-процесуальної діяльності); б) учасники кримінального; в) інші суб'єкти кримінального процесу.

Суттєвою ознакою кримінально-процесуальних гарантій є і реалізація не лише прав учасників кримінального процесу та осіб, що до нього залучаються, а й їх обов'язків, що забезпечує реалізацію публічних інтересів кримінального процесу та виконання завдань кримінального судочинства.

Враховуючи викладене, до сутнісних ознак кримінально-процесуальних гарантій доцільне додати й такі: а) спрямованість на реалізацію повноважень осіб, що ведуть кримінальний процес; б) спрямованість на реалізацію прав осіб, що залучаються до кримінального процесу; в) спрямованість на реалізацію обов'язків учасників кримінального процесу, та осіб які до нього залучаються; г) публічна природа.

Виходячи з наведених нами сутнісних ознак, кримінально-процесуальні гарантії можна визначити як встановлені кримінально-процесуальним законом засоби та способи, спрямовані на реалізацію прав та обов'язків суб'єктів кримінального процесу, забезпечення реалізації законних інтересів його учасників та виконання завдань кримінального судочинства.

Погорецький М. М.,

здобувач кафедри кримінального процесу Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС ЗАХИСНИКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Захисник – це учасник кримінального процесу, уповноважений у передбаченому законом порядку здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваних, обвинувачених, підсудних, засуджених та виправданих і подавати їм необхідну юридичну допомогу. Участь захисника в кримінальному процесі дозволяє цим особам більш повно реалізувати своє право на захист.

Чинний КПК України вніс суттєві зміни щодо процесуального статусу захисника, які неоднозначно сприймаються юридичною спільнотою.

Відповідно до ст. 45 КПК України захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію).

Захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України або стосовно якого у Єдиному реєстрі адвокатів України містяться відомості про зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю.

Отже, чинний КПК України України у ч. 2 ст. 45 закріпив професійний ліцензований державною захист у кримінальному судочинстві, яке фахівцями не сприймається однозначно.

Слід зазначити, що відповідно до статті 44 КПК України 1960 р., як захисники допускалися особи, які мали свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю в Україні та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. Такі ж вимоги ставилися до захисника свідка, запрошеного ним для надання правової допомоги під час допиту чи проведення інших слідчих дій за участю свідка.

Проте, незважаючи на законодавчо закріплене право фахівця галузі права на захист особи в кримінальному процесі, правоохоронні органи часто не допускали юристів без адвокатських посвідчень до участі в кримінальній справі ні в якості захисника підозрюваного (обвинуваченого, підсудного), ні в якості захисника свідка, посилаючись, при цьому на частину другу статті 59 Конституції України, що встановлює, що для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура.

Рішенням Конституційного Суду України від 16.11.2000 р. № 13-рп/2000 визнано неконституційним положення частини першої статті 44 КПК України 1960 р., за яким обмежується право на вільний вибір підозрюваним, обвинуваченим і підсудним як захисника своїх прав, крім адвоката, іншого фахівця у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. У справі «Загородній проти України» Європейський суд з прав людини посилається саме на це рішення Конституційного суду України. Навіть після внесення відповідних змін до статті 44 КПК України 1960 р., на практиці юристи без адвокатського свідоцтва не завжди допускалися до участі у справі як захисники.

Так, у вказаному рішенні Конституційний суд України визначив, що положення міжнародно-правових актів, що передбачають право кожного обвинуваченого захищати себе особисто або через вільно вибраного ним на власний розсуд захисника з-поміж юристів, які можуть

надати ефективний правовий захист, відтворені у положеннях частини першої статті 59 Конституції України, які закріплюють право кожної фізичної особи на правову допомогу і право вільного вибору захисника з метою захисту від обвинувачення.

Положення частини другої статті 59 Конституції України про те, що для забезпечення права на захист від обвинувачення в Україні діє адвокатура, не може тлумачитись як право підозрюваного, обвинуваченого і підсудного вибирати захисником лише адвоката, тобто особу, яка має свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю відповідно до Закону України «Про адвокатуру» від 19 грудня 1992 року.

Таким чином, Конституційний суд визначив принципи гарантії права на захист, які закріплені в міжнародно-правових актах, та відображені в статті 59 Конституції України. Суд розтлумачив, що захист підозрюваного (обвинуваченого, підсудного) не підлягає обмеженню лише особами, які є адвокатами, а таке обмеження, безумовно, є порушенням статті 59 Конституції України. При цьому, навіть за умови існування спеціального закону, таке обмеження не відповідає Конституції, тобто є незаконним.

При цьому, незважаючи на зазначене рішення Конституційного суду, у 2003 році Пленум Верховного суду України, виносить Постанову № 8 «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві», якою вказує, що при вирішенні питання про наявність у фахівців у галузі права повноважень на здійснення захисту в кримінальній справі належить також з'ясувати, яким саме законом їм надано право брати участь у кримінальному судочинстві як захисникам. ВСУ визнає правильною практику тих судів, які за відсутності спеціального закону не допускають таких фахівців (юристів без адвокатського свідоцтва) до здійснення захисту в кримінальних справах, що по суті нівелювало висновки Конституційного суду України щодо застосування статті 59 Конституції України, а як відомо, норми Конституції є нормами прямої дії.

Більше того, на момент прийняття названої Постанови Пленуму Верховного Суду України, набули чинності зміни до статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, який по своїй суті є законом та відповідно до якого як захисники допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю в Україні, та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.

24 листопада 2011 року Європейський суд з прав людини (далі – Суд, ЄСПЛ) оприлюднив рішення у справі «Загородній проти України», яким встановлено, що недопуск в кримінальному процесі як захисника підсудного «фахівця в галузі права», який не має адвокатського свідоцтва, є порушенням права на справедливий суд, передбаченого пунктами 1 і 3 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. При цьому, суд наголосив, що така ситуація є несумісною із принципом правової певності, що, в свою чергу, є складовою принципу верховенства права.

Суд неодноразово зазначав, що право на справедливий судовий розгляд, гарантоване статтею 6 § 1 Конвенції, повинно тлумачитися в світлі Преамбули Конвенції, яка проголошує верховенство права, при цьому одним з основних аспектів верховенства права є принцип юридичної певності.

Зазначені рішення ЄСПЛ та Конституційного Суду України дають підстави окремим правникам для висновку, що ст. 45 КПК України протиріче цим Рішенням. На наш погляд, такий висновок є необґрунтованим, оскільки зазначені рішення виходили із змісту ст. 44 КПК України 1960 року та слідчо-судової практики, яка формувалася на той час.

На сьогодні чинний КПК України чітко визначив такого суб'єкта процесу як захисник (ст. 45 КПК) та його повноваження (ст.ст. 46–54 КПК) які цілком відповідають європейській практиці та європейським стандартам, адже лише професійний захисник може професійно реалізувати функцію захисту у кримінальному процесі.

Попелюшко В. О.,

доктор юридичних наук, професор, директор Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія»

ФУНКЦІЇ СЛІДЧОГО СУДДІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Поняття функції у кримінальному провадженні як і у будь-якій іншій складній (складовій) соціальній діяльності має сенс, якщо у ньому присутні змістові елементи: 1) суб'єкта виконання функції; 2) предмета його діяльності та її змісту; 3) мети (завдання), на досягнення якої спрямована ця діяльність даного суб'єкта [1, с. 4-15; 2, с.66-48]. За такою структурно-змістовою схемою, до речі, в чинному КПК виписані основні кримінальні процесуальні функції кримінального процесу України, які визначають змагальну форму побудови його судового провадження – функції обвинувачення, захисту та судового розгляду (правосуддя).

Так, процесуальний закон визначає (правда, не зовсім послідовно стосовно сторони обвинувачення (п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК § 2 гл. 3 КПК) та сторони захисту (п. 19 ч. 1 ст. 3, ч. 5 ст. 22 КПК – § 3 гл. 3 КПК) суб'єктів виконання цих функцій, зокрема: 1) прокурора (п. 19 ч. 1 ст. 3, ст. 36 КПК), слідчого, керівника органу досудового розслідування (п.п. 8, 18 ст. 3 ст.ст. 39, 40 КПК) як суб'єктів виконання функції обвинувачення, а субсидіарно й співробітників оперативних підрозділів на стороні обвинувачення (ст. 41 КПК; 2) підозрюваного, обвинуваченого, його захисника або законного представника (ч. 5 ст. 22 ст. 42, 44, 45 КПК) та інших суб'єктів (п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК) як суб'єктів виконання функції захисту; 3) суд визначеного законом рівня та складу (п.п. 20, 21, 22, 23 ч. 1 ст. 3, ч. 6 ст. 22, ст. ст. 30, 31 КПК) як суб'єкта розгляду та вирішення кримінального провадження (правосуддя).

При цьому в законі значиться, що «під час кримінального провадження функції державного обвинувачення і захисту та судового розгляду не можуть покладатися на один і той самий орган чи службову особу» (ч. 3 ст. 22 КПК).

В законі як в загальній формі, так і в деталізованому вигляді виписані також предмет та зміст діяльності кожного з суб'єктів виконання головних кримінальних процесуальних функцій. Наприклад, щодо прокурора як основного суб'єкта виконання функції обвинувачення ключові елементи предмета та змісту його роботи у кримінальному провадженні зазначені в ч. 4 ст. 22 КПК – «повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, звернення з обвинувальним актом та підтримання державного обвинувачення в суді», а предмет та зміст державного обвинувачення розкриті в п. 3 ч. 1 ст. 3 КПК – «процесуальна діяльність прокурора, що полягає у доведенні перед судом обвинувачення». Більш конкретно вони розкриті в нормах ст. 36 КПК щодо процесуального статусу (повноважень) прокурора, напряму і змісту його діяльності як сторони кримінального провадження (ч.ч. 1, 2 ст. 22 КПК), а деталізовані в приписах закону щодо форм і способів реалізації ним окремих кримінальних процесуальних інститутів (ст.ст. 92, 93 КПК та ін.) та норм у кожній окремій процесуальній ситуації на усіх без винятків стадіях та етапах кримінального провадження (ст. ст. 214, 276, 280, 284, 291, 339 КПК та ін.).

Кінцева ж мета обвинувальної діяльності прокурора сформульована в п. 3 ст. 3 КПК, – «забезпечення кримінальної відповідальності особи, яка вчинила кримінальне правопорушення». Її досягнення здійснюється прокурором шляхом виконання завдань кримінального провадження (ст. 2 КПК), які, своєю чергою, вирішуються шляхом реалізації ним, а під його процесуальним керівництвом й іншими суб'єктами сторони обвинувачення, наданих їм законом повноважень.

Аналогічним чином закон розкриває (визначає, описує) зміст і функції захисту (ч. 1 ст. 22, ст.ст. 42, 44, 45, 93, 221, 244, 290, 303, 349 та ін. КПК), і функції розгляду та вирішення кримінального провадження (правосуддя) (п.п. 22-24 ч. 1 ст. 3, ч. 6 ст. 22, ст.ст. 30, 31, 314-317, 318-380 та ін. КПК).

Оскільки розуміння функцій у кримінальному провадженні має бути однаковим і не залежати від того, є чи не є вони основними (головними), наведений вище підхід до їх визначення слід застосовувати й при визначенні функцій слідчого судді.

Отже, предметом діяльності слідчого судді при реалізації ним тих чи інших повноважень слід визнати факти і обставини та їх правову (кримінальну і процесуальну) оцінку (кваліфікацію), що викладені сторонами, іншими учасниками провадження у поданих йому клопотаннях, скаргах, а також факти, виявлені самим слідчим суддею, з якими закон пов'язує необхідність відповідного процесуального реагування з його боку.

Змістом діяльності слідчого судді є судовий розгляд клопотань, скарг та прийняття за його результатом процесуальних рішень, а також дії та рішення як акти реагування на виявлені ним факти порушень, за загальним правилом, порушень прав, свобод та інтересів особи в ході досудового розслідування.

Мета ж власне його діяльності, якщо її розглядати в узагальненому вигляді, одна – прийняття законного, обґрунтованого та справедливого рішення, вчинення законної, обґрунтованої та справедливої дії. Але тут слід мати на увазі, що слідчий суддя не приймає ні кінцевих (остаточних) рішень кримінального провадження, ні рішень по його суті. Усі його рішення є або допоміжними, або етапними, такими, що тягнуть за собою прийняття відповідних рішень чи виконання дії, що з них випливають, іншими суб'єктами провадження – прокурором, слідчим тощо, прийняття, здійснення яких має власну мету, досягнення якої без відповідного рішення слідчого судді неможливе. Тому вказану безпосередню мету діяльності слідчого судді, при визначенні його функцій, завжди слід пов'язувати з цілями (метою) процесуальних рішень чи дій, у забезпечення досягнення яких й приймалося його рішення. Тут вказані цілі (мета) якби «накладаються» одна на іншу.

У законодавчому визначенні слідчого судді як суб'єкта кримінального провадження («судовий контроль за дотриманням прав, свобод і інтересів осіб у кримінальному провадженні» – п.18 ч. 1 ст. 3 КПК) означено і предмет, і зміст, і мету його діяльності, але означено лише в загальному. Їх конкретизація містяться в приписах або впливає з приписів закону щодо тих процесуальних інститутів та норм, обов'язковими правовими елементами яких (ст. ст. 81, 114, 117, 134, 140, 144, 176, 196, 206, 225, 223, 303, 493, 583, та ін. КПК) є групи повноважень та окремі самостійні повноваження слідчого судді.

Так, загальною метою застосування заходів забезпечення кримінального провадження в широкому значенні даного поняття закон називає «досягнення дієвості цього провадження» (ст. 131 КПК), що не може не означати спрямованості їх на забезпечення виконання усього комплексу завдань кримінального провадження, визначених ст. 2 КПК [3, с. 367-368]. Свою специфічну мету, в межах загальної, як етапного завдання, виконання якого сприяє досягненню кінцевих завдань кримінального провадження, має застосування кожного окремого виду заходу забезпечення кримінального провадження чи групи видів. Наприклад, метою застосування запобіжного заходу є забезпечення виконання підозрюваним обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам: 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду...» (ч. 1 ст. 177 КПК), тобто, забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, передбачених ч. 7 ст. 42 та іншими нормами КПК, а також запобігти ризикам протидії з його боку нормальному (заданому законом) перебігу досудового розслідування та судового розгляду, вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити те, в якому він підозрюється, обвинувачується [4, с. 401].

Предметом діяльності слідчого судді при реалізації повноважень щодо застосування запобіжних заходів є юридичні факти як загальні та специфічні підстави обрання кожного окремого їх виду, а змістом – з'ясування даних юридичних фактів у судовому засіданні за клопотанням сторін, здебільшого сторони обвинувачення, шляхом розгляду наданих йому доказів та прийняття за його результатами рішення, в залежності від доведеності чи недоведеності сторонами в суді таких підстав (ст. 150 – 152, 160 – 164, 184, 193 – 196 та ін. КПК). А оскільки усі види запобіжних заходів більшою чи меншою мірою пов'язані із застосуванням процесуального примусу шляхом обмеження прав, інтересів та свобод особи, а то й обмеженням чи позбавленням свободи пересування (при домашньому арешті та триманні під вартою), то виконувана слідчим суддею функція в даному напрямі є за своєю суттю функцією застосування заходів забезпечення кримінального провадження (за винятком виклику (ст. 133 КПК), тимчасового вилучення майна (ст. 167, 168 КПК) і затримання (ст.ст. 207 – 213 КПК). Дана функція українського слідчого судді аналогічна функції французького судді із свобод та ув'язнення в частині вирішення ним питань про взяття особи під варту та продовження строків тримання під вартою, і німецького дільничного судді в частині підтвердження ним попереднього арешту. Та й за характером вона майже не відрізняється від вирішення питань щодо застосування заходів забезпечення кримінального провадження під час судового провадження у першій інстанції (ч. 3 ст. 315, ст. 331 КПК) як складових функції правосуддя. Але застосування даних заходів на досудовому розслідуванні слідчим суддею – органом судової влади, незалежним від сторін, а тому неупередженим, є в той же час процесуальною гарантією забезпечення і правосуддя, і вагомою процесуальною гарантією дотримання прав, свобод і інтересів особи при їх застосуванні.

Схожою до даної функції слідчого судді є його функція у сфері міжнародного співробітництва під час кримінального провадження в частині повноважень щодо застосування тимчасового арешту (ст. 583 КПК), екстрадиційного арешту (ст. 38 КПК) та застосування з цією ж метою запобіжного заходу, не пов'язаного із триманням під вартою (ст. 385 КПК). Тут мають місце лише специфічні відмінності у предметі та порядку вирішення питань про застосування даних запобіжних заходів.

Наступною функцією слідчого судді є функція розгляду та вирішення питань щодо дачі дозволу на проведення слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій (ст. 234, 237 та ін КПК), метою яких є отримання (збирання) доказів або перевірка вже отриманих доказів у кримінальному провадженні (ч. 1 ст. 223 КПК). Виконання слідчим суддею даної функції зводиться до з'ясування шляхом судового розгляду клопотання слідчого, погодженого з прокурором, прокурора на підставі доданих до нього матеріалів обґрунтованості клопотання про проведення тієї чи іншої слідчої (розшукової) дії (ст. 235, ч. 5 ст. 240 КПК) та ін. В даному випадку, якщо під контролем розуміти, і розуміти правильно, перевірку уже виконаної роботи (у нашому випадку уже проведеної слідчої (розшукової) дії), як це має місце щодо поточного контролю за проведенням дозволеної слідчої дії та її результатом з боку судді зі слідства в Нідерландах, слідчий суддя в кримінальному процесі України контролює лише обґрунтованість клопотання про проведення слідчої (розшукової) дії, іншими словами – якби «санкціонує» її проведення, бо про судовий контроль з його боку за дотримання прав, свобод та інтересів особи в даних процесуальних ситуаціях в законі не йдеться (ст. 235 КПК). Закон тут, зокрема щодо обшуку житла чи іншого володіння особи, лише приписує: «Слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про обшук, якщо прокурор, слідчий не доведе наявності підстав вважати, що: 1) було вчинено кримінальне правопорушення; 2) відшукувані речі і документи мають значення для досудового розслідування; 3) відомості, які містяться у відшукуваних речах і документах, можуть бути доказами під час судового розгляду; 4) відшукувані речі, документи або особи знаходяться у зазначеному житлі чи іншому володінні особи» (ч. 5 ст. 234 КПК).

Реалізація повноважень слідчого судді апеляційного суду із розгляду та вирішення питань про дачу дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій є окремою судовою про-

цесуальною функцією на досудовому розслідуванні ось чому. По-перше, тут інший суб'єкт її виконання. По-друге, предметом розгляду даного слідчого судді, на відміну від предмета розгляду слідчого судді місцевого суду, є «голе» клопотання про дачу дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, бо окрім витягу з Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження, в рамках якого клопотання подано, матеріали на його обґрунтування, не додаються, а слідчий суддя постановляє ухвалу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, якщо прокурор, слідчий, словесно звісно, «доведе наявність достатніх підстав вважати, що: 1) вчинений злочин відповідної тяжкості і 2) під час проведення негласної слідчої (розшукової) дії можуть бути отримані докази, які самостійно або в сукупності з іншими доказами можуть мати суттєве значення для з'ясування обставин злочину або встановлення осіб, які вчинили злочин» (ч. 3 ст. 248 КПК). Отже, юридичним фактом, що є предметом розгляду слідчим суддею апеляційного суду є практично факт майбутнього. Звідси, по-третє, мета, яка має досягатися завдяки його рішенням, оснований виключно на вірі в законності та обґрунтованості клопотання. Тому виконання даної негласної функції з контролю за законністю і обґрунтованістю клопотань щодо проведення негласних же слідчих (розшукових) дій, які за своєю суттю є негласними оперативно-розшуковими діями, як вона сьогодні виписана в законі, є досить проблематичним. А за попереднім КПК, до речі, подання слідчого, погоджене з прокурором, як аналог теперішнього клопотання про проведення негласних слідчих (розшукових) дій (правда, тоді у незрівнянно меншому обсязі), розглядалося головою апеляційного суду чи його заступником на підставі вивчення «матеріалів справи» (ч. 4 ст. 187 КПК 1960 р.), тобто предметно, хоча й тоді мали місце проблеми з обґрунтуванням подання [5, с. 405-453].

Діяльність слідчого судді з розгляду та вирішення скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого, прокурора (ст. 303 КПК) за своєю суттю є судово-арбітральною функцією в прямому розумінні цього слова, оскільки тут він виступає як арбітр у процесуальній суперечці сторін, інших учасників досудового розслідування із стороною обвинувачення. Тут слідчий суддя, в залежності від предмета скарги, яким є факти і обставини, пов'язані з правом доступу до правосуддя, збирання стороною захисту, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється кримінальне провадження доказів тощо, основуючись на встановленому в ході судового засідання, задовольняє скаргу, чим поновлює порушені права скажника-учасника досудового провадження, або, у разі необґрунтованості, відмовляє у її задоволенні. Тобто, при виконанні даної функції слідчий суддя виступає в ролі третього, в ролі суду в процесуальній суперечці сторін на стадії досудового розслідування.

При виконанні повноважень щодо допиту свідка, потерпілого під час досудового розслідування (ст.ст. 225, 232 КПК) та дорученні за клопотанням сторони захисту проведення експертизи (ст. 244 КПК) слідчий суддя виконує слідчу функцію, тобто, виступає як суддя-слідчий, оскільки її виконанням є збирання доказів, в другому із наведених випадків у формі прояву *favor defensionis* стороні захисту як «слабшій» стороні в плані доказових можливостей сторін.

Реалізація слідчим суддею повноважень, пов'язаних із встановленням процесуальних строків (ст.ст. 114, 117, 290 КПК), із розглядом та вирішенням питань про відводи (ч. 2 ст. 81 КПК), стосовно долі речових доказів (ч.ч. 6, 7 ст. 100 КПК), щодо вирішення питання про використання отриманої в результаті проведення негласної слідчої (розшукової) дії інформації в іншому кримінальному провадженні (ч. 1 ст. 257 КПК) – суть окремі однойменні процесуальні функції слідчого судді, оскільки усі вони спрямовані на специфічний, чітко виокремлений в законі предмет та досягнення адекватних даному предмету цілей.

Що ж стосується реалізації ним повноважень, які впливають із загальних обов'язків, покладених на нього приписами ст. 206 КПК, то, оскільки їх реалізація спрямована на поновлення свобод незаконно ув'язнених осіб та при перебуванні особи під вартою, на захист інших, передбачених у нормах цієї статті КПК прав та інтересів даних осіб, діяльність слідчого судді в цьому напрямі слід віднести, очевидно, до функції судового контролю у прямому значенні

цього словосполучення. Хоча висловлена й інша позиція, а саме, що дані повноваження слідчого судді як наглядові, характерні для органів прокуратури (п. 4 ст. 121 Конституції України), вони суперечать правовій природі судової влади [6, с. 12].

Так чи інакше, діяльність слідчого судді у кримінальному провадженні України багатофункціональна. А тому вона, із-за її новизни і актуальності, потребує досконалого наукового дослідження в усіх її теоретичних, правових та прикладних аспектах.

Список використаних джерел:

1. Ларин А. М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции. – М.: Юрид. лит., 1986.
2. Попелюшко В. О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми: Монографія, 2-ге видання, змінене і доповнене. – Острог: Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2010.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т., Т. I / О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін.; за заг ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х.: Право, 2012.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за загальною редакцією професорів в. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. – К.: Юстиніан. – 2013.
5. Шило О. Г. Теоретико-прикладні основи реалізації конституційного права людини і громадянина на судовий захист у досудовому провадженні в кримінальному процесі України / О. Г. Шило. – Х.: Право, 2011.
6. Сергій Штогун, Сергій Банах. Особливості повноважень слідчого судді щодо захисту прав людини // Юридичний вісник України. – №32(945) – 10-16 серпня 2013 року.

Сиза Н. П.,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДОСЛІДЖЕННЯ ДОКАЗІВ СУДОМ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Для ухвалення законного, обґрунтованого і справедливого судового рішення необхідне об'єктивне з'ясування обставин і підтвердження їх доказами, дослідженими під час судового розгляду, з додержанням конституційних засад верховенства права, законності, рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом, змагальності сторін та свободи в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості та, згідно з встановленими статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, положеннями права на справедливий суд.

Прийняття Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року (далі – КПК) зумовило необхідність проведення наукового аналізу та оцінки нової процесуальної форми діяльності суду і зокрема дослідження доказів у судовому розгляді.

Аналіз чинного кримінального процесуального законодавства свідчить, що суд є суб'єктом доказування, який має повноваження щодо отримання доказів та їх використання для обґрунтування процесуальних рішень.

У ч. 2 ст. 91 чинного КПК передбачено традиційну тріаду елементів доказування: збирання, перевірку та оцінку доказів. При цьому зміст збирання доказів (ст. 93 КПК) та оцінки доказів (ст. 94 КПК) законодавчо закріплені, а зміст такого елементу як перевірка доказів у КПК не визначений.

Стаття 93 КПК покладає повноваження щодо збирання доказів лише на сторони обвинувачення і захисту, не зазначаючи про суд. Однак, згідно з ч. 4 ст. 95 КПК, за загальним правилом, суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання. Отже, у процесуальному сенсі показання обвинуваченого, свідків, потерпілих, експертів – це докази, які формуються в суді. При цьому слід зауважити, що процесуальна форма надання таких показань у суді не передбачає письмового фіксування, що може ускладнювати їх використання для обґрунтування судових рішень.

Чинний КПК містить норми про отримання доказів у судовому розгляді як за клопотаннями учасників (або сторін) судового провадження, так і з ініціативи самого суду. Зокрема, за клопотаннями учасників судового провадження, суд здійснює судові виклики певних осіб для допиту та витребування певних речей чи документів (п. 4 ч. 2 ст. 315 КПК), за клопотанням сторін кримінального провадження приймає рішення про надання доступу до речей і документів (ч. 2 ст. 333 КПК) та доручає органу досудового розслідування провести певні слідчі (розшукові) дії (ч. 3 ст. 333 КПК).

Суд має право своєю ухвалою доручити проведення експертизи за клопотанням сторін кримінального провадження або потерпілого (ч. 1 ст. 332 КПК), а також, у визначених законом випадках, – незалежно від наявності клопотання (ч. 2 ст. 332 КПК). Як за клопотанням зазначених осіб, так і з власної ініціативи суд має право викликати експерта для допиту (ч. 1 ст. 356 КПК). Оголошення документів у судовому засіданні відбувається за ініціативою суду або за клопотанням учасників судового провадження (ч. 1 ст. 358 КПК). Суд може визнати за необхідне оглянути певне місце (ч. 1 ст. 361 КПК). Але щодо пред'явлення для впізнання (ст. 355 КПК), дослідження речових доказів (ст. 357 КПК), дослідження звуко– і відеозаписів (ст. 359 КПК) у законі відсутня вказівка про те, за чиєю ініціативою провадяться зазначені дії. Оскільки-

ки суд має діяти згідно з визначеними законом повноваженнями, то за відсутності в законі відповідної вказівки про наявність його ініціативи, ці питання він має вирішувати за клопотанням учасників (сторін) судового провадження.

Такий елемент доказування як перевірка доказів не має законодавчого визначення у КПК. Проте вона, без сумніву, присутня у доказовій діяльності суду при здійсненні процесуальних дій по дослідженню доказів, які визначені чинним КПК у стадії судового розгляду і мають перевірочний характер.

Позиція законодавця найбільш чітко визначена щодо здійснення судом оцінки доказів. Так, згідно з статтею 94 КПК, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінює кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення.

Законом віднесено до повноважень суду визначення обсягу доказів, що підлягають дослідженню, та порядку їх дослідження в ухвалі суду, які в разі необхідності можуть бути змінені в ході судового розгляду (ст. 349 КПК). Вирішення цих питань передбачає необхідність з'ясування судом думки учасників судового провадження. У ч. 1 ст. 349 КПК закріплена норма щодо дослідження в першу чергу доказів зі сторони обвинувачення, а в другу – зі сторони захисту. Отже, законом встановлено, що суд повинен визначати порядок дослідження доказів у такій послідовності, яка передбачає забезпечення змагальності судового розгляду. Проте, за категоричного розподілу на докази зі сторони обвинувачення та зі сторони захисту, такі учасники судового провадження як потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач не зможуть реалізувати своє право подавати докази суду (п. 3 ч. 1 ст. 56, ч. 3 ст. 61, ч. 3 ст. 62 КПК), оскільки вони не належать до сторін кримінального провадження. Для збалансування необхідності чіткої побудови судового розгляду за змагальною конструкцією та забезпеченням прав учасників кримінального провадження слід віднести потерпілого і цивільного позивача до сторони обвинувачення, а цивільного відповідача – до сторони захисту (як це було передбачено КПК 1960 року).

Доказування у суді має здійснюватися у межах судового розгляду, тобто лише стосовно особи, якій висунуте обвинувачення, і лише в межах висунутого обвинувачення (ч. 1 ст. 337 КПК). Відповідно до цього у судовому розгляді підлягають доказуванню обставини, визначені у ч. 1 ст. 91 КПК. Існування чи відсутність цих обставин суд повинен з'ясувати у судовому розгляді для вирішення обвинувачення по суті або ж постановлення ухвали про закриття кримінального провадження.

Проте у ч. 3 ст. 349 КПК передбачена норма, яка надає суду право, якщо проти цього не заперечують учасники судового провадження, визнати недоцільним дослідження доказів щодо тих обставин, які ніким не оспорується. При цьому суд з'ясовує, чи правильно розуміють зазначені особи зміст цих обставин, чи немає сумнівів у добровільності їх позиції, а також роз'яснює їм, що у такому випадку вони будуть позбавлені права оскаржити ці обставини в апеляційному порядку.

Зміст правової позиції сторони обвинувачення відображений у обвинувальному акті, який оголошується прокурором перед дослідженням доказів. Для забезпечення рівності прав сторін і змагальності судового процесу та відповідного спрямування дослідження доказів потрібно надати можливість також і стороні захисту коротко викласти зміст власної правової позиції перед вирішенням судом питання про обсяг та порядок дослідження доказів.

При дослідженні доказів суд має оцінювати їх належність і допустимість. Належність доказів визначається їх зв'язком із обставинами, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні і становлять предмет доказування, їх придатністю прямо чи непрямо підтвердити існування чи відсутність цих, а також інших обставин, які мають значення для криміналь-

ного провадження, а також достовірність чи недостовірність, можливість чи неможливість використання інших доказів (ст. 85 КПК). Оцінка належності доказів можлива, як правило, після з'ясування їх змісту. Проте і у ході проведення допиту свідка чи потерпілого сторонами кримінального провадження головуючий за протестом сторони має право зняти питання, що не стосуються суті кримінального провадження (ч. 8 ст. 352 КПК), і, відповідно, не дадуть можливості одержати належні докази.

Відомо, що оцінка допустимості доказу передбачає з'ясування питання про додержання встановленого КПК порядку його отримання, тобто процесуальної форми. Отже, суд зобов'язаний оцінювати докази щодо їх допустимості, враховуючи наявність визначених КПК підстав визнання доказів недопустимими (ст. 87, 88) та додержання інших норм закону, що встановлюють процесуальний порядок отримання доказів.

Згідно з нормами КПК, під час судового розгляду у разі встановлення очевидної недопустимості доказу за клопотанням сторони кримінального провадження або потерпілого суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате (ч. 2, 3 ст. 98 КПК).

При проведенні процесуальних дій по дослідженню доказів, суд має повноваження, що призначені для забезпечення дотримання їх процесуальної форми, визначеної статтями 351-361 КПК, а також права суб'єкта доказування (ставити запитання під час допиту обвинуваченому, свідку, потерпілому, експерту; оглядати речові докази; досліджувати документи, зокрема звуко- і відеозаписи; проводити огляд на місці).

Таким чином, при дослідженні доказів у кримінальному провадженні суд має повноваження щодо: 1) отримання доказів за клопотаннями учасників судового провадження та з власної ініціативи; 2) визначення обсягу доказів, що підлягають дослідженню, та порядку їх дослідження; 3) вирішення клопотань сторін кримінального провадження та потерпілого про визнання доказів недопустимими; 4) виконання процесуальних дій по здійсненню дослідження доказів у суді.

Сергєєва Д. Б.,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, доцент кафедри правосуддя (Київський національний університет імені Тараса Шевченка)

СУТНІСНЕ ПРИЗНАЧЕННЯ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Результати аналізу процесуальної літератури, присвяченої поняттю та сутності доказів переконливо свідчать про те, що науковці переважно досліджують внутрішню структуру доказу, яка за нашим переконанням, складається із єдності трьох елементів: фактичних даних, їх процесуальних джерел та процесуальної форми; доцільність його нормативно-правового визначення; критерії оцінки доказів тощо. Водночас сутнісне призначення доказів у кримінальному судочинстві не рідко залишається поза сферою досліджень у процесуальній теорії. З цього приводу окремі процесуалісти слушно зазначають, що необхідно аналізувати гносеологічні характеристики і процесуальну природу доказів, щоб вони виконували своє процесуальне призначення і слугували засобами встановлення наявності чи відсутності обставин, що підлягають доказуванню (Костенко Р. В.).

Дійсно, розуміння сутнісного призначення доказів як засобів встановлення наявності або відсутності обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, а також інших обставин, що мають значення для кримінального провадження є найбільш поширеним у процесуальній літературі.

Так, доказами визнаються засоби встановлення обставин, що мають значення для правильного розгляду кримінального провадження, визначаються як «засоби доказування» шуканих у справі фактів. Докази як засоби доказування – це джерела, звідки слідчі органи та суд одержують відомості про доказівні факти (В. П. Гмирко).

Така позиція сприйнята вітчизняним законодавцем, який у ч. 1 ст. 84 КПК України зазначив, що на підставі доказів у кримінальному провадженні слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню.

Проте сутнісне призначення доказів у кримінальному процесі може розглядатися ширше. Слугуючи засобами встановлення наявності чи відсутності фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню, вони також є засобами, якими оперує слідчий, прокурор, суд в процесі досудового розслідування та судового розгляду.

Такий висновок є можливим, якщо виходити із розуміння процесу доказування як діяльності, спрямованої на отримання доказів та обґрунтування ними певних процесуальних рішень, що відповідно складається з двох етапів:

1) отримання доказів (пошук і виявлення (вилучення) фактичних даних та їх джерел; перевірка, оцінка фактичних даних і їх джерел, їх процесуальне оформлення (закріплення)),

2) обґрунтування ними рішень у кримінальному провадженні.

Оскільки, на наш погляд, основним завданням кримінального процесу є не встановлення обставин, що мають значення та підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, а прийняття у цьому провадженні законного та обґрунтованого рішення, то й головним призначенням доказів є слугувати підставою для прийняття такого рішення.

Так, наприклад, судові рішення, у якому суд вирішує обвинувачення по суті, що викладається у формі вироку (ч. 1 ст. 369 КПК України) повинно бути обґрунтованим, тобто повинно бути ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені *доказами*

(виділено – нами), дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом (ч. 3 ст. 370 КПК України).

Обвинувальний акт, звернення до суду з яким є однією із форм закінчення досудового розслідування (п. 3 ч. 2 ст. 283 КПК України) безумовно повинен бути обґрунтований доказами, хоча законодавець прямо на це не вказує, зазначаючи у п. 5 ч. 2 ст. 291 КПК України, що цей процесуальний документ повинен містити виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, які прокурор вважає встановленими.

Докази можуть бути підставами для проведення слідчих (розшукових) дій, у тому числі й негласних, якщо фактичні дані, що є змістом цих доказів, вказують на можливість досягнення їх мети (ч. 2 ст. 223, п. 9 ч. 2 ст. 248 КПК України), а бути підставою для прийняття слідчим рішення (лягти в обґрунтування клопотання) про застосування запобіжних заходів, інших заходів забезпечення кримінального провадження, а також проведення інших процесуальних дій.

Отже, на наш погляд, сутнісне призначення доказів у кримінальному провадженні полягає у тому, що вони, встановлюючи наявність або відсутність обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, а також інших обставин, що мають значення для кримінального провадження, є підставою для прийняття відповідних рішень у кримінальному провадженні. На наш погляд, в основі визначення сутності кримінально-процесуальних доказів повинна лежати саме концепція реалізації, досягнення вказаною категорією свого процесуального призначення – слугувати підставою для прийняття рішень у кримінальному процесі.

Сисоєнко Г. І.,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики Академії адвокатури України

ПРОЦЕСУАЛЬНІ СТРОКИ

Визначаючи предмет доказування у кримінальному провадженні, в переліку обставин які характеризують подію кримінального правопорушення законодавець вказав час його вчинення, чітко встановлення якого є обов'язковою складовою обставин, які підлягають доказуванню при розслідуванні будь-якого злочину.

Часовим характеристикам приділяється значна увага у кримінальному провадженні. У чинному КПК України, вказівка на те, під час якої стадії відбувається процесуальна діяльність, а також необхідність врахування фактору часу при цьому, має місце у 366 нормах, а сам термін «строк» вживається більше 350 разів.

Під час кримінального провадження реалізація прав і обов'язків його учасниками відбувається у відповідному часовому проміжку. Законодавець встановив засоби захисту законних прав і інтересів особи від вчиненого стосовно неї злочину. Серед переліку цих засобів є можливість відкрити кримінальне провадження і проведення досудового розслідування, яке повинно бути здійснено у розумні строки без невинуватого затримки.

В той же час кожна людина, стосовно якої є підозра у вчиненні кримінального правопорушення повинна бути забезпечена можливістю мати достатньо часу для підготовки свого захисту.

Потреба рухатись, змінюватись в контексті вимог Європейських стандартів стосовно визначення процесуальних строків та їх дотримання у кримінальному процесі стала підставою внесення в перелік загальних засад кримінального провадження такого принципу як розумні строки, чого не знало старе законодавство [1, ст. 5]. Загалом йдеться про необхідність дотримання встановлених стандартів більшістю держав, відповідно до положень, що містяться в міжнародно-правових документах стосовно здійснення кримінального судочинства, і зокрема реалізації права кожного громадянина на справедливий розгляд та вирішення справи у розумні строки незалежним і неупередженим судом.

Тому під час кримінального провадження кожна процесуальна дія або процесуальне рішення повинні бути виконані або прийняті в розумні процесуальні строки. Розумними вважаються ті процесуальні строки, що є об'єктивно необхідними для виконання процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень. Розумні процесуальні строки не можуть перевищувати передбачені у кримінальному процесуальному кодексі строки виконання окремих процесуальних дій або прийняття окремих процесуальних рішень тощо.

Обов'язок забезпечити проведення досудового розслідування у розумні строки покладено на слідчого, прокурора, слідчого суддю, а судового провадження – на суд. Для визначення розумності строків, вперше в кримінальному процесуальному законодавстві, в КПК України 2012 року, були встановлені відповідні критерії. В законі їх вказано три. Перший критерій – складність кримінального провадження. Під час досудового розслідування і судового розгляду складність кримінального провадження повинна визначатися з урахуванням кількості підозрюваних і обвинувачених, які проходять в провадженні і притягнуті до кримінальної відповідальності. Одночасно необхідно враховувати кількість кримінальних правопорушень за які вони притягуються до відповідальності. Слідча практика свідчить, що проведення досудового слідства стосовно групи підозрюваних, які скоїли значну кількість кримінальних правопорушень, у порівнянні з такою кількістю окремих справ, де одна особа притягується

до відповідальності за вчинення одного кримінального правопорушення, завжди викликали труднощі, що було пов'язано з потребою проводити значну кількість слідчих (розшукових) дій, необхідність продовжувати строки розслідування, коли об'єктивно слідчий не може фізично, з дотримання всіх процесуальних норм, вкластись у відведені законом строки слідства. Тому необхідно вважати обґрунтованим віднесення до обставин, які визначають складність кримінального провадження – обсяг та специфіку процесуальних дій, необхідних для здійснення досудового розслідування.

Поведінку учасників кримінального провадження віднесено до наступного критерію визначення розумності строків. Виконання завдань кримінального провадження пов'язано з необхідністю забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування. Тому встановлення під час розслідування психологічного контакту з боку слідчого з учасниками кримінального провадження значною мірою впливає на виконання передбачених завдань. Нехтування цим призводить до затягування строків розслідування, навмисного ухилення окремих учасників процесу від участі в ньому, необхідності вживати додаткові заходи забезпечення кримінального провадження і приймати викликані цим процесуальні рішення. Передбачивши подібну ситуацію законодавець встановив, що у разі зволікання, наприклад, при ознайомленні з матеріалами, до яких надано доступ, слідчий суддя за клопотанням сторони кримінального провадження з урахуванням обсягу, складності матеріалів та умов доступу до них зобов'язаний встановити строк для ознайомлення з матеріалами. При цьому законодавець не надав жодного критерію оцінювання часу необхідного для ознайомлення з матеріалами провадження. Як, в такому випадку необхідно враховувати найтяжчу ситуацію з огляду на необхідну кількість часу для максимальної кількості дій з такими. Адже лише копіювання чи фотографування матеріалів провадження не являється критерієм ознайомлення з такими. Ознайомленим особа вважається лише тоді, коли вона об'єктивно могла прочитати такі матеріали. Після спливу встановленого строку, згідно закону, сторона кримінального провадження або потерпілий вважаються такими, що реалізували своє право на доступ до матеріалів.

Останнім серед критеріїв в законі вказано на таких учасників кримінального провадження як слідчий, прокурор і суд, а точніше – на спосіб здійснення слідчим, прокурором і судом своїх повноважень. Спосіб здійснення своїх повноважень пов'язаний з багатьма чинниками, які витікають із їх фахової підготовки, досвіду роботи, умов роботи, методичного та консультативного забезпечення, періодичного проходження перепідготовки. Непоодинокі випадки, які призводять до затримки розгляду кримінальних проваджень, пов'язані з тим, що тривалий час судді не призначають справи до розгляду, має місце неналежна організація судових процесів, відсутня узгодженість дій судді із захисником і прокурором, тривалі, нічим не обґрунтовані, перерви у розгляді справ. Подібні порушення є характерними і для органів досудового розслідування. Все це суттєво впливає на дотримання розумних строків і в кінцевому результаті на виконання завдань кримінального провадження. У деяких випадках, пов'язаних із затягуванням строків досудового розслідування, несвоєчасним призначенням справи до розгляду, невинуватим затримки у підготовці судового рішення чи журналу судового засідання, якщо це призвело до порушення права особи на судочинство у розумні строки, особа може звернутись із заявою до суду про компенсацію затрат, яка повинна бути задоволена.

Таким чином, критеріями для визначення розумності строків кримінального провадження є:

1. Складність кримінального провадження (яка визначається з урахуванням:
 - а) кількості підозрюваних, обвинувачених, які проходять по справі;
 - б) кількості кримінальних правопорушень, щодо яких здійснюється провадження;
 - в) обсягу та специфіки процесуальних дій, необхідних для здійснення досудового розслідування тощо).
2. Поведінка учасників кримінального провадження.
3. Спосіб здійснення слідчим, прокурором і судом своїх повноважень.

Також до критеріїв визначення розумності строків необхідно було б віднести перебування підозрюваного, обвинуваченого під час досудового розслідування і судового розгляду під вартою, а також притягнення до кримінальної відповідальності неповнолітньої особи, оскільки кримінальні провадження стосовно таких осіб, згідно закону, повинні бути розглянуті невідкладно і в першу чергу. При цьому необхідно розуміти, що якнайскоріший розгляд судом обвинувачення не може мати ніяких переваг перед правом особи на захист і належного здійснення такого стороною захисту.

Одночасно необхідно з'ясувати який саме строк під час досудового розслідування і судового розгляду необхідно рахувати для розуміння того, порушили державні органи, які ведуть процес, розумні строки чи ні. Важливим у цьому питанні є момент початку відліку розумного строку, який повинен відраховуватись з моменту повідомлення особі про підозру, коли особа набуває статус підозрюваного у кримінальному провадженні.

Загальний строк судового розгляду кримінального провадження в законі не визначено, встановлена лише одна вимога – судовий розгляд має бути проведений і завершений протягом розумного строку. В даному випадку мається на увазі не тільки судовий розгляд справи в суді першої інстанції, а також апеляційне і касаційне провадження, а у разі потреби і інші форми провадження з перегляду судових рішень, весь період судового провадження по справі. Оскільки розумний строк є оціночним поняттям, тому під час досудового слідства і судового розгляду необхідно визначатися у кожному конкретному випадку з огляду на сукупність всіх обставин вчинення злочину, розслідування і розгляду справи. З врахуванням цих обставин строк досудового слідства і судового розгляду не повинен перевищувати меж необхідності. Тобто для визначення періоду часу, який необхідно визначати як розумний строк або навпаки, необхідно брати весь час з моменту набуття особою статусу підозрюваного і до вступу вироку у законну силу, з урахуванням сукупності всіх обставин розслідування і судового розгляду, складності і обсягу справи, кількості підозрюваних, обвинувачених, потерпілих, необхідності проведення слідчих дій і експертиз, а також з врахуванням критеріїв визначення розумності строку.

Законом також встановлена можливість скорочення строків кримінального провадження не тільки на стадії досудового розслідування, а і в суді. Ініціатором такого скорочення може бути як потерпілий, так і підозрюваний, обвинувачений. Оскільки потерпілий зацікавлений в швидкому відновленні порушених прав, а підозрюваний, обвинувачений має право, щоб обвинувачення щодо нього в найкоротшій строк стало предметом судового розгляду. Таке право пов'язано з введенням, вперше у вітчизняній законотворчій практиці, можливості здійснення спрощеного провадження щодо кримінальних проступків та кримінального провадження на підставі угод (Гл.30, 35 КПК України).

Обчислення строків, встановлених у кримінальному процесі, здійснюється годинами, днями і місяцями. Строки можуть визначатись вказівкою на подію, коли, наприклад, це пов'язано з затриманням особи за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, застосування до особи відповідного заходу забезпечення кримінального провадження.

Коли обчислення строку передбачено годинами, то строк закінчується в останню хвилину останньої години. Мінімальний строк у годинах становить 1 годину, що пов'язано з вимогою закону стосовно допиту малолітньої або неповнолітньої особи, який не може продовжуватись понад одну годину, а загалом – понад дві години на день. Процесуальні строки врегульовані годинами мають наступну градацію – 1, 2, 3, 6, 8, 24, 36, 48, 60 і 72 години відповідно. Визначення процесуального строку у годинах пов'язано з необхідністю чіткого відліку від моменту, коли відбулась певна подія і її учасники набули певних прав і обов'язків, і до завершення цього проміжку часу, коли можлива реалізація встановлених законом повноважень може призвести до різних правових наслідків. Здебільшого визначення процесуального строку у годинах пов'язано з застосуванням до особи заходів забезпечення кримінального провадження. Так, строк затримання особи за підозрою у вчиненні злочину, без ухвали слідчого судді, суду, не може перевищувати 72 години з моменту затримання.

При обчисленні строку днями строк закінчується о двадцять четвертій годині останнього дня строку. Найменший процесуальний строк, який обчислюється днями відповідає одному робочому дню, а максимальний – 60 діб. Загалом передбачена наступна градація строків у днях – 1, 2, 3, 5, 7, 10, 14, 15, 20, 25, 30, 40 і 60 діб. Так, апеляційна скарга, що надійшла до суду апеляційної інстанції, повинна бути передана судді-доповідачу не пізніше наступного дня з моменту її отримання. Обчислення строків днями є більш характерним для стадії судового провадження, апеляційного і касаційного оскарження.

Обчислення строків місяцями пов'язано з необхідністю звертати увагу на відповідне число останнього дня місяця, оскільки в тому разі, якщо закінчення строку припадає на той місяць, який не має відповідного числа, то строк закінчується в останній день цього місяця. Мінімальний процесуальний строк врегульований місяцями відповідає одному місяцю, а максимальний – 18 місяцям. Застосовується наступний поділ строків у місяцях – 1, 2, 3, 4, 6, 12 і 18 місяців відповідно. В той же час, при обчисленні строків днями і місяцями не береться до уваги той день, від якого починається строк, за винятком строків тримання під вартою, проведення стаціонарної психіатричної експертизи, до яких зараховується неробочий час та які обчислюються з моменту фактичного затримання, взяття під варту чи поміщення до відповідного медичного закладу.

Якщо відповідну процесуальну дію належить вчинити в суді або органах досудового розслідування, то строк закінчується у встановлений час закінчення робочого дня в цих установах.

Незначна кількість строків кримінально-процесуальної діяльності врегульована роками, мінімальний термін 1 рік, максимальний – 5 років (в окремих нормах є посилання на 1 рік, 3 роки і 5 років). Так, новий розгляд умов передачі засуджених осіб і їх прийняття для відбування покарання можливий не раніш, ніж через три роки після відмови у передачі або відмови засудженої особи від передачі.

Стосовно окремих процесуальних строків законодавець не застосовує у їх обчисленні години, дні і місяці. Враховуючи важливість правовідносин які виникають на тій чи іншій стадії кримінального провадження він використовує терміни, які не завжди мають чітке часове визначення, але чітко вказують на необхідність і важливість їх дотримання [3, с.18]. Серед таких термінів-строків зроблено посилання на необхідність «негайно», «першочергово», «у найкоротший строк», «невідкладно», «якнайшвидше», «завчасно», «заздалегідь» виконати певні процесуальні дії або прийняти процесуальне рішення. Таких термінів-строків використовується більше десяти, наприклад, «негайне» проведення процесуальних дій і прийняття процесуальних рішень зустрічається більше як у 15 нормах кримінального процесуального кодексу, а «невідкладно» – близько 40. У більшості випадків вони мають відношення до стадії досудового розслідування. У ситуації, коли уповноважена службова особа, слідчий, прокурор, здійснили затримання особи, вони повинні «негайно» повідомити затриманого зрозумілою для нього мовою підстави затримання та у вчиненні якого злочину він підозрюється, а також «негайно» повідомити інших осіб про його затримання і місце перебування. Розпочавши досудове розслідування слідчий зобов'язаний «невідкладно» у письмовій формі повідомити про це прокурора. При оскарженні недотримання розумних строків, особа, яка подала скаргу, «невідкладно» письмово повідомляється про результати її розгляду. В окремих випадках термін-строк «невідкладно» має чітке часове визначення – 24 години. Так, слідчий, прокурор «невідкладно», але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язані внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та розпочати розслідування. Це є свідченням того, що у інших випадках, коли вживається термін-строк «невідкладно», без чітко зазначеного часового виміру, мається на увазі, що процесуальна дія або процесуальне рішення повинно бути здійснено в термін значно менший ніж 24 години, і будь-яка затримка з реалізації цього положення може

бути свідченням порушення вимог закону. Такі терміни-строки і чітко визначеними строками об'єднує те, що вони обмежують часом здійснення ті чи інші процесуальні дії, одночасно вказуючи на необхідність звернення особливої уваги на їх дотримання і виконання.

Крім того, що строки обчислюються годинами, днями і місяцями, вони можуть визначатися вказівкою на подію, яка відбулась у кримінальному провадженні, та надає можливість продовжувати процесуальну діяльність. Якщо така подія не відбулась, то неможливий подальший процесуальний рух. Тільки після закінчення підготовчих дій головуючий у судовому засіданні оголошує про початок судового розгляду. Так, строк затримання особи за підозрою у вчиненні злочину відраховується з моменту, коли вона силою або через підкоренню наказу змушена залишатися поряд з уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою. Клопотання про застосування або зміну запобіжного заходу розглядається слідчим суддею, судом невідкладно, але не пізніше сімдесяти двох годин з моменту фактичного затримання підозрюваного, обвинуваченого. Перед початком проведення освідування особи, яка підлягає освідуванню, пред'являється постанова прокурора. Після цього особі пропонується добровільно пройти освідування, а в разі її відмови освідування проводиться примусово. До таких подій, з моменту настання яких розпочинається відлік строку, можна віднести «момент звільнення», «до першого допиту», «перед початком процесуальної дії», «після виконання підготовчих дій», «з дня вручення йому копії судового рішення тощо.

Все вищевикладене дає нам підстави зробити висновок, що під процесуальними строками у кримінальному провадженні необхідно розуміти встановлені і врегульовані кримінальним процесуальним законом на основі Конституції України та міжнародно-правових документів або відповідно до них підзаконних нормативно-правовими актами, слідчим, прокурором, слідчим суддею або судом проміжок час, у межах якого учасники кримінального провадження зобов'язані (мають право) приймати процесуальні рішення, вчиняти процесуальні дії або утриматись від їх вчинення. В залежності від цього у відповідних учасників кримінального провадження з'являється право або обов'язок реалізувати свої повноваження в конкретній стадії судочинства та встановлені правові наслідки порушення встановлених процесуальних строків.

Вимога дотримання встановлених процесуальних строків стосується всіх учасників кримінального провадження. Тому і проблема порушення процесуальних строків існувала завжди, і в різні періоди вона була пов'язана з наявністю значного числа причин, які на це впливали. Це і фахова підготовка слідчих, прокурорів і суддів, умови їх праці, значний обсяг роботи тощо. На сьогодні реальними причинами недотримання розумних строків при розгляді справ у судах, поряд з таким критерієм як поведінка учасників кримінального провадження, є проблеми матеріального, технічного забезпечення, належної професійної підготовки суддів тощо [2, с. 197]. Навмисне порушення процесуальних строків чи несумлінність, які спричинили не своєчасний розгляд і тяганину при розгляді справ та істотно обмежили права і законні інтереси громадян, слід розглядати з урахуванням конкретних обставин як неналежне виконання професійних обов'язків. Але значною мірою на всю цю ситуацію, як і в старому законодавстві, впливає відсутність передбаченої в законі дієвої відповідальності за порушення процесуальних строків. Вирішити проблему порушення процесуальних строків можливо тільки при врахуванні усього комплексу існуючих проблем і поступовому їх усуненню.

Список використаних джерел:

1. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод // Офіційний вісник України. – 2006. – № 32 (23.08.2006). – Ст. 5.
2. Маляренко В. Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: монографія / В. Т. Маляренко. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 512 с.
3. Михайленко О. Р. Строки та інші часові параметри у кримінальному процесі: навчальний посібник / О. Р. Михайленко. – К., 2000. – 40 с.

Старенький О. С.,

лаборант кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС СУБ'ЄКТІВ ДОКАЗУВАННЯ

Відповідно до ч. 2 ст. 91 чинного Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження [4]. Виходячи з даного визначення, суб'єктом доказування може бути учасник кримінального провадження, що здійснює збирання, перевірку чи оцінку доказів кримінального провадження.

В доктрині кримінально-процесуального права питання щодо суб'єктів доказування та їх класифікації є досить дискусійним. Так, на думку Нора В. Т. суб'єктами доказування є органи і особи, які або зобов'язані здійснювати доказування (збирають, перевіряють, оцінюють докази) і є відповідальними за нього, або мають право на активну участь у процесі доказування, реалізуючи свої охоронювані законом інтереси [7, с. 86].

Так, Ф. Н. Фаткуллін вважає, що до суб'єктів доказування необхідно відносити осіб, уповноважених у встановленому законом порядку висловлювати свої думки (версії, висновки) про факти, що необхідно встановити, збирати чи подавати докази або їх джерела, самотійно брати участь в їх перевірці та оцінці, а також офіційно обґрунтовувати висновки у справі [9, с. 83].

О. Б. Муравін під суб'єктами доказування розуміє органи та осіб, які здійснюють доказування та є відповідальними за нього, мають право на активну і тривалу участь у процесі доказування для захисту своїх інтересів або інтересів, які вони представляють [1, с. 130].

П. С. Елькінд, під суб'єктами доказування визначає таких осіб і органи, на яких покладено обов'язок щодо збирання, перевірки й оцінки доказів та обґрунтування рішень, висновків, яких вони доходять у процесі кримінально-процесуального доказування, а також інших осіб, які беруть участь у такій діяльності [10, с. 223].

В. М. Тертишник називає суб'єктами доказування тих учасників кримінального процесу, на яких покладається обов'язок встановлення об'єктивної істини [8, с. 277].

П. А. Лупинська наголошує на тому, що класифікуючи суб'єктів доказування, слід урахувати шлях здобуття знань про обставини, які встановлюються, та мету доказування, і поділяє їх на групи: 1) суд, органи прокуратури, попереднього (досудового) розслідування; 2) усі інші учасники процесу [5, с. 24].

Л. Т. Ульянова та А. Р. Белкін теж поділяють суб'єктів доказування на групи: 1) державні органи та посадові особи, які зобов'язані збирати, перевіряти та оцінювати докази; 2) особи, які мають право брати участь у доказуванні певних обставин кримінальної справи [1, с. 24].

Н. П. Кузнецов поділяє суб'єктів доказування на дві групи: 1) державні органи та посадові особи, уповноважені порушувати кримінальні справи, здійснювати розслідування, розглядати та вирішувати ці справи по суті; 2) учасники кримінального процесу, які особисто зацікавлені у результаті справи. [3, с. 15].

Досить слушною є думка Ю.М. Грошевого про те, що для правильного визначення поняття і кола суб'єктів доказування необхідно виходити з того, у діях яких органів та осіб містяться елементи, з яких складається весь процес доказування у кримінальному процесі [2, с. 45].

Основним критерієм класифікації суб'єктів доказування є їх відмінність у повноваженнях. Для одних така діяльність є обов'язком, для інших – правом. Так, ч. 1 ст. 92 КПК України визначено вичерпний перелік осіб на яких покладається обов'язок доказування, зокрема – на

слідчого, прокурора, а в окремих випадках – на потерпілого [4]. Як бачимо для слідчого судді та суду здійснювати процес доказування є саме правом, а не обов'язком. Проте, ч. 4 ст. 94 КПК України зазначено, що суд та слідчий суддя здійснюють оцінку доказів на підставі внутрішнього переконання. Оцінка доказів є обов'язком як слідчого судді, так і самого суду, адже на підставі оцінки доказів, наданих сторонами кримінального провадження, приймається відповідне процесуальне рішення в кримінальному провадженні, що в свою чергу і є процесом доказування.

Чинний КПК України досить суттєво розширив процесуальний статус захисника в процесі доказування. Відповідно до ч. 3 ст. 93 КПК України сторона захисту здійснює збирання доказів [4]. Сторона захисту може впливати на формування доказової бази кримінального провадження шляхом ініціювання проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій. Разом з тим, чинний КПК не покладає на захисника обов'язку доказування, а наділяє його окремими правами. Доцільніше б було наділити захисника обов'язком доказування, адже захисник зобов'язаний використати всі засоби захисту з метою забезпечення прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого та з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого.

Список використаних джерел:

1. Белкин А. Р. Теория доказывания: Научно-методическое пособие. – М.: НОРМА, 1999. – 492 с.
2. Грошевий Ю. М. Докази і доказування у кримінальному процесі: [наук.-практ. посіб.] / Ю. М. Грошевий, С. М. Стахівський. – К.: КНТ, 2006. – 272 с.
3. Кокорев Л. Д. Уголовный процесс: доказательства и доказывание / Л. Д. Кокорев, Н.П. Кузнецов. – Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1995. – 272 с.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України Верховна Рада України; Кодекс України, Закон, Кодекс від 13.04.2012 № 4651-VI.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
5. Лупинская П. А. Доказывание в советском уголовном процессе / П. А. Лупинская. – М. : Юрид. лит., 1966. – 159 с.
6. Муравин А.Б. Уголовный процесс: Учебное пособие. – Х.: ООО «Одиссей», 2000. – 400 с.
7. Нор В. Т. Проблемы теории і практики судебных доказів. – Л.: Вищ. шк., 1978. – 134 с.
8. Тертишник В.М. Кримінально-процесуальне право України: Підручник. – 4-е вид., доп. і перероб. – К.: Видавництво А.С.К., 2003. – 1120 с.
9. Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. – Казань: Издательство Казанского университета, 1976. – 192 с.
10. Элькинд П. С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / П. С. Элькинд. – М. : Юрид. лит., 1969. – 340 с.

Стрельбіцька Л. Я.,

старший викладач кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТАТУСУ ЗАСУДЖЕНОГО У ПРОВАДЖЕННІ У ВЕРХОВНОМУ СУДІ УКРАЇНИ

Враховуючи загальнотеоретичний поділ статусів за ступенем визначеності на загальні, спеціальні та індивідуальні [1, с. 10], процесуальний статус засудженого у провадженнях з перегляду судових рішень є різновидом спеціального статусу засуджених осіб. [2, с. 49], Його сутність можна визначити як закріплену кримінально-процесуальним законодавством сукупність прав засудженого, яка разом з іншими елементами надає йому можливість ініціювати перегляд судового рішення у касаційному провадженні, провадженні у Верховному Суді України чи провадженні за нововиявленими обставинами, та доводити власну позицію суду відповідної інстанції, а також забезпечує його інтереси в разі такого перегляду з ініціативи інших учасників кримінального провадження.

Провадження у Верховному Суді України, порядок здійснення якого врегульовано главою 33 КПК України. Це порівняно новий процесуальний механізм у кримінальному судочинстві, який є певним чином специфічною, виключною формою перегляду судових рішень з метою формування єдності судової практики, а також забезпечення дотримання державою міжнародних зобов'язань внаслідок прийняття рішень судовими установами, юрисдикція яких визнана Україною (на сьогодні – Європейського суду з прав людини).

Законом визначено дві підстави для провадження у Верховному Суді України, і за наявності як однієї, так й іншої з них засуджений має право подати відповідну заяву.

Першою з підстав визначено неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм закону України про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно-небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Окремо слід звернути увагу на те, що наведена підстава для провадження у Верховному Суді України передбачає лише неоднакове застосування норм закону України про кримінальну відповідальність, тобто норм матеріального права.

Іншою підставою є встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом.

До спеціальних процесуальних прав засудженого, якими він володіє у провадженні у Верховному суді України належать права: на подання заяви про перегляд судового рішення Верховним Судом України; на участь у розгляді заяви; на отримання копій ухвали.

Право на подання заяви про перегляд судового рішення Верховним Судом України. У порівнянні з правом на касаційне оскарження воно має низку відмінностей, що свідчать про його специфічність, певну винятковість. Так, особа може реалізувати це право лише з моменту виникнення чи з'ясування однієї з указаних вище підстав, а це може мати місце далеко не в кожному кримінальному провадженні, і лише за виняткових обставин. За першою з підстав (неоднаковістю судової практики) такий момент пов'язується з фактичним отриманням особою рішень суду касаційної інстанції, зміст яких свідчить про неоднакове застосування одних і тих самих норм закону України про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно-небезпечних діянь. Щодо другої з указаних підстав – право на подачу заяви виникає не лише після встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, по-

рушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом, а з дня набрання чинності відповідним рішенням.

Статтею 449 КПК України визначено, що заява про перегляд судового рішення подається до Верховного Суду України через Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ [4].

Наступним у структурі прав засудженого є його право на участь у засіданні з перегляду Верховним Судом України, яке також відрізняється від права на участь у касаційному розгляді. Так, відповідно до частин 5, 6 ст. 453 КПК України, особа, яка подала заяву до Верховного Суду України, у разі її прибуття у судові засідання має право надати пояснення по суті заявлених вимог... Неприбуття учасників судового провадження, які належним чином повідомлені про дату, час і місце розгляду справи, для участі у судовому засіданні не перешкоджає судовому розгляду справи [4].

Отже, питання прибуття учасників покладається на їх власний розсуд. Норми про доставлення засудженого до суду у цьому провадженні КПК України не передбачає. З цього слідує, що закон фактично унеможливив участь засудженого, який перебуває в місцях позбавлення чи обмеження волі, у такому розгляді у разі його відповідного бажання.

Як вбачається з положень ст. 453 КПК України, засуджений, крім пояснень, може заявляти відводи, клопотання, тобто здійснювати активні цілеспрямовані дії з метою забезпечення власних інтересів. До того ж, як вказано в юридичній літературі, пояснення поряд з фактичними даними можуть включати також висловлювання про згоду чи незгоду з тими чи іншими твердженнями, міркування про значення для справи тих чи інших фактів, доказів і т.п. [3, с. 73].

У структурі прав засудженого під час провадження у Верховному Суді України також можна виділити право на отримання відповідного судового рішення. Важливість цього права обумовлена тим, що порядок розгляду справи Верховним Судом України не передбачає оголошення ухвали в судовому засіданні. Таким чином, зміст прийнятого рішення доводиться до відома учасників судового провадження лише шляхом подальшого інформування. Так, ст. 457 КПК України передбачає: ухвала Верховного Суду України повинна бути виготовлена та направлена учасникам судового провадження не пізніше п'яти днів з дня закінчення розгляду справи [4].

Елементом кримінально-процесуального статусу засудженого під час провадження у Верховному Суді України є гарантія непогіршення його становища. При цьому у вказаному провадженні вона має свої особливості. Так, частиною 3 ст. 447 КПК України визначено, що перегляд виправдувального вироку, ухвали про закриття справи або інших судових рішень з метою погіршення становища засудженого з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 Кодексу, допускається лише протягом установлених законом строків давності притягнення до кримінальної відповідальності, але не пізніше одного року з дня постановлення такого судового рішення. Згідно з ч. 2 ст. 445 КПК України, перегляд судових рішень з підстави, передбаченої п. 2 ч. 1 цієї статті, з метою застосувати закон про більш тяжке кримінальне правопорушення або збільшити обсяг обвинувачення чи з інших підстав погіршити становище засудженого, а також виправдувального вироку, ухвали чи постанови про закриття справи не допускається.

Отже, у провадженні Верховним Судом України засуджений володіє дещо меншим обсягом процесуальних прав порівняно із касаційним провадженням, та не несе спеціальних обов'язків. Винятковість підстав для ініціювання цього виду провадження свідчить про те, що коло процесуальних прав необхідно розширити шляхом надання йому права подавати клопотання про його обов'язкову участь у розгляді та кореспондуючого обов'язку суду забезпечити таку участь. Крім того, потребують удосконалення і деякі інші положення КПК України, що регулюють відповідне провадження.

Список використаних джерел:

1. Окунев І. С. Загально-теоретичні засади правового статусу суб'єкта права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / І. С. Окунев. – К., 2009. – 22 с.
2. Бородовська Н. О. Засуджений: проблеми забезпечення його статусу : моногр. / Н. О. Бородовська. – Івано-Франківськ: Видавництво «Нова зоря», 2008. – 145 с.
3. Ларин А. М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции / А. М. Ларин. – М.: Юридическая литература, 1986. – 160 с.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1001-05>.

Сухорада І. О.,

здобувач кафедри оперативно-розшукової діяльності Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка

ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ БАНКІВСЬКОГО КРЕДИТУВАННЯ: ПОНЯТТЯ ТА СТРУКТУРНІ ЕЛЕМЕНТИ

У період трансформаційних перетворень економіки України банківський кредит відіграє одну з найважливіших ролей в стимулюванні відтворювальних процесів у економіці держави. Разом з тим банківське кредитування є також і об'єктом злочинних посягань.

Злочинність у сфері банківського кредитування характеризується високим інтелектуальним та фаховим рівнем шахрайських дій відносно кредитних ресурсів українських банків. Тому у виявленні та документуванні таких злочинів важлива роль відводиться оперативно-розшуковій діяльності (далі ОРД).

Аналіз матеріалів кримінальних проваджень та оперативно-розшукових справ злочинів у сфері банківського кредитування свідчить про те, що оперативні працівники не мають чіткого явлення про оперативно-розшукову характеристику цих злочинів, а також про предмет їх доказування.

Оперативно-розшукова характеристика злочинів у сфері банківського кредитування – це система відомостей про оперативно значимі ознаки злочинів даного виду, що забезпечує уявлення про їх типові риси та особливості як об'єктів пошуку і фіксації при здійсненні ОРД, пошукові ознаки елементів складу злочинів у сфері банківського кредитування, типові джерела отримання інформації про ці злочини, особливості фіксації фактичних даних про них, а також як інформаційну основу, що сприяє вибору найбільш ефективних сил, методів і засобів ОРД для здійснення пошуку і фіксації фактичних даних про злочини у сфері банківського кредитування та розробленню науково-обґрунтованих рекомендацій з пошуку й фіксації фактичних даних про ці злочини.

Оперативно-розшукову характеристику злочинів у сфері банківського кредитування можна розглядати і як процес пізнання оперативно значимих ознак злочинів та фіксації його результатів, і як сукупність методів (прийомів) аналітичного пошуку з виявлення та визначення ще невідомих відомостей про оперативно значимі ознаки злочинів у сфері банківського кредитування на основі наявних відомостей про них.

До елементів оперативно-розшукової характеристики злочинів, обумовлених специфікою завдань та особливостями здійснення ОРД, (М. А. Погорецький, В. П. Шеломенцев) відносять відомості про: ознаки злочинів з позиції вирішення завдань ОРД як об'єктів пошуку і фіксації з використанням сил, методів і засобів ОРД; пошукові ознаки елементів складу злочинів; типові джерела отримання інформації про злочини; особливості фіксації фактичних даних про ці злочини за допомогою сил, методів і засобів ОРД.

До елементів оперативно-розшукової характеристики злочинів відносять також відомості про оперативно значимі ознаки злочину, тобто такі, що не одержали відображення в інших характеристиках злочинів (кримінально-правовій, кримінологічній, криміналістичній), і які розглядаються з позицій ефективного використання оперативно-розшукових сил, форм, методів і засобів у боротьбі зі злочинністю, мають розвідувально-пошуковий характер, а також використовуються для розробки рекомендацій з пошуку й фіксації фактичних даних про злочини силами, методами та засобами ОРД (М. А. Погорецький, В. П. Шеломенцев та ін.)

Пошукові ознаки елементів складу злочинів у сфері банківського кредитування є для суб'єкта ОРД певними підказками (орієнтиром) при здійсненні пошуку фактичних даних про ці злочини.

Під пошуковими ознаками елементів складу злочинів слід розуміти відомості про зміни у середовищі, викликані подією певного злочину, та явищами, пов'язаними із його вчиненням. Пошукові ознаки елементів складу злочинів прямо чи опосередковано вказують на наявність або можливість знаходження (виявлення) у певному місці (середовищі) тих чи інших фактичних ознак певного злочину.

Інформація про фактичні дані не може існувати сама по собі без відповідного джерела. Під типовими джерелами отримання інформації про злочини, як елемента оперативно-розшукової характеристики злочинів, розуміються матеріальні об'єкти, пов'язані з обставинами злочинної події, та містять про них оперативно значиму інформацію. Джерело інформації про злочини, як правило, породжується процесом відображення події злочину в матеріальному середовищі, під час якого відбувається відтворення (перенесення) властивостей злочину на матеріальні об'єкти – речі та свідомість людей. До зазначених джерел можна віднести відомості про типові речі з ознаками злочину (предмети злочину, знаряддя, засоби тощо), місця знаходження слідів злочинів у певному середовищі, типовий перелік осіб, обізнаних про протиправні дії злочинців, здатних вказати на осіб, обізнаних про них, які перебувають у близьких стосунках з підозрюваним у вчиненні злочину, тощо.

Аналіз змісту оперативно-розшукової характеристики злочинів у сфері банківського кредитування, на нашу думку, повинен забезпечити суб'єктові ОРД уявлення про те: що саме є об'єктом ОРД у протидії злочинам у сфері банківського кредитування (відомості про ознаки злочинів цього виду як об'єкти пошуку і фіксації при здійсненні ОРД); за якими ознаками здійснювати пошук фактичних даних про злочини у сфері банківського кредитування (відомості про пошукові ознаки злочинів у сфері банківського кредитування);

– де здійснювати пошук фактичних даних про злочини у сфері банківського кредитування (відомості про типові джерела отримання інформації про злочини цього виду); яким чином фіксувати отримані фактичні дані про злочини у сфері банківського кредитування (відомості про особливості фіксації фактичних даних про злочини цього виду).

Аналіз вищезазначеного дозволяє віднести до складу оперативно-розшукової характеристики злочинів у сфері банківського кредитування такі елементи, як відомості про: суспільну небезпечність злочинів у сфері банківського кредитування; предмет злочинного посягання та його пошукові ознаки злочинів у сфері банківського кредитування; середовище вчинення такого злочину, особливості слідоутворення у ньому та специфіку фіксації слідів; способи готування до злочинів у сфері банківського кредитування та їх пошукові ознаки; способи вчинення злочинів у сфері банківського кредитування, їх пошукові ознаки та специфіку фіксації злочинних дій; способи приховання слідів злочинів у сфері банківського кредитування (маскування злочинних дій) та їх пошукові ознаки; типові знаряддя (засоби) вчинення злочинів у сфері банківського кредитування та їх пошукові ознаки; типові обставини вчинення злочинів у сфері банківського кредитування: місце, час, обстановку; сліди злочинів у сфері банківського кредитування, їх пошукові ознаки та специфіку фіксації; типові джерела інформації про злочини у сфері банківського кредитування; особу злочинця у сфері банківського кредитування та його пошукові ознаки (зовнішні ознаки, психологічний портрет, особливості поведінки при готуванні, вчиненні злочину, а також після його вчинення тощо), типову мотивацію злочинної поведінки, чинники, що мали вплив на формування злочинної мети; склад і схему взаємозв'язків у злочинній групі; розподіл ролей між співучасниками тощо; типові наслідки злочинів у сфері банківського кредитування.

Водночас, кожний з елементів системи оперативно-розшукової характеристики злочинів у сфері банківського кредитування пов'язаний з іншими елементами прямо чи опосередковано, а також може взаємовпливати одне на одного.

Фоминых И. С.,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры криминалистики Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета (Російська Федерація)

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ РАЗРАБОТКИ БАЗЫ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИХ ДАННЫХ

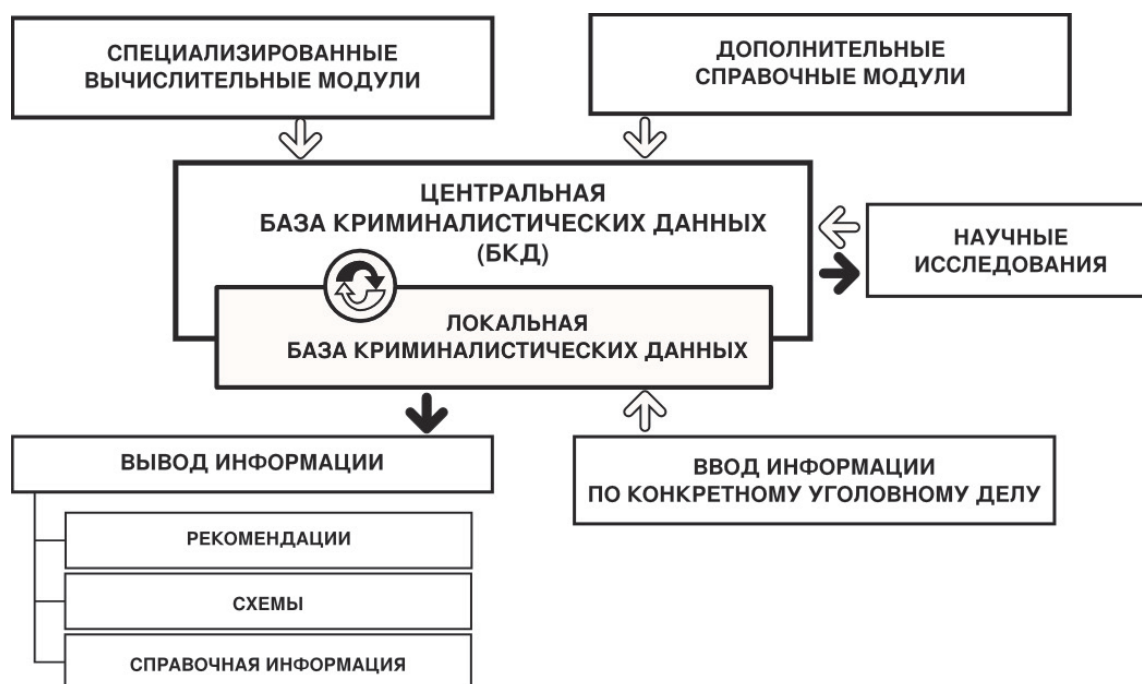
Перспективы применения компьютерных технологий в процессе расследования преступлений, если не принимать во внимание использование широко распространённых универсальных программных средств (работа с текстом, таблицами и графикой), лежит в области автоматизации криминалистических учётов, производства судебных экспертиз и создания комплексных систем поддержки процесса расследования преступлений. [1, с. 84] Последнее из указанных направлений, по сути своей являющееся интеграционным, требует комплексности подхода и нуждается, в первую очередь, в разработке основных принципов организации и функционирования создаваемых систем.

На наш взгляд, перспективная компьютерная система, способная повысить эффективность процесса расследования преступлений, должна в своей основе базироваться на криминалистической характеристике преступлений. Данное положение касается как подходов к формализации криминалистически значимых данных, так и принципов их систематизации.

Предлагаемая база криминалистических данных (БКД) с точки зрения технической организации должна являться распределённой базой данных, составные части которой размещаются в различных узлах специализированной защищённой компьютерной сети в соответствии с определённым критерием [2]. Принципиальная схема БКД представлена на рисунке.

В центральном хранилище содержатся систематизированные данные только расследованных уголовных дел, приговор по которым вступил в законную силу. Систематизация данных, как уже говорилось выше, осуществляется в соответствии со структурой криминалистической характеристики преступлений (особенности данной систематизации внутри БКД выходят за рамки данной статьи и будут рассмотрены отдельно). Локальная часть БКД физически располагается в компьютере следователя и содержит данные по делам, находящимся в его производстве, систематизированные аналогично центральному хранилищу, что вызвано необходимостью их синхронизации. По запросам в центральное хранилище БКД с компьютера следователя последнему становится доступна как обобщённая, так и конкретная информация, связанная с особенностями расследования преступлений со схожей криминалистической характеристикой. Эта информация будет способствовать принятию следователем наиболее эффективных тактических и стратегических решений при расследовании конкретного преступления. Таким образом, появляется возможность практической реализации положенного в основу БКД теоретического потенциала, накопленного в процессе научных исследований в области криминалистической характеристики преступлений.

В разрабатываемой системе (БКД) частные методики расследования, являющиеся результатами научных исследований, включаются в базу данных в виде готовых к использованию алгоритмов. Эти алгоритмы требуют для своей работы наличия определённой формализованной информации (данных), имеющейся в распоряжении следователя на тот или иной момент расследования преступления. Следователь выбирает ту или иную методическую рекомендацию по своему усмотрению, исходя из наличия данных, требующихся для работы алгоритма и краткого его описания.



В свою очередь, исследователи получают доступ к систематизированным данным, хранящимся в БКД, для производства научных исследований в области разработки новых и совершенствования имеющихся методических рекомендаций. Результаты эффективности применения той или иной методики, также сохраняемые в БКД, будут способствовать установлению обратной связи между наукой и практикой.

Потенциал разрабатываемой системы не может, да и не должен ограничиваться исключительно предоставлением следователю криминалистических рекомендаций. Имеющиеся в локальном сегменте базы данные по расследуемому преступлению могут быть использованы для автоматизированного составления разного рода графических схем (например, схем взаимосвязей между фигурантами уголовного дела), временных шкал (например, хронологии действий преступника, связанных с подготовкой, совершением и сокрытием преступления), планов расследования. По аналогии с уже имеющимися системами в БКД может присутствовать модуль, позволяющий реализовывать частичную автоматизацию составления некоторых процессуальных документов.

Специализированные вычислительные модули, входящие в структуру БКД, доступны для использования с компьютера следователя и в перспективе могут предоставлять некоторые дополнительные возможности:

1. Вычисление расстояний на местности между объектами, имеющими криминалистическое значение. Данная возможность может быть реализована с помощью глобальных систем позиционирования (потребуется ввод в систему стандартизированных координат указанных мест).

2. Географическое профилирование, то есть определение мест вероятного совершения повторных преступлений. Такие системы уже длительное время применяются полицейскими службами США, Канады и ряда европейских стран (программное обеспечение разработано канадской компанией Environmental Criminology Research, Inc. [3]).

3. Использование в процессе расследования возможностей, связанных с биоритмами человека [4]).

Приведённый перечень возможных вычислительных модулей не является исчерпывающим.

В качестве дополнительных справочных модулей (характеристики оружия, сведения о веществах и материалах и т. п.) могут быть задействованы уже имеющиеся автоматизированные

информационно-поисковые системы, хотя на первоначальном этапе это может быть сопряжено с сугубо программными проблемами их совместимости.

Полагаю, что создание базы криминалистических данных в соответствии с рассмотренными принципами будет способствовать дальнейшему повышению эффективности расследования преступлений.

Список использованных источников:

1. Информационные системы : учеб. пособие / Е.В. Бурцева, И.П. Рак, А.В. Селезнев, А.В. Терехов, В.Н. Чернышов. – Тамбов : Изд-во Тамб. гос. техн. Ун-та, 2009.
2. См. например: К. Дж. Дейт Введение в системы баз данных (An Introduction to Database Systems) – 7-е изд. – «Вильямс», 2001.
3. Электронный ресурс. – Режим доступа: <http://www.ecricanada.com/>
4. Хоменко А.Н. Личность преступника как элемент криминалистической характеристики преступления и ее роль в расследовании преступлений. (По материалам дел об убийствах): дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 1996. – 196 с.

Халупенко Д. М.,

здобувач кафедри кримінального процесу та криміналістики Академії адвокатури України

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНА СУТНІСТЬ ПІЗНАННЯ В ДІЯЛЬНОСТІ СЛІДЧОГО ТА ПРОКУРОРА

Діяльність слідчого і прокурора, що здійснюється в межах їхніх процесуальних функцій у кримінальному провадженні, завжди спрямована на пізнання тих подій, фактів і обставин, з приводу яких розпочато досудове розслідування. Під загально-філософською категорією пізнання розуміють особливий вид творчої діяльності людини із засвоєння навколишньої дійсності в різноманітних проявах – процеси, явища, факти. При цьому, в залежності від мети, способів, рівнів пізнання, можна вести мову про неоднорідність і складність пізнавального процесу. Для характеристики останнього особливе значення має спрямованість пізнання, яка в основі своїй поділяється на дві складові – пізнання перспективне і пізнання ретроспективне. Якщо завдання першого полягає у забезпеченні суспільного прогресу, то завданням другого є встановлення відповідності наявних і встановлених відомостей про факти тим фактам, які існують чи існували в минулому, визначення тотожності обставин встановлених і обставин, які встановлюються, що і є головною метою такого пізнання. Останнє набуває особливого значення в разі дослідження обставин, які носять або можуть носити з достатнім рівнем вірогідності кримінально-правовий характер. Саме в такому аспекті мова йде про кримінально-процесуальне пізнання, яке здійснюється слідчим, прокурором під час кримінального провадження і постає предметом вивчення криміналістів та фахівців в галузі кримінального процесу.

До розуміння пізнання під час досудового розслідування в науковців існують багато в чому збіжні, але водночас і дещо відмінні підходи. Так, криміналіст І.М.Лузгін зазначає, що пізнання – це діяльність, метою якої є отримання істинного знання про які-небудь об'єкти. Пізнання, на його думку, має вираз в певному відношенні суб'єкта до об'єкта пізнання. У процесі встановлення цього відношення суб'єкт оволодіває об'єктом, отримує від нього необхідну інформацію, зміст якої залежить від окремих завдань пізнавальної діяльності, сил, засобів та застосованих прийомів [1, с. 76]. Інший криміналіст – В.О.Образцов підкреслює, що пізнання – це процес добування, усвідомлення й використання інформації, за допомогою якої формується знання про об'єкт пізнання. Процес пізнання він розуміє як розподіл цілого на складові (ознаки, частини, компоненти, обставини), послідовне їх вивчення, взаємозв'язок, синтезування отриманих знань в інтегровану систему – образ об'єкта [2, с. 137]. Пізнання під час досудового розслідування спрямоване на досягнення мети цього розслідування, яку ставлять перед собою слідчий і прокурор як особи, що процесуально уповноважені здійснювати розслідування і встановлювати фактичні дані, що потрібні для прийняття правильних процесуальних рішень та вирішення кримінального провадження по суті.

Цілком слушними, на нашу думку, є висловлювання тих науковців, які вказують на дискусійні підходи до спроб визначення мети і результатів розслідування, що має місце у зв'язку з прийняттям чинного кримінального процесуального законодавства України. Існують позиції, які заперечують можливість і доцільність встановлення істини в кримінальному провадженні. Розслідування кримінальних правопорушень є окремим випадком пізнання. Тому мета пізнання і мета досудового розслідування співвідносяться як загальне і окреме. Істина в кримінальному процесі не може бути ймовірною або обмежуватися видом чи суб'єктом діяльності. Виключення істини з мети кримінального провадження, безумовно, відіб'ється і на сутності самої криміналістики. Мова йде про те, які закономірності тоді буде вивчати криміналістика? Криміналістика покликана своїми положеннями сприяти діяльності правозастосовних органів по встановленню

істини [3, с. 166]. Таку істину в наукових джерелах називають матеріальною або об'єктивною істиною. Зазвичай під об'єктивною істиною розуміють такий зміст людських знань, який правильно відбиває об'єктивну дійсність і не залежить від суб'єкта. Встановити істину в кримінальному процесі означає пізнати події, що відбулися і всі обставини, які підлягають встановленню й доказуванню за кримінальним провадженням, у відповідності до того, як це мало місце насправді. Істина відображає не загальні закони, що є характерним для наукової істини, а окремі конкретні факти, які є важливими для вирішення конкретного кримінального провадження. Отже, істина в кримінальному провадженні завжди конкретна і практична. Для встановлення цієї істини використовують як загальні закони пізнання, так і особливі правила кримінально-процесуального доказування, що застосовують для пізнання істини в її процесуальному розумінні. Істина повинна розглядатись, як адекватне відображення об'єктивної дійсності в свідомості людини, у зв'язку з чим вона може бути лише об'єктивною, тобто істинний зміст людського знання про фактичні обставини вчиненого кримінального правопорушення не залежить від суб'єкта пізнання, не залежить ні від людини, ні від людства. Розглядаючи проблемні питання встановлення істини під час кримінального судочинства, В.Г.Гончаренко зазначає, що саме та істина, в якій відображається незалежна від суб'єкта дійсність, і повинна бути встановлена під час розслідування та судового розгляду [4, с. 13]. Іншими словами, висновки слідчого й прокурора щодо винуватості конкретної особи у скоєні конкретного злочину чи кримінального проступку і щодо існування у минулому всіх значущих для кримінального провадження обставин повинні бути адекватними об'єктивній дійсності. Ми повністю погоджуємося з В.М.Стратоновим у тому, що абсолютна істина в пізнавальному процесі доказування, що відбувається під час досудового розслідування, складається з відносних, які містять елементи абсолютної. Відмінність між ними полягає в мірі повноти пізнання. Абсолютна істина означає наявність вичерпного, повного знання щодо конкретного об'єкта, а відносна – знання лише певних його властивостей, зв'язків, сторін [5, с. 13].

В процесуальному пізнанні, що здійснюється слідчим і прокурором під час досудового розслідування, специфічними є і мета пізнання, і його засоби, і умови, в яких воно відбувається. Встановлення істини як справжності конкретного одиничного факту, а також екстремальність самого дослідження під час досудового розслідування передбачає складний характер такого роду пізнання. В орбіту процесуального дослідження потрапляє широкий спектр обставин, котрі мають як пряме, так і опосередковане відношення до об'єкта кримінально-процесуального пізнання. Лише під час кримінально-процесуальної діяльності слідчий і прокурор можуть отримати інформацію про факти, які мають особливе пізнавальне значення в кримінальному провадженні, а також про обставини, які мають юридичне значення.

Важлива особливість пізнавальної діяльності в кримінальному провадженні полягає і в тому, що її предметом виступають конкретні факти минулого і теперішнього, які зазвичай не мають прямих аналогів в об'єктивній дійсності, зокрема, і серед обставин інших кримінальних проваджень, навіть за тим же складом злочину або кримінального проступку чи різних кримінально караних дій за участю тих же самих виконавців. Кожен злочин або кримінальний проступок як окрема подія має чітко виражену індивідуальність. Отже процес пізнання за кожним кримінальним провадженням вирізняється індивідуальністю і тому слідчий, прокурор як суб'єкт пізнання, в гносеологічному розумінні під час доказування не може спиратися на раніше отримані ним знання. Якщо ж слідчому чи прокурору особисто відомі обставини вчинення злочину, то він не може бути суб'єктом пізнання оскільки отримує інший процесуальний статус – очевидця як свідка, потерпілого, підозрюваного і тому підлягає відводу.

Особливістю діяльності слідчого, прокурора як суб'єкта процесуального пізнання є те, що він має справу з такими явищами, як вираз сутності. Без такого виразу зовні сутність не може бути встановлена сама по собі, а повинна проявити себе, стати доступною для сприйняття і пізнання. Прикладами таких проявів, які досліджують суб'єкти пізнання, можуть бути факти неправомірної поведінки особи, активна протидія встановленню істини з боку учасників кримінального про-

вадження або сторонніх осіб, специфіка реалізації асоціальних мотивів тощо. Разом з тим, під час кримінально-процесуального пізнання слідчим, прокурором можуть бути штучно створені ситуації, які моделюють умови для прояву таких сутностей. З цією метою в межах здійснення такої негласної слідчої (розшукової) дії як контроль за вчиненням злочину, що передбачено ст. 271 КПК України, може бути проведеним спеціальний слідчий експеримент. Сутність такого спеціального експерименту полягає у створенні слідчим та оперативним підрозділом відповідних умов в обстановці, максимально наближеній до реальної, з метою перевірки дійсних намірів певної особи, у діях якої вбачаються ознаки тяжкого чи особливо тяжкого злочину, спостереження за її поведінкою та прийняттям нею рішень щодо вчинення злочину [6]. В такому випадку кримінально-процесуальне пізнання може містити в собі не тільки ретроспективний, але й перспективний аспект. Для створення таких ситуацій суб'єкт процесуального пізнання повинен володіти знаннями в галузі криміналістичної тактики, і зокрема, уміти піддати належній оцінці слідчу ситуацію, спланувати й провести тактичну комбінацію чи оперативно-тактичну операцію, підібрати відповідний тактичний прийом і уміло застосувати його під час проведення слідчої (розшукової) дії.

Водночас варто зазначити й те, що пізнавальна діяльність слідчого і прокурора під час досудового розслідування виходить за межі кримінального процесу, розповсюджується на події й факти що лежать навколо злочину чи кримінального проступку і відбивають доволі різноманітні, навіть не пов'язані з його вчиненням обставини.

Підсумовуючи викладене, варто вказати на те, що здійснюючи пізнавальну діяльність під час досудового розслідування, розуміючи її сутність і завдання, що ставляться перед органами досудового розслідування, слідчий і прокурор повинні широко використовувати можливості науки криміналістики. Криміналістика інтегрує в собі окремі досягнення багатьох інших наук, які можуть бути використані для виконання завдань кримінального судочинства та боротьби із злочинністю. Водночас в рамках криміналістики вивчається передовий досвід оперативної, слідчої, прокурорської й судової практики, на базі якого розробляються відповідні наукові рекомендації для слідчих, прокурорів, співробітників оперативних підрозділів і служб, експертів-криміналістів, суддів, що необхідні для виявлення ознак кримінального правопорушення, його слідів, отримання інформації про злочин чи кримінальний проступок, її закріплення, аналізу і визначення шляхів використання в пізнанні обставин кримінального провадження та доказуванні під час досудового розслідування й судового розгляду.

Список використаних джерел:

1. Лузгин И.М. Методические проблемы расследования / И.М.Лузгин. – М.: Юринком, 1973. – 215 с.
2. Образцов В.А. Выявление и изобличение преступников / В.А.Образцов. – М.: Юристъ, 1997. – 760 с.
3. Шепітько Ю.В. Тенденции криминалистики и некоторые новеллы уголовного процесса / Ю.В.Шепітько // Кримінальне провадження: новаті процесауальної теорії та криміналістичної практики: Матеріали міжнарод. наук.-практ. конф., 18-19 квітня 2013 р. – Сімферополь: «ДІА-ІП», 2013. – С.165-167.
4. Гончаренко В.И. Использование данных естественных и технических наук в уголовном судопроизводстве (Методологические вопросы) / В.И.Гончаренко. – К.: Вища школа, 1980. – 160 с.
5. Стратонов В.М. Теоретичні основи та практика пізнавальної діяльності слідчого: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.09 / В.М.Стратонов. – Харків, 2012. – 36 с.
6. Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні. Затверджена Наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5/.

Шибіко В. П.,

кандидат юридичних наук, професор, професор кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Заслужений юрист України

ПРО НОВУ УМОВУ КАСАЦІЙНОГО ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ СУДУ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ В КПК УКРАЇНИ 2012 РОКУ

20 листопада 2013 року минає рік з дня набрання чинності новим КПК України, прийнятим Верховною Радою України 13 квітня 2012 року. Він мав врахувати позитивний досвід КПК України 1960 року і сучасні вимоги до кримінального провадження, визначені міжнародно-правовими актами з прав людини і судочинства, щоб забезпечити виконання завдань швидкого, повного і неупередженого досудового розслідування і судового розгляду, охорони прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, і загалом захисту особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень (ст. 2 КПК).

Не можна не погодитись із загальною позитивним висновком європейських експертів щодо нового КПК України, в якому наголошується: «Було б нереалістично очікувати, що будь-який Кримінальний процесуальний кодекс буде ідеальним, але ... прийняття Кодексу є значним досягненням. Таким чином, Кодекс суттєво змінює підхід, який буде застосовуватися у кримінальному процесі, зокрема щодо ролі суддів, адвокатів і прокурорів. Крім того, він створює належні умови для забезпечення прав обвинуваченого, не перешкоджаючи при цьому притягненню злочинців до відповідальності і врахування законних інтересів жертв злочинів. Прийняття Кодексу може дійсно вважатися запровадженням міцної основи для створення чесної, справедливої та ефективної системи кримінального судочинства» (Висновок щодо Кримінального процесуального кодексу України, прийнятого Верховною Радою України в останньому читанні 13 квітня 2012 року, підготовлений Директоратом з питань правосуддя та захисту людської гідності та Генеральним директором з питань прав людини та верховенства права на основі оцінки експертів Л. Б. Вінтер, Д. М. Брайда та Е. Сванідзе // Право України. – 2012. – №9. – С.327-362 (С.362)

Проте більш глибоке ознайомлення із змістом нового КПК України дозволяє виявити в ньому низку нових положень, які потребують подальшого осмислення і вдосконалення, серед яких і нова умова касаційного оскарження рішень суду першої інстанції, визначена ч.1 ст. 424 КПК: у касаційному порядку можуть бути оскаржені вироки та ухвали про застосування або відмову у застосуванні примусових заходів виховного чи медичного характеру суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку..

Призначення цього застереження є зрозумілим – затвердити апеляційне провадження основною формою перегляду рішень суду першої інстанції і не допустити надмірного завантаження кримінальними провадженнями єдиної в країні касаційної інстанції – Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Водночас у КПК 2012 року зроблено це не зовсім вдало і непослідовно.

Безперечно, право на оскарження рішень суду першої інстанції в апеляційному і касаційному порядку не є абсолютним, що впливає, зокрема, з конституційного положення про те, що однією з основних засад судочинства є забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішень суду, крім випадків, встановлених законом (п.8 ч.3 ст. 129 Конституції України). Проте це застереження не може бути виправданням для існування зазначеної в ч.1 ст. 424 КПК умови. По-перше, застереження «крім випадків, встановлених законом» має більш широку сферу дії і стосується не тільки кримінального, але й цивільного, адміністративного, госпо-

дарського і конституційного судочинства, рішень, які приймаються, зокрема, Конституційним Судом України, Верховним Судом України (ч.3 ст. 454 КПК), в яких зазначається, що вони є остаточними і оскарженню не підлягають. По-друге, за КПК України 1960 року існували два окремих, незалежних одне від одного права на апеляційне та касаційне оскарження судових рішень, якими учасники кримінального провадження в силу засади диспозитивності (ст. 26 КПК) вільні скористатися. Натомість у ч.1 ст. 424 КПК 2012 р. здійснення права учасників кримінального провадження на касаційне оскарження рішень суду першої інстанції поставлене в залежність від того, чи переглядалось це рішення в апеляційному порядку. Оскільки у попередньому КПК України 1960 року такого обмеження цього права не було (ст. 383 КПК), то з цього випливає висновок, що застереження у ч.1 ст. 424 КПК щодо можливості оскарження зазначених судових рішень у касаційному порядку суперечить положенню ч.3 ст. 22 Конституції України про те, що при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод, і воно підлягає виключенню із тексту ч.1 ст. 424 КПК. Оскільки такий варіант вирішення даної проблеми законодавцем видається малоімовірним, якщо брати до уваги те, з якою метою він вводив цю умову, то одночасно можна було б запропонувати зміни і доповнення до інших статей чинного КПК України, які б дозволили гарантувати учаснику кримінального провадження скористатися можливістю як апеляційного, так і касаційного оскарження вироку чи ухвали про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру.

Зазначимо, передусім, що широке формулювання закону про те, що в касаційному порядку можуть бути оскаржені вироки та інші судові рішення суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, дозволяє стверджувати, що учасник кримінального провадження має право подати касаційну скаргу на рішення суду першої інстанції, якщо це рішення переглядалось в апеляційному порядку, незалежно від того, чия апеляційного скарга – учасника провадження, який подає тепер касаційну скаргу, чи іншого учасника провадження – була законним приводом для розгляду справи в апеляційному порядку.

В учасника провадження має бути цілком усвідомлений вибір – оскаржувати чи не оскаржувати рішення суду першої інстанції в апеляційному порядку, знаючи, що відсутність перегляду судового рішення в апеляційному порядку, зокрема і у зв'язку з неподанням ним самим апеляційної скарги, призведе до позбавлення його права на касаційне оскарження рішення суду першої інстанції. Важливу роль у формуванні такого вибору особи має відігравати чітке і зрозуміле роз'яснення їй судом (головуючим), які саме негативні правові наслідки тягне за собою дія чи бездіяльність цієї особи на певному етапі кримінального провадження.

До речі, подібні ситуації КПК України 2012 року передбачає стосовно апеляційного оскарження рішення суду першої інстанції у кримінальних провадженнях із скороченим порядком судового розгляду, спрощеним порядком щодо кримінальних проступків, на підставі угод (ст. 394 КПК). Наприклад, відповідно до ч.3 ст. 349 КПК суд має право, якщо проти цього не заперечують учасники судового провадження, визнати недоцільним дослідження доказів стосовно тих обставин, які ніким не оспорується. Важливо зазначити, що при цьому суд повинен з'ясувати, чи правильно розуміють зазначені особи зміст цих обставин, чи немає сумнівів у добровільності їх позиції, а також роз'яснює їм, що у такому випадку вони будуть позбавлені права оскаржити ці обставини в апеляційному порядку.

Як бачимо, в інших випадках законодавчого регулювання винятків щодо оскарження рішень суду першої інстанції для основних учасників кримінального провадження, які мають особистий інтерес у провадженні, вирішальне значення має їх згода на спрощене провадження чи на укладення угоди про примирення чи визнання винуватості і, що не менш важливо, роз'яснення їм при цьому правових наслідків такої згоди, зокрема у вигляді неможливості подати апеляційну скаргу з підстав, які суперечать наданій ними згоді.

У нашому випадку про можливість позбавлення права на касаційне оскарження рішення суду першої інстанції має бути роз'яснено у такій самій, конкретній і зрозумілій формі, головуючим після проголошення вироку.

А для цього аналогічними положеннями необхідно, на нашу думку, доповнити і регулювання Кодексом 2012 р. обмеження права учасників кримінального провадження на касаційне оскарження рішення суду першої інстанції, щоб ці, непрофесійні, учасники мали обрати свідомий і прийнятний для себе варіант поведінки щодо апеляційного оскарження вироку суду першої інстанції.

Згідно з ч.1 ст. 376 КПК судові рішення проголошується негайно після виходу суду з нарадчої кімнати. Головуючий у судовому засіданні роз'яснює зміст рішення, порядок і строк його оскарження. Цю частину необхідно доповнити окремим абзацом наступного змісту:

«Головуючий також має роз'яснити учасникам кримінального провадження положення ч.1 ст. 424 КПК про те, що вироки і ухвали суду першої інстанції можуть бути оскаржені в касаційному порядку лише після їх перегляду в апеляційному порядку.

Якщо судові рішення було ухвалено за результатами спрощеного провадження щодо проступків (ст. 381, 382 КПК), судового розгляду без дослідження обставин, які ніким не заперечувались і дослідження яких суд визнав недоцільним (ч.3 ст. 349 КПК), на підставі угоди про примирення між потерпілим і підозрюваним, обвинуваченим або угоди між прокурором та підозрюваним, обвинуваченим про визнання винуватості (ст. 469, 473, 474 КПК), то головуючий роз'яснює учасникам кримінального провадження особливості (обмеження) апеляційного і касаційного оскарження судових рішень певними підставами, зазначеними у ст. 394 та 424 КПК України, а в касаційному провадженні – ще й за умови перегляду цих рішень в апеляційному порядку».



**Судоустрій,
прокуратура та адвокатура**

**Судоустройство,
прокуратура и адвокатура**



**The Court System,
Public Prosecutors and Advocacy**

Гринюк В. О.,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ФУНКЦІЇ ПРОКУРОРА НА ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ

Відповідно до п. 3 ст. 121 Конституції України однією з функцій органів прокуратури є нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство. Аналогічне положення закріплено в п. 3 ст. 5 та ст.ст. 29-32 Закону України «Про прокуратуру». Прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України 2012 року призвело до суттєвої зміни всієї системи кримінального судочинства, зміни процесуального статусу прокурора як гаранта додержання законів під час проведення досудового розслідування.

Участь прокурора як сторони обвинувачення є обов'язковою на всіх стадіях кримінального провадження, в тому числі у справах приватного обвинувачення. Поряд з прокурором до сторони обвинувачення законодавець відносить таких суб'єктів кримінального процесу: слідчий, керівник органу досудового розслідування, потерпілий, його представник та законний представник. Віднесення прокурора до сторони обвинувачення на стадії досудового розслідування впливає з принципу змагальності, який закріплений в ст. 22 КПК України.

Прокурорський нагляд у формі процесуального керівництва дозволяє прокурору за допомогою обов'язкових для виконання органами досудового розслідування вказівок, доручень, процесуальних дій та рішень спрямовувати перебіг кримінального провадження на його досудових стадіях та виконувати завдання кримінального судочинства, насамперед щодо захисту особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень. Особливістю прокурорського нагляду є те, що прокурор, на відміну від суто наглядових повноважень, здійснює також діяльність, пов'язану із визначенням кола доказів та способів їх отримання у конкретному кримінальному провадженні, проведенням із зазначеною метою певних слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, а також забезпеченням при цьому законності дій слідчого.

Аналіз повноважень прокурора, які передбачені в ст. 36 КПК України, дозволяє зробити висновок про те, що крім наглядових повноважень прокурору належать повноваження як процесуального керівника під час проведення досудового розслідування. На нашу думку, між поняттями нагляд і процесуальне керівництво існують суттєві відмінності.

Поняття «керівництво» тісно та нерозривно пов'язане з таким поняттям як «керувати». Керувати – спрямовувати процес, впливати на розвиток, стан чого-небудь; спрямовувати діяльність когось, чого-небудь; бути на чолі когось, чогось; давати вказівки; розпоряджатися. Процесуальне керівництво є ніщо іншим як керівництво кримінальним процесом, а саме такою його стадією як досудове розслідування. Під прокурорським наглядом в теорії кримінального процесу слід розуміти специфічний вид державної діяльності, яка здійснюється спеціально уповноваженими на те органами прокуратури та їх посадовими особами, що спрямована додержання та правильного застосування законів, а також на виявлення, усунення і попередження порушень закону в діяльності органів досудового розслідування при проведенні досудового розслідування.

До повноважень прокурора у формі процесуального керівництва слід віднести: починати досудове розслідування за наявності для цього підстав; мати повний доступ до матеріалів, документів та інших відомостей, що стосуються досудового розслідування; доручати органу досудового розслідування проведення досудового розслідування; доручати слідчому, органу досудового розслідування проведення у встановлений прокурором строк слідчих (розшукових)

дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій; давати вказівки щодо проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій; брати участь у проведенні слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій, а в необхідних випадках – особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії; доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам; призначати ревізії та перевірки; ініціювати перед керівником органу досудового розслідування питання про відсторонення слідчого від проведення досудового розслідування та призначення іншого слідчого за наявності підстав для його відводу, або у випадку неефективного досудового розслідування; приймати процесуальні рішення у випадках, передбачених КПК України, у тому числі щодо закриття кримінального провадження та продовження строків досудового розслідування; погоджувати або відмовляти у погодженні клопотань слідчого до слідчого судді про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій у випадках, передбачених КПК України, чи самостійно подавати слідчому судді такі клопотання; повідомляти особі про підозру; затверджувати чи відмовляти у затвердженні обвинувального акта, клопотань про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, вносити зміни до складеного слідчим обвинувального акта чи зазначених клопотань, самостійно складати обвинувальний акт чи зазначені клопотання; звертатися до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності; здійснювати процесуальні дії, пов'язані з наданням міжнародної правової допомоги або перейняття кримінального провадження; використовувати інші повноваження у випадках та у порядку, передбаченому КПК України.

Керівник органу досудового розслідування, слідчий зобов'язані виконувати письмові доручення та вказівки прокурора, а оперативні підрозділи – письмові доручення прокурора. Невиконання зазначених законних вказівок та доручень прокурора тягне за собою передбачену законом відповідальність (ч. 3 ст. 39, ч. 5 ст. 40 КПК України).

Таким чином прокурор в сучасному кримінальному процесі наділений крім наглядових повноважень, повноваженнями організаційно-розпорядчого характеру, які відображають керівництво досудовим розслідуванням. Суть таких організаційно-розпорядчих повноважень прокурора полягає в тому, що такі повноваження породжують обов'язкові для виконання процесуальні обов'язки слідчого, начальника органу досудового розслідування, відповідних оперативних підрозділів. Повноваження прокурора як процесуального керівника забезпечують систематичне спостереження за діяльністю органів розслідування та оперативних підрозділів, перевірку їх діяльності на предмет відповідності вимогам закону, а також засоби попередження та усунення порушень норм матеріального та процесуального права в їх діяльності.

Таким чином чинний КПК України передбачає дві самостійні функції прокурора в кримінальному судочинстві: прокурорський нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство та процесуальне керівництво досудовим розслідуванням. Вказані функції прокурора на досудовому розслідуванні є взаємопов'язаними, але не тотожними оскільки реалізуються різними правовими засобами і методами впливу.

Зеленський С. М.,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри правознавства Кіровоградського державного педагогічного університету імені Володимира Винниченка

СУД ЯК ОРГАН, ЩО СТОІТЬ НА СТОРОЖІ ПРАВА І СПРАВЕДЛИВОСТІ

Прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу Україна підтверджує свій статус правової держави. Важливим здобутком стало визначення на рівні закону основних засад кримінального провадження, встановлення юридичних гарантій конституційних прав і свобод на основі світових та європейських стандартів. Отже, і підтверджується прагнення втілити загально правову засаду справедливості у кримінальному провадженні.

Реалізація на практиці оціночних понять, до яких зараховують концепт справедливості, вимагає від судді не лише знань законодавства, але і відповідний рівень правової культури. Відчуття справедливості допомагає зрозуміти суть закону, забезпечити законність і правопорядок, зробити вибір тієї чи іншої моделі поведінки, виходячи з морально-етичних критеріїв оцінки ситуації. Сукупність таких критеріїв формується під впливом морально-етичних категорій, які історично склались у суспільстві і стали нормою поведінки, а в подальшому стали нормами закону.

Ідея справедливості сягає своїм корінням Давнього світу.

В суспільствах різних народів до виникнення держави помста довго залишалася спільною і важливою умовою самозбереження і боротьби за виживання у родових общинах, роду, фратрії, племені – трьох ланок, заснованих на різних ступенях кровного юродства [1, с. 33-34].

Справедливість у ці часи проявляється на міжплемінному рівні і всередині племені. Міжплемінна справедливість проявляється в прагненні як до визнання визначених меж території, так і відносно кровопролиття. Рівновага підтримувалася за кількістю смертей з кожної сторони. Разом з тим зростало поняття справедливості між членами кожного племені. Спочатку страх відплати вселяв повагу в тій мірі, як це можливо, до особи і до майна інших. Ідея справедливості у ці часи є ідеєю образ «око-за-око», «зуб-за-зуб». Такою вона залишалася протягом ранніх стадій цивілізацій [2, с. 40-41].

З розвитком цивілізацій, після того, як справедливість у такому її розумінні не підтримується більше силами самої ображеної особи, остання починає вимагати забезпечення справедливості за допомогою встановленої влади. Звернення скривдженої особи до правителя для здійснення правосуддя означало вимогу покарання, тобто нанесення образи настільки тяжкої, як та, що була перенесена цією особою, або тут вимагалася винагорода, рівнозначна понесеним втратам.

Заміна самосуду судом і помсти покаранням за судовим вироком – до цього зводиться увесь прогрес у галузі судового права [3, с. 20]. Але ця заміна проходить дуже повільно і поступово. Наступною перемогою є створення державою незалежного суду, діяльність якого заснована на дотриманні гарантій правильного судочинства, який стоїть на сторожі права [3, с. 22]. На основі права мають вирішуватися конфлікти в людському співіснуванні. Справедливе вирішення цих конфліктів є його покликанням, вважає Р. Циппеліус [4, с. 21].

Історію розвитку суду і кримінального процесу М. А. Чельцов-Бебутов пов'язує з історичними формаціями [1, с. 5]. На його думку, для розуміння істинної сутності суду і процесу різних суспільних формацій потрібно розглядати їх не ізольовано від інших явищ державно-правового життя, а у тісному зв'язку з ними [1, с. 9].

Незважаючи на те, що категорія і засада справедливості має достатньо глибокі історичні форми, зберігається потреба у їх використанні на сучасному етапі розвитку кримінального процесу. При цьому довільне руйнування всього того старого, що здавна існувало, складає органічну основу в побуті даного народу не завжди буває безпечним, зазначає М. М. Ланге [5, с. 2].

В анотації брошури «Війна і суд» Малиновського І. О. під редакцією і з передмовою В. А. Попелюшка зазначається, що в роботі викладено погляди автора на справедливий суд, кровну помсту і її наслідки – війну, доводи щодо необхідності вирішення конфліктів не силою, а правом, не війною, а судом. Головними початками судової реформи 1864 року, п'ятдесятирічному ювілею якої присвятив промову під назвою «Війна і суд» І. О. Малиновський, стали: самостійність і незалежність суду, його здатність до відправлення правосуддя, змагальність, усність гласність і публічність процесу [3, с. 12]. Проте чи були ці початки нововведенням шістдесятих років кінця ХІХ століття в Росії, придумані укладачами Судових Уставів, запитує вчений? Можливо, ці нововведення непотрібні, недоречні в умовах російського життя? І тут же сам відповідає. Звичайно, вони викликані потребами тогочасного російського життя. Звичайно, вони мають глибоке коріння в історії. Судова реформа тих часів була предметом давніх очікувань і сподівань російського суспільства. Давним-давно відчувалися судові негаразди. Давним-давно було підмічено прагнення до кращих судових порядків і робилися спроби введення цих порядків.

Проблеми, які розглядав І. О. Малиновський у своїй промові, існують нині в сучасній Україні і в цілому у світі. Суд, зазначає В. О. Попелюшко, повинен бути органом права і правди [3, с. 6]. М. С. Строгович зауважував, що на тісний зв'язок судочинства з етикою вказує саме поняття правосуддя, з яким свідомість народу завжди пов'язує уявлення про правду і справедливість, і, посилаючись на словник В. Даля, додає, що правий суд – справедливий суд, суд по закону, по совісті [6, с. 178]. Можна переконатися, що слова, приведені І. О. Малиновським з ранньої пам'ятки московського законодавства Судебника Івана ІІІ, наказували суддям «посула от суда не имати, а судом не мстити и ни дружити никому», були основоположними в системі нашого давнього кримінального судочинства. Вони виражали уявлення народу про сутність правди в суді. Люди не вимагали ні поблажливого, ні милостивого, а лише суворого і неупередженого ставлення до відправлення правосуддя, лише однієї суворості, невблаганної справедливості. При цьому в давні часи милість розуміли переважно як задоволення інтересів скривдженого, а не потурання злочинцю.

Список використаних джерел:

1. Чельцов-Бебутов М. А. Курс уголовно-процессуального права ; Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах / М. А. Чельцов– Бебутов. – СПб. : Альфа : Равена, 1995. – 846 с.
2. Герберт Спенсер. Справедливость. Перевод с англ.. под ред доктора философии М. Филипова. С. Петербург. Типография А. Пороховщикова, Гороховая ул. 1897. – 243 с.
3. Малиновский И. А. Война и суд / И. А. Малиновский ; [под ред. и с предисл. В. А. Попелюшко]. – Острог : Изд-во Нац. ун-та «Острож. академия», 2012. – 32 с.
4. Циппелиус Р. Юридична методологія / Р. Циппелиус ; пер., адапт., прикл. з права України і список тер. – Р. Корнута. – К. : Вид-во «Реферат», 2004. – 176 с.
5. Ланге Н. Н. Древнее русское уголовное судопроизводство (XIV, XV, XVI и половины XVII веков) [Препринт] / Н. Н. Ланге. – СПб. : типография и хромолитография А. Траншеля, 1884. – 249 с.
6. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса : основные положения науки советского уголовного процесса / М. С. Строгович. – М. : Наука, 1968. – Т. 1. – 470 с.

Кантюкова И. Т.,

научный сотрудник АНО «Евразийский научно исследовательский институт проблем права», адвокат (Российская Федерация)

ПРАВОВОЙ СТАТУС СТАЖЕРА И ПОМОЩНИКА АДВОКАТА ПО РОССИЙСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ: НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ

Институты помощника и стажера адвоката являются значимыми звеньями в структуре российской адвокатуры, поскольку стажеры и помощники не только содействуют адвокатской деятельности, но и представляют собой будущее поколение отечественных адвокатов. В связи с этим вопрос о правовом статусе этих лиц является важным с точки зрения теории и практики организации адвокатуры и осуществления адвокатской деятельности.

Очевидно, что правовой статус стажера и помощника адвоката различен, о чем свидетельствует хотя бы тот факт, что законодателем закреплены именно два вида лиц, содействующих адвокатской деятельности. Вместе с этим, анализ выпущенной к настоящему времени научной и учебной литературы показывает, что определение различий между стажером и помощником адвоката, особенно применительно к функциональной характеристике этих лиц, является затруднительным.

Правовое положение стажера и помощника адвоката, прежде всего, нашло свою регламентацию в ст. 27 и 28 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ (далее – ФЗ «Об адвокатуре»). Анализ данных правовых норм позволяет сформулировать ряд основных положений, характеризующих правовой статус стажера и помощника адвоката (см. таблицу №1).

Таблица №1.

Параметры сравнения	Помощник адвоката	Стажер адвоката
Требования к уровню образования	– незаконченное высшее или среднее юридическое образование	-высшее юридическое образование
Иные требования	– не являющиеся недееспособными или ограниченно дееспособными – не имеющие непогашенную или неснятую судимость за совершение умышленного преступления	– не являющиеся недееспособными или ограниченно дееспособными – не имеющие непогашенную или неснятую судимость за совершение умышленного преступления
Функциональное назначение	–	– осуществляет свою деятельность под руководством адвоката, выполняя его отдельные поручения
Обязанности, предусмотренные законом	– не вправе заниматься адвокатской деятельностью – обязан хранить адвокатскую тайну	– не вправе заниматься адвокатской деятельностью – обязан хранить адвокатскую тайну
Срок работы	– предельный срок не ограничен	– от одного года до двух лет
Заработная плата	– устанавливается индивидуально по соглашению с адвокатским образованием	– устанавливается индивидуально по соглашению с адвокатским образованием
Социальное обеспечение	– осуществляется адвокатским образованием	– осуществляется адвокатским образованием

Таким образом, положения ФЗ «Об адвокатуре» определяют следующие основные отличия стажера адвоката от помощника адвоката:

- требования к уровню образования;
- срок работы в соответствующем качестве;
- функциональное назначение деятельности.

Следует отметить, что в законе содержится указание на функциональное назначение деятельности стажера адвоката, при том, что в отношении помощника такого указания в нем не имеется.

Согласно предъявляемым к стажеру адвоката требованиям он должен обладать высшим юридическим образованием, полученным в имеющем государственную аккредитацию образовательном учреждении высшего профессионального образования.

Применительно к помощнику адвоката закон предъявляет менее жесткие требования к уровню образования. Так, в ч. 1 ст. 27 ФЗ «Об адвокатуре» указано, что помощниками адвоката могут быть лица, имеющие высшее, незаконченное высшее или среднее юридическое образование.

Следует указать на допущенную законодателем неточность применительно к указанию на среднее юридическое образование, требуемое для лица, занимающего должность помощника адвоката. Так, в соответствии с п. 4 ч. 3 ст. 9 Закона РФ об Образовании от 10.07.1992 г. №3266-1 среднее (полное) общее образование, относилось к основным общеобразовательным программам. Согласно ч. 5 данного закона к основным профессиональным программам относились программы начального профессионального образования, среднего профессионального образования, высшего профессионального образования и послевузовского профессионального образования. Из этого следует, что среднего юридического образования никакое лицо в период действия данного закона, получить не могло, в силу его непредусмотренности нормами законодательства.

Согласно ст. 10 ныне действующего ФЗ №273 от 29 декабря 2012г. «Об образовании в Российской Федерации» (вступил в силу 1 сентября 2013г.) в Российской Федерации устанавливаются следующие уровни профессионального образования: среднее профессиональное образование; высшее образование – бакалавриат; высшее образование – специалитет, магистратура; высшее образование – подготовка кадров высшей квалификации. Таким образом, такого уровня профессионального образования, как «среднее юридическое образование» и в новом ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» нет.

Из вышеизложенного следует, что минимально-возможным уровнем профессионального юридического образования, о котором может идти речь в ч. 1 ст. 27 ФЗ «Об адвокатуре» является не среднее, а среднее профессиональное юридическое образование. В связи с этим, представляется, что неточность относительно указания на среднее юридическое образования для приобретения статуса помощника адвоката, содержащаяся в ч. 1 ст. 27 ФЗ «Об адвокатуре», должна быть устранена.

Исходя из положения действующего законодательства, срок работы в качестве помощника адвоката не ограничен, помощник адвоката принимается на работу на условиях трудового договора, заключенного с адвокатским образованием.

Срок работы в качестве стажера адвоката, согласно ч. 1 ст. 28 ФЗ «Об адвокатуре», составляет от одного года до двух лет.

Это требование находит свое развитие в положениях, принимаемых адвокатскими палатами субъектов РФ. Так, например, согласно «Положению о порядке прохождения стажировки в адвокатских образованиях Адвокатской палаты Республики Башкортостан», при зачислении претендента в состав стажеров с ним заключается срочный трудовой договор (контракт) на срок не более двух лет, который утверждается адвокатским образованием одновременно с принятием решения о зачислении.

Необходимо отметить, что в ходе проведения исследования были выявлены случаи, когда по истечении двухлетнего срока стажировки, проходившие ее лица, перезаключали договор с адвокатскими образованиями на новый срок. Таким образом, срок стажировки этих лиц неоднократно продлялся на срок, значительно превышающий срок, установленный ч.1 ст. 28 ФЗ «Об адвокатуре», в связи с чем возник вопрос о правомерности неоднократного продления стажерского договора за пределами двухлетнего срока.

Согласно п.п. «з» ст. 28 «Положения о порядке прохождения стажировки в адвокатских образованиях Адвокатской палаты Республики Башкортостан» трудовой договор (контракт) со стажером адвоката прекращается, а стажер отчисляется из адвокатского образования при истечении установленного законом предельного срока прохождения стажировки. Из этого следует, что Адвокатская Палата Республики Башкортостан должна признавать незаконными ситуации, когда стажер адвоката сохраняет данный статус по истечению предельно установленного двухлетнего срока стажировки. Предельный двухлетний срок стажировки установлен и в соответствующих положениях целого ряда других адвокатских палат, например, в АП Нижегородской области [1], АП Вологодской области [2], АП Санкт-Петербурга [3], АП Приморского края [4]. В то же время, в положении АП Республике Чувашия – прямо этот срок не указывается, но по его смыслу следует, что он установлен в размере двух лет [5], а в актах АП Республики Татарстан [6] предельный срок стажировки вообще не установлен.

Итак, продление предельного срока стажировки в ФЗ «Об адвокатуре» и в большинстве соответствующих положений адвокатских палат не предусматривается, а значит, правомерность продления стажировки свыше двух лет следует признавать незаконным.

Приведенные выше обстоятельства свидетельствуют о том, что если лицо, считает, что может пройти подготовку к сдаче квалификационного экзамена на статус адвоката в короткий срок, то ему нужно приобрести статус стажера адвоката и пройти стажировку в срок от одного года до двух лет. Если же лицо, считает, что в короткий срок не сумеет получить достаточного опыта, то ему лучше приобрести статус помощника адвоката и работать в должности помощника столько времени, сколько ему потребуется для подготовки, к вступлению в ряды адвокатуры.

Следует отметить, что в положениях ФЗ «Об адвокатуре» не регламентировано, кто конкретно определяет срок стажировки в каждом конкретном случае. Результаты нашего исследования показывают, что решение этого вопроса осуществляется в ходе переговоров между потенциальным стажером адвоката, его потенциальным адвокатом-куратором, руководителем адвокатского образования и сотрудником адвокатской палаты, ответственным за осуществление контроля за деятельностью стажеров. Вместе с этим полагаем, что в целях недопущения разночтений по этому, достаточно важному вопросу, в положениях ФЗ «Об адвокатуре», следует четко обозначить, кем и каким образом определяется срок стажировки, а также то, от каких обстоятельств он зависит.

Анализ положений в ст. 27 и 28 ФЗ «Об адвокатуре» показывает, что правовой статус помощника и стажера адвоката, в части их функциональных обязанностей, между собой фактически различается незначительно.

В законе указано, что стажер, осуществляет свою деятельность под руководством адвоката, выполняя его отдельные поручения, вместе с этим, изучение опыта производственной деятельности помощников и стажеров адвоката показывает, что фактически они выполняют одни и те же функции. Обязанности стажера и помощника адвоката, предусмотренные в ФЗ «Об адвокатуре», также являются одинаковыми. Именно в связи с этим в научной литературе отмечается, что статус стажера и помощника адвоката, не позволяет в полной мере определить различия между этими институтами, прежде всего, в части функциональных обязанностей этих лиц [7].

В словаре С. И. Ожегова термином «стажер» – обозначается лицо, которое проходит стажировку [8], а термином «помощник» обозначается тот, кто помогает кому-нибудь, в чем-нибудь

в работе [9]. Под термином «стаж» понимается срок, в течение которого вновь поступившие работают для приобретения опыта в своей специальности, а также для общей оценки стажирующегося [10]. Из этого следует сделать вывод о том, что деятельность стажера адвоката осуществляется в целях приобретения стажером опыта работы по специальности адвоката, а деятельность помощника адвоката – для содействия адвокату в его работе.

Закрепление в законе указания на то, что стажер, осуществляет свою деятельность под руководством адвоката, выполняя его отдельные поручения, не способствует разграничению института помощника адвоката от стажера адвоката. В связи с этим представляется необходимым изменение содержания ст. 27 и 28 ФЗ «Об адвокатуре» в части закрепления в них функционального назначения стажера и помощника адвоката, что, в свою очередь, позволит четко, на законодательном уровне, очертить статусные различия между ними.

Говоря об отличиях в функциональном назначении стажера и помощника, следует особо подчеркнуть, что функциональное назначение деятельности стажера адвоката состоит в том, что он готовит себя к адвокатской практике не только путем прохождения производственного обучения, но и путем прохождения теоретического обучения. В литературе отмечается, что стажеры адвоката являются не только лицами, оказывающими адвокату содействие в выполнении его профессиональных обязанностей, но и лицами обучающимися, в отличие от помощников, поэтому теоретическая и практическая подготовка стажера требует повышенного внимания, поскольку в рамках нее лицу, претендующему на получение статуса адвоката, следует не только подготовиться к сдаче квалификационного экзамена, но и получить знания и навыки самостоятельной работы в качестве независимого профессионального советника по правовым вопросам [11].

Однако, как следует из положений действующего законодательства, это функциональное назначение не нашло своего закрепления в тексте ФЗ «Об адвокатуре». Это явление, к сожалению, нередко ведет к тому, что стажеры адвокатов уделяют внимание лишь одному из аспектов своей деятельности в виде прохождения производственного обучения, а другому, не менее важному аспекту – продолжении теоретического обучения с тем, чтобы по завершению стажировки получить возможность полноценно и самостоятельно заниматься адвокатской деятельностью, они уделяют явно недостаточно внимания.

Полагаем необходимым сформулировать следующие определения понятий «стажер адвоката» и «помощник адвоката»:

Стажер адвоката – лицо, проходящее производственное и теоретическое обучение под руководством адвоката в целях получения профессионального опыта, необходимого для самостоятельного осуществления адвокатской деятельности.

Помощник адвоката – лицо, содействующее осуществлению профессиональной деятельности адвоката, выполняющее его отдельные поручения.

Предлагаемые определения основаны на выявленных в ходе настоящего исследования различиях в функциональной характеристике статуса стажера и помощника адвоката, и включение их в положения ст. 27 и ст. 28 ФЗ «Об адвокатуре» может способствовать установлению четкого разграничения между статусом стажера и помощника адвоката, что, в свою очередь, будет способствовать единообразному применению этих правовых норм на всей территории нашей страны.

Список использованных источников:

1. <http://apno.ru/content/view/57/16/>
2. <http://www.advokat35.ru/dokumentyi/polozhenie-o-stazhere-advokata/>
3. http://www.apspb.ru/info_adv.php.
4. <http://primadvokat.ru/2004/07/22/polozhenie-o-stazhere-advokata-i-poryadke-proxozhdeniya-stazhirovki/>

5. <http://advokpalata-21.ru/dokumentapcr/polostagere.html>.
6. <http://advpalata-rt.ru/?action=showdocument&documentid=36>.
7. См.: Рагулин А. В., Шайхуллин М. С. современные проблемы и тенденции профессионального развития адвоката // Евразийская адвокатура. 2013. № 5(6). – С. 45-47.
8. <http://www.ozhegov.org/words/34306.shtml>;
9. <http://www.ozhegov.org/words/25371.shtml>;
10. <http://www.ozhegov.org/words/34305.shtml>;
11. Рагулин А. В., Шайхуллин М. С. современные проблемы и тенденции профессионального развития адвоката // Евразийская адвокатура. 2013. № 5(6). – С. 46.

Лань О. Ю.,

здобувач кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЩОДО ТАКТИКИ ЗАХИСТУ

Важливе значення для реалізації повноважень захисника у кримінальному процесі за новим КПК України має тактика захисту, яка визначається відповідним складом злочину та конкретною ситуацією у кримінальному провадженні.

Не дивлячись на те, що тактика захисту є предметом дослідження вітчизняних та зарубіжних фахівців, до цього часу не вироблено єдності думок ані щодо її поняття, ані щодо його змісту. Так, одні вчені вважають, що тактика професійного захисту у кримінальних провадженнях є підсистемою криміналістичної тактики, яка складається з системи розроблених на основі наукових положень криміналістичної тактики відповідних засобів (прийомів, комбінацій, операцій, рекомендацій) допустимого та раціонального подання, дослідження і використання адвокатом доказової інформації, що виправдовує підзахисного чи пом'якшує його вину, які забезпечують права та інтереси останнього в умовах потенційної чи реальної, безпосередньої чи опосередкованої тому протидії з боку осіб і організацій, що протистоять захисникові при виконанні ним його кримінально-процесуальної функції (Баєв М. О.); інші, що тактика захисту – це вироблені на основі досягнень науки і досвіду адвокатської діяльності рекомендації по розробці оптимального варіанта правової позиції захисту і його реалізації в конкретних умовах і у найбільш ефективних способах здійснення адвокатом дій по захисту прав і законних інтересів громадян (Варфоломеєва Т. В.); треті, що тактика захисту є системою наукових положень і рекомендацій, які спрямовані на оптимальне здійснення функції захисту (Воробйов Г. А.).

Наведені підходи є підставою для таких висновків: 1) тактика захисту за сферою її застосування обмежується виключно кримінальним судочинством; 2) цільова спрямованість тактики захисту полягає у захисті прав і законних інтересів підозрюваного і обвинуваченого; 3) за гносеологічною природою тактика захисту є системою засобів здійснення захисної діяльності у кримінальному процесі.

Водночас є очевидним, що професійна діяльність адвоката не вичерпується лише здійсненням захисту інтересів підзахисних на досудовому слідстві чи під час судового розгляду справи, а й включає надання юридичних консультацій, досудову роботу по з'ясуванню обставин справи та їх аналіз з погляду неспростовності фактів, пошуку доказів, визначення можливих правових результатів судового розгляду справи, планування процесуальних дій у конкретній справі з метою досягнення бажаних юридичних наслідків.

При здійсненні своїх професійних обов'язків адвокат зобов'язаний неухильно дотримуватись вимог чинного законодавства, використовувати всі передбачені законом засоби захисту прав і законних інтересів громадян і юридичних осіб. Таким чином, професійні завдання адвоката вирішує через неухильне дотримання вимог чинного законодавства і застосування передбачених законом засобів захисту прав і законних інтересів громадян.

Викладені обставини свідчать про необхідність виділяти в структурі криміналістичної тактики поряд з тактикою слідчих та судових дій ще й адвокатську тактику.

Існування її як самостійного підрозділу криміналістичної тактики покликане протидіяти порушенню прав та законних інтересів громадян, адже слідчий на досудовому слідстві чи суддя під час судового розгляду справи можуть не проявляти ініціативи, наполегливості, не під-

ходити творчо до використання тактичних прийомів і технічних засобів, невміло застосовувати дані логіки і психології.

Потрібно зауважити, що в науці відсутнє визначення адвокатської тактики, і хоча зазначений термін іноді вживається, під ним мається на увазі тактика захисту, а не адвокатська тактика.

Зміст адвокатської тактики дає підстави для її визначення як окремого підрозділу криміналістичної тактики, який являє собою систему наукових положень та розроблених на їх основі рекомендацій про засоби пізнання, що використовуються адвокатами з метою забезпечення успішного вирішення їх професійних завдань у сфері судочинства.

Предметом адвокатської тактики є особливості наукових засобів пізнання адвокатів у сфері судочинства, а її завданнями – розробка і вдосконалення прийомів практичної діяльності адвокатів у цій сфері.

Систему адвокатської тактики складають засоби вирішення професійних завдань, які доречно об'єднувати в дві групи. До першої належать правові норми, посилаючись на які, адвокат будує лінію захисту прав та законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного або ж обстоює позицію потерпілого. Друга група засобів являє собою систему знань, запозичених у інших наук.

Мартиненко А. А.,

здобувач кафедри кримінального процесу Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка

ФОРМИ ПРЕДСТАВНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ

Кожна держава незалежно від її політичного устрою створює систему гарантій, покликаних забезпечити виконання законів на всій її території, дотримання і захист прав, свобод і законних інтересів громадян та юридичних осіб.

Флагманом, який забезпечує додержання конституційного принципу законності, верховенства права, режиму правового порядку в державі, є прокуратура України [1, с. 5].

Згідно п. 2 ст. 121 Конституції України, а також п.2 ст. 5, ст. 36-1 Закону України «Про прокуратуру» (далі Закон) за прокуратурою закріплено право представляти інтереси громадянина або держави в суді у випадках, визначених законом.

Представництво прокуратурою інтересів громадянина або держави у суді як самостійного її виду діяльності, згідно ст. 36-1 Закону – це здійснення прокурорами від імені держави процесуальних та інших дій, спрямованих на захист у суді інтересів громадянина або держави у випадках, передбачених законом.

Згідно з положенням вимог ч.5 вказаної статті Закону формами представництва є: звернення до суду з позовами (заявами, поданнями); вступ у справу, порушену за позовами (заявами, поданнями) інших осіб, на будь-якому етапі розгляду; ініціювання перегляду судових рішень, у тому числі у справі, порушеній за позовом (заявою, поданням) іншої особи; участь у розгляді справ [2].

Також, слід зазначити, що відповідно до ст. 36-1 Закону прокурор самостійно визначає підстави для представництва у судах та форму його здійснення.

Наказом Генерального прокурора № 6 гн від 28 листопада 2012 року «Про організацію роботи органів прокуратури щодо представництва інтересів громадянина або держави в суді та їх захисту при виконанні судових рішень» передбачено реалізувати представницькі функції шляхом: підготовки і пред'явлення позовів, заяв, подань; вступу у справи, порушені за позовами, заява, поданнями інших осіб на будь-якій стадії їх розгляду; ініціювання перегляду судових рішень; участі у справах, порушених за позовами, заявами, поданнями прокурорів, та у справах, у яких прокурором здійснено вступ чи ініційовано перегляд судових рішень; захисту прав громадянина або інтересів держави при виконанні рішень судів [3].

Однак, слід зазначити, що на даний час питання форм прокурорського представництва в науковій літературі є дискусійним і немає серед вчених єдиного підходу до їх визначення.

Питання форм представницької діяльності органів прокуратури висвітлено в наукових працях М. Руденка, М. Штефана, М. Косюти, М. Мичка, В. Пшонки, О. Хавіна, Т. Дунаса та інших.

Так, у процесуальній літературі загально прийнято об'єднувати форму захисту права з порядком захисту, називаючи при цьому таке об'єднання «процесуальною формою».

Наприклад, В. Пшонка під процесуальною формою розуміє сукупність установлених або санкціонованих законом правил, що регламентують порядок здійснення правосуддя, діяльності кожного, хто бере участь у процесі [4, с. 77].

Проте, окрему увагу заслуговують думки вчених стосовно досудової форми представництва.

Так, вважаю за доцільне розцінювати досудове провадження при практичній реалізації прокурором представницької функції прокуратури як форму прокурорського представництва, оскільки майже по всіх заявах потрібно проводити перевірки для встановлення підстав для представництва, витребування різних документів та складання самого позову до суду, що є неможливим без досудового провадження прокурора.

У зв'язку з цим, необхідно вести мову про досудову стадію при реалізації представницької функції прокуратури і про форми представництва прокуратурою інтересів громадян і держави в суді.

Слід підкреслити, що механізм досудової стадії представництва вже враховано та закріплено в новому Проекті Закону України «Про прокуратуру» (далі Проект), розробленому в Адміністрації Президента України, який передбачає обсяг повноважень прокурора, який він має право використовувати у своїй діяльності з метою встановлення підстав для представництва.

Згідно вказаному Проекту Україна отримає кардинально нову систему прокуратури, відповідно до якого буде перебудований і інститут представництва інтересів громадян у суді.

Таким чином, прийняття нового Закону України «Про прокуратуру» дасть можливість органам прокуратури України відповідати вимогам сьогодення, а інститут представництва прокуратурою інтересів громадян і держави в суді цілком розкриється як важлива гарантія реального захисту прав та інтересів громадян, суспільства і держави.

Список використаних джерел:

1. Грицаєнко Л. Р. «Конституційно-правовий статус прокуратури України»: Підручник. – К.: БІНОВАТОР, 2007. – 544 с.
2. Закон України «Про прокуратуру» від 05 листопада 1991 р. // ВВРУ. – 2013. – № 14. – Ст. 89.
3. Наказ Генерального прокурора України № 6 гн «Про організацію роботи органів прокуратури щодо представництва інтересів громадянина або держави в суді та їх захисту при виконанні судових рішень» від 28 листопада 2012 року.
4. Пшонка В. Підвищення ефективності представництва прокуратурою інтересів громадян та держави у судах // Вісн. прокуратури. – 1999. – № 2. – С. 76-79.

Рагулин А. В.,

кандидат юридических наук, доцент, адвокат, руководитель центра исследования проблем организации и деятельности адвокатуры Евразийского научно-исследовательского института проблем права, доцент кафедры уголовного права и процесса Юридического института Восточной экономико-юридической гуманитарной академии (Російська Федерація)

К ВОПРОСУ О КЛАССИФИКАЦИИ ПРОФЕССИОНАЛЬНЫХ ПРАВ АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Под профессиональными правами адвоката-защитника, в законодательстве Российской Федерации, следует понимать предусмотренные и обеспеченные положениями Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и нормами уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации правовые возможности, предоставленные адвокату для оказания им квалифицированной юридической помощи физическим лицам, в целях защиты их прав, свобод и интересов при производстве по уголовному делу, а также обеспечения доступа к правосудию [1].

В тексте ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и ст. 53 УПК РФ перечисляется ряд профессиональных прав адвоката-защитника (двадцать одно), однако, детальный анализ российского законодательства позволяет утверждать, что адвокат-защитник имеет несколько больший объем профессиональных прав. Это обстоятельство обуславливает необходимость детального исследования вопроса о системе профессиональных прав адвоката-защитника по действующему российскому законодательству, т.е. об их классификации.

Как известно, классификация (лат. *classis* – разряд и *facere* – делить) – особый случай применения логической операции деления объёма понятия на классы, виды, группы и т. д. в соответствии с каким-то признаком. В формальной логике классификация определяется как распределение предметов по классам согласно сходству между ними [2]. Чтобы смоделировать структуру системы профессиональных прав адвоката-защитника, т. е. выявить классы и виды прав, необходимо определить критерии (признаки, основания деления) их классификации [3].

Анализ значительного количества источников юридической литературы в рамках проведенного исследования позволяет отметить, что наиболее полный перечень профессиональных прав защитника приводит А.П. Рыжаков, который разделяет все права защитника на четыре группы: права, одинаковые с правами всех других участвующих в уголовном процессе лиц, права участника следственного действия, права защитника, одинаковые с правами подзащитного и специфические права защитника [4]. Однако в полной мере с данной классификацией применительно к профессиональным правам адвоката-защитника, согласиться не представляется возможным, в первую очередь по причине того, что А.П. Рыжаковым при ее формировании, по-видимому, в силу несколько иной направленности проведенной им исследовательской работы, не в полной мере были учтены профессиональные права, предоставленные адвокату-защитнику ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Кроме того, следует отметить, что в ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и нормах УПК РФ устанавливаются гарантии независимости адвоката и гарантии сохранения адвокатской тайны, которые также являются составным элементом правового статуса адвоката-защитника.

Гарантии независимости адвоката – это система предусмотренных нормами международного и российского законодательства и обеспечиваемых государством социально-экономических, политических, нравственных, юридических и организационных предпосылок, условий, средств и способов, обеспечивающих независимость адвоката от постороннего незаконного

вмешательства в его деятельность и воспрепятствования ей [5]. Полагаем, что эти гарантии также должны рассматриваться в рамках института профессиональных прав адвоката-защитника, поскольку они, по своей сути, представляют собой не только механизмы обеспечения реализации всей совокупности профессиональных прав адвоката-защитника [6], но и его субъективные права, поскольку они дают адвокату-защитнику право требовать их соблюдения от должностных лиц, ведущих уголовное судопроизводство и иных лиц, государственных органов и организаций [7].

Таким образом, следует прийти к выводу о том, что значение гарантий независимости адвоката двоякое: с одной стороны, их действие направлено на обеспечение независимости адвоката и адвокатуры в целом от постороннего незаконного вмешательства в их деятельность и воспрепятствования ей. С другой стороны, на их основе формируются субъективные права адвоката-защитника, основанные на его требованиях, адресованном к государственным органам, их должностным лицам и иным физическим и юридическим лицам, о соблюдении соответствующих гарантий, в процессе осуществления им предусмотренных законом действий, направленных на реализацию его процессуальной функции. Исходя из этого, гарантии независимости адвоката, закрепленные в ст. 8 и 18 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» дают основание для выделения в классификационной структуре профессиональных прав адвоката-защитника особой группы.

Рассматривая вопрос о классификации профессиональных прав адвоката-защитника, отметим, что они могут быть классифицированы по нескольким основаниям. При этом следует учесть обоснованную позицию А.А. Стремоухова который указывает на то, что критерии, выдвигаемые в качестве основания классификации, должны выражать наиболее характерную, существенную черту круга соответствующих прав, и, кроме того, они должны обладать способностью выступать в качестве основания классификации [8].

В зависимости от степени устойчивости принадлежности адвокату-защитнику профессиональных прав их следует классифицировать на права, которые принадлежат адвокату-защитнику постоянно и права, принадлежащие ему лишь на соответствующей стадии уголовного судопроизводства. Так, право собирать доказательственную информацию принадлежит адвокату на всех стадиях уголовного судопроизводства, а право иметь с подозреваемым свидание наедине и конфиденциально до первого допроса, он может реализовать только на стадии предварительного расследования уголовного дела. Право подавать суду в письменном виде формулировки решения по вопросам, подлежащим разрешению при постановлении приговора, в свою очередь, появляется только на стадии рассмотрения уголовного дела в суде первой и апелляционной инстанции.

Классификация может проводиться и по иному основанию – по зависимости реализации конкретных профессиональных прав адвоката-защитника от решений лиц, осуществляющих производство по делу. Так, ряд профессиональных прав адвокат-защитник может реализовать только при наличии разрешения от лиц, осуществляющих производство по делу (например – право присутствовать при проведении экспертизы), в то же время для реализации большинства профессиональных прав адвокату не требуется чье-либо разрешение (например – право заявлять ходатайства).

По формально-юридическому критерию, т.е. в зависимости от нормативно-правового акта, в котором закреплены профессиональные права адвоката-защитника, их следует классифицировать на права, закрепленные ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и права, закрепленные в положениях УПК РФ и ином процессуальном законодательстве. Отметим, что профессиональные права адвоката-защитника, закрепленные в ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» следует именовать статусными, поскольку они неотъемлемо связаны со статусом адвоката, как лица, осуществляющего функцию защиты.

Рассматривая вопрос о классификации профессиональных прав адвоката-защитника в зависимости от стадий уголовного судопроизводства следует отметить, что в научной литературе стадии уголовного судопроизводства определяются как самостоятельные этапы уголовного судопроизводства, имеющие свои начало и конец, задачи и содержание, свой круг участников, их осуществляющих, и характер складывающихся между ними уголовно-процессуальных отношений, при этом считается, что совокупность стадий образует систему уголовного судопроизводства. Однако при этом, представления исследователей о количестве стадий уголовного процесса, их названии, а также об их содержании различны. Анализ материалов современных научных исследований [9] и учебной литературы [10] позволяет в обобщенном (укрупненном) виде говорить о существовании стадии досудебного производства (куда включается стадия возбуждения уголовного дела и стадия предварительного расследования уголовного дела) и стадии судебного производства (куда включаются стадия назначения судебного заседания, стадия производства в суде первой инстанции, стадия исполнения приговора, стадия производства в суде второй инстанции, стадия пересмотра судебного решения в порядке надзора и пересмотра судебного решения по вновь открывшимся обстоятельствам).

Следует также отметить, что при определении классификационной структуры профессиональных прав адвоката-защитника необходимо учитывать и то обстоятельство, что рядом профессиональных прав адвокат-защитник вправе пользоваться на протяжении всех стадий уголовного судопроизводства, причем в рамках этой группы следует выделять как профессиональные права адвоката-защитника, непосредственно связанные с участием в уголовном судопроизводстве, так и права, обусловленные гарантиями независимости и сохранения адвокатской тайны. Наряду с этим, внутри классификационных групп представляется целесообразным выделять подгруппы профессиональных прав адвоката на основе общности ряда профессиональных прав.

При формировании структуры профессиональных прав адвоката-защитника следует и учитывать необходимость максимального укрупнения этой структуры, поскольку если этого не сделать, права адвоката-защитника, по причине их взаимосвязи с правами подозреваемого (обвиняемого), будут представлять собой значительный по объему перечень [11], который, впрочем, будет вполне вписываться в общий, т.е. максимально укрупненный, перечень.

Представляется, что использование в качестве оснований для классификации профессиональных прав адвоката-защитника стадий уголовного судопроизводства в совокупности с формально-юридическим критерием, является наиболее оптимальным и продуктивным, поскольку этот подход позволяет рассматривать профессиональные права адвоката-защитника, установленные на различных уровнях и этапах производства по делу в их органичном единстве, и позволяет выстроить наиболее целостную (учитывающую положения всего массива соответствующих нормативно-правовых актов и иные факторы), стройную и последовательную (как для целей научного изложения материала, так и для его восприятия) систему профессиональных прав адвоката-защитника.

Таким образом, на основе сочетания различий в видах законодательных актов, регламентирующих соответствующие профессиональные права адвоката-защитника и различий в стадиях уголовного судопроизводства представляется необходимым прийти к выводу о существовании в современном российском законодательстве следующей системы профессиональных прав адвоката-защитника:

I. Статусные профессиональные права адвоката-защитника:

– профессиональные права адвоката-защитника, обусловленные гарантиями независимости адвоката;

– профессиональные права адвоката-защитника, обусловленные действиями, производимыми адвокатом.

II. Отраслевые профессиональные права адвоката-защитника:

– профессиональные права адвоката-защитника, принадлежащие ему на всех стадиях уголовного судопроизводства;

– профессиональные права адвоката-защитника на досудебных стадиях уголовного судопроизводства (общие права адвоката-защитника на стадии предварительного расследования; права адвоката-защитника как участника следственных действий; права адвоката-защитника при назначении и производстве экспертизы; права адвоката – защитника на ознакомление с материалами предварительного расследования; права адвоката-защитника при рассмотрении вопросов о мере пресечения; права при рассмотрении отдельных вопросов, связанных с переводом уголовного дела в категорию дел особого производства);

– профессиональные права адвоката-защитника на судебных стадиях уголовного судопроизводства (общие права адвоката-защитника на судебных стадиях уголовного судопроизводства; права адвоката-защитника при рассмотрении уголовного дела в суде I инстанции; права адвоката-защитника при рассмотрении уголовного дела в суде апелляционной, кассационной инстанции и в порядке надзора; права адвоката-защитника при рассмотрении уголовного дела с участием присяжных заседателей).

Четкое определение научных представлений о понятии и системе института профессиональных прав адвоката-защитника будет способствовать созданию действенного правового механизма для реализации профессиональных прав адвоката-защитника что, в свою очередь, несомненно, будет содействовать укреплению престижа и повышению эффективности адвокатской деятельности, и, как следствие, обеспечению реализации права каждого на получение квалифицированной юридической помощи.

Список использованных источников:

1. Рагулин А.В. «Профессиональные права адвоката-защитника»: формулирование определения понятия // Адвокатская практика. 2012. № 4. – С. 21-25.
2. Философский словарь / под ред. И. Т. Фролова. 5-е изд. М., 1987. С. 200.
3. Стремоухов А. А. Юридический статус специального субъекта права (теоретико– правовой аспект): дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2003. – С. 65.
4. См.: Рыжаков А.П. Защитник в уголовном процессе: научно-практическое руководство. – М.: Издательство «Экзамен», 2007. – С. 340-346.
5. Рагулин А.В. Гарантии независимости адвоката по российскому законодательству: понятие и содержание // Новая правовая мысль. 2011. № 5 (48). – С. 54-57.
6. См.: Трунова Л.К. Привилегии и иммунитеты в отношении адвоката в уголовном судопроизводстве // Дела судебные. Адвокаты делятся опытом. – М.: Юрлитинформ, 2005. – Вып. 4. – С. 20.
7. См.: Коломиец А. Адвокатская тайна. Некоторые проблемы правового регулирования и правоприменения // Хозяйство и право. 2005. №1. – С. 114; Schlupe W. R. *Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses in Rechtsstaat*. Zurich: Schulthess Poligraphischer Verlag. 1994. P – 35, Цит по: Пилипенко Ю. С. Адвокатская тайна: теория и практика. – М.: Информ – Право», 2009 – С. 201.
8. Стремоухов А. В. Основания классификации прав и свобод человека // Ленинградский юридический журнал. 2012. № 1. – С. 7-17.
9. См.: Гриненко А. В. Система принципов уголовного процесса и ее реализация на досудебных стадиях: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук, Воронеж, 2001; Попов Е. А. Адвокат как участник уголовного процесса в досудебных стадиях: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук, Краснодар, 2004; Пугачева А. В. Тактико-криминалистические особенности деятельности адвоката-представителя потерпевшего в досудебных стадиях уголовного процесса: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук, Владимир, 2006; Колесова Н. С. Личные (гражданские) права и свободы. В кн.: Права человека. – М., 1999. – С. 143; Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституцион-

ное право России. – М., 1999. – С. 216-223; Безлепкин Б. Т. Судебно-правовая защита прав и свобод граждан в отношениях с государственными органами и должностными лицами. – М., 1997. – С. 7-10; Бондарь Н. С. Права человека и Конституция России. – Ростов-на-Дону, 1996. – С.159; Безуглов А. А. и др. Конституционное право России. Том 1. – М., 2001 – С. 428-504. Катков Д. Б., Корчиго Е. В. Конституционное право. – М., 1999. – С. 73-76; Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации. – М., 1999. – С. 181-231; Гасанов К.К., Стремоухов А.В. Абсолютные права человека и ограничения прав // Правоведение. – 2004. – № 1 (252). – С. 164-173.

10. Григорьев В. Н., Победкин А. В., Яшин В. Н. Уголовный процесс: Учебник. – Москва, Изд-во Эксмо, 2005.; Рыжаков А. П. Уголовный процесс: Учебник для вузов – 3-е изд. испр. и доп. – М.: Издательство НОРМА, 2004.; Вандышев В. В. Уголовный процесс. Общая и особенная части. – М.: Волтерс Клувер, 2010; Уголовный процесс. Учебник для студентов юридических вузов и факультетов (под ред. К. Ф. Гуценко). – Изд-во «Зерцало», 2005 г.

11. См.: Тюрин О. В. 976 прав обвиняемого в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации, или 976 защитительных позиций. – М., «Экзамен», 2007.

Сухачова І. О.,

здобувач кафедри кримінального процесу Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка

ФУНКЦІЇ ПРОКУРОРА НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

З моменту свого створення і до цього часу незмінною функцією прокуратури у кримінальному провадженні залишається нагляд за додержанням законів при проведенні досудового розслідування. Закріплена ця функція за прокурором у ст. 36 КПК України.

Порядок проведення досудового розслідування детально регламентується нормами КПК України. Прокурор зобов'язаний наданими йому правовими засобами забезпечити точне і неухильне додержання органами досудового розслідування усіх вимог закону. Виходячи з цього, сутністю прокурорського нагляду на цьому напрямку його діяльності є забезпечення законності у досудовому розслідуванні. Цей вид нагляду характеризується активністю і наступальністю. Починається він з моменту надходження повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення і продовжується до завершення розслідування кримінального правопорушення. Здійснюється систематично і незалежно від наявності сигналів про порушення законності.

У теорії кримінального процесу немає єдності позицій щодо співвідношення нагляду в діяльності прокурора у досудовому розслідуванні і функції обвинувачення.

З цього приводу є три основні позиції. Одні автори вважають, що прокуратура є єдиним державним органом для якого нагляд за додержанням законів складає основу і сутність її діяльності. Як провідна і визначальна, ця функція здійснює вплив на реалізацію всіх інших функцій прокуратури, що завжди є додатковими до неї (В. Беляєв, В. Гаврилов, О. Кожевніков, Т. Ніколаєва М. Строгович, В. Ястребов та ін.). На думку інших основна функція прокурора у досудовому розслідуванні – обвинувачення, а нагляд за додержанням законів, навпаки, є додатковою функцією прокурора (Т. Іванова, А. Халіулін), Третя група авторів розглядають кримінальні процесуальні функції нагляду й обвинувачення в якості основних і рівнозначних, які співвідносяться між собою в різних комбінаціях, залежно від конкретної ситуації (О. Хімічева, О. Жук, В. Юрчишин та ін.).

На наш погляд, саме третя точка зору найповніше відображає як позицію законодавця, так і співвідношення прокурорських функцій обвинувачення і нагляду у досудовому розслідуванні, підкреслюючи не лише їх однопорядковий характер як основних і необхідних, а й тісну взаємопов'язаність, коли реалізація однієї з них неможлива без реалізації іншої. Нагляд за додержанням законів органами досудового розслідування це конституційна функція прокуратури (п. 3 ст. 121 Основного Закону), у зв'язку з чим вона не може бути додатковою. Необхідність цієї функції обумовлена підвищеною небезпечністю діяльності органів досудового розслідування, яка пов'язана з вторгненням їх у сферу особливо охоронюваних прав людини та з широким використанням при цьому найтяжчих державних примусових заходів процесуального характеру – аж до тимчасового позбавлення волі.

Відповідно до ст. 30 Закону України «Про прокуратуру», повноваження прокурора при здійсненні нагляду за додержанням законів у досудовому розслідуванні визначаються кримінальним процесуальним законодавством. Це означає, що основним законодавчим актом, регламентуючим даний вид прокурорської діяльності є КПК України.

Відповідно до ч. 2 ст. 36 чинного КПК України прокурора прокурор здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва.

Прокурорському нагляду підлягає вся сукупність дій і рішень учасників досудового розслідування з моменту надходження відомостей про кримінальне правопорушення. При прийнятті КПК України, як відзначалося вище, законодавець ліквідував стадію порушення кримінальної справи, і відтепер досудове розслідування починається з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань і закінчується закриттям кримінального провадження або направленням в суд обвинувального акту, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності (ст.ст. 286, 291, 292 КПК України). При цьому слідчий і прокурор невідкладно, але не пізніше одного дня після надходження заяви, повідомлення про кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ними з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язані внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та розпочати розслідування (ч. 1 ст. 214 КПК України). Здійснення досудового розслідування до внесення відомостей до Єдиного реєстру або без такого внесення не допускається (ч. 3 ст. 214 КПК України).

Визначені ч. 2 ст. 36 КПК України повноваження прокурора у досудовому розслідуванні можна розділити на дві групи: повноваження, направлені на виконання основних функцій; повноваження, направлені на виконання додаткових функцій.

До першої групи відносяться: право розпочати досудове розслідування; доручати слідчому, органу досудового розслідування у встановлений прокурором строк проведення слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій; давати вказівки щодо їх проведення; брати участь у них, а в необхідних випадках – особисто провадити слідчі (розшукові) та процесуальні дії; приймати процесуальні рішення у випадках, передбачених законом, в тому числі – щодо закриття кримінального провадження; повідомляти особі про підозру; затверджувати чи відмовляти в затвердженні обвинувального акту, клопотань про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру; вносити зміни до складеного слідчим обвинувального акту, клопотань про застосування заходів медичного або виховного характеру; самостійно складати обвинувальний акт чи зазначені клопотання.

До другої групи відносяться всі інші повноваження, перераховані в п.п. 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11 ч. 2 ст. 36 КПК України. Разом з тим, вони носять також і наглядовий, правозахисний та інший характер, бо одночасно спрямовані як на реалізацію функції обвинувачення, так і на реалізацію наглядової та правозахисної функції. А це свідчить про умовність вказаної класифікації прокурорських повноважень, що характеризують нерозривність його функцій. Прокурорський нагляд у досудовому розслідуванні – це гарантія не тільки якісного розслідування кримінального правопорушення, а й гарантія належного виконання самим прокурором усіх його функцій.

Усі наглядові повноваження прокурора спрямовані винятково на виявлення, усунення та попередження порушень закону з боку учасників досудового розслідування. Виявлення, усунення і попередження порушень закону – це самостійні складові елементи наглядової діяльності прокурора у досудовому розслідуванні.

Перелік повноважень прокурора у досудовому розслідуванні, визначено й у Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи «Комітет Міністрів – державам членам прокуратури в системі кримінального правосуддя» від 6 жовтня 2000 року №R (2000) 19. У статті 22 розділу «Відношення між державним обвинуваченням і поліцією» відзначається, що прокурор повинен мати право дачі необхідних завдань поліції з метою ефективного додержання нею пріоритетів кримінальної політики, особливо щодо рішень про те, які категорії справ необхідно розслідувати в першу чергу, які засоби використовувати для пошуку доказів, яку штатну чисельність співробітників використовувати, яку інформацію надавати прокурорам тощо. Прокурор також має право бути там, де задіяні різні органи поліції, передавати справу тим з них, які на його думку, зможуть краще справитися зі справою; надавати оцінку і

здійснювати контроль в тому обсязі, що необхідний для нагляду за виконанням наданих ним інструкцій; притягувати чи порушувати клопотання про притягнення до відповідальності за допущене порушення закону.

За чинним законодавством прокурор забезпечує законність використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі за напрямками, визначеними ст. 10 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність відповідно до вимог чинного КПК України.

Тхаркахо М. М.,

кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и административного права ФГБОУ ВПО «Адыгейский государственный университет» (Російська Федерація)

СПЕЦИФИКА РЕАЛИЗАЦИИ ПОЛНОМОЧИЙ КОНСТИТУЦИОННЫХ СУДОВ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ И СТРАНАХ СОДРУЖЕСТВА НЕЗАВИСИМЫХ ГОСУДАРСТВ

Институт конституционного контроля связан с толкованием и формой изменения конституции. Проблема соответствия нижестоящих норм вышестоящим существует везде, где действует писаное право, на вершине которого находится конституция.

Но, как известно, положения конституции не всегда должным образом воплощаются в жизнь. Поэтому государство создает систему и механизм правовой защиты конституции. Защита конституции является деятельностью всех субъектов права по обеспечению реализации норм конституции в общественных отношениях.

Наиболее существенным в охране конституции является судебный конституционный контроль, осуществляемый судами общей юрисдикции и специализированными органами конституционного контроля.

Законодательное определение полномочий общих судов по осуществлению конституционного контроля осуществляется с разной степенью полноты. В одних странах такое полномочие является результатом самой судебной практики на основе толкования своей компетенции, в других регламентируется в общей форме либо путем перечисления конкретных правомочий [5, с. 57].

В некоторых конституциях содержатся нормы о создании и компетенции специальных органов по проверке конституционности нормативных актов (Австрия, Греция, Испания, Польша, Португалия, ФРГ). Специализированные органы конституционного контроля обладают конституционной юрисдикцией, осуществляемой посредством конституционного судопроизводства. Как правило, они призваны обеспечивать соблюдение основополагающих норм, содержащихся в конституции. Под контроль обычно подпадают, прежде всего, законы, их разновидности: законы, вносящие изменения и дополнения в конституцию, органические законы, обыкновенные законы; регламенты и иные акты, принятые законодательными органами; нормативные правовые акты органов исполнительной власти; нормативные правовые акты органов местного самоуправления; внутригосударственные договоры; разрешение споров о компетенции между высшими органами государства, между органами федерации и ее субъектов, между центральной властью и автономиями, местными властями; акты судебных органов; акты и действия общественных объединений; индивидуальные правоприменительные акты и правоприменительная практика компетентных государственных органов и должностных лиц, международные договоры, действия должностных лиц в порядке их конституционной ответственности; организация и проведение, подтверждение итогов референдумов и выборов в высшие органы государственной власти; создание и деятельность политических партий и других общественных объединений.

В большинстве стран мира учреждены и действуют конституционные суды. В современных условиях компетенция конституционного суда в национальных государствах разнообразна и индивидуальна [4, с. 178].

Например, в соответствии со статьей 93 Основного закона 1949 года Федеральный конституционный суд Германии обладает весьма широким кругом полномочий. Применительно к федерации в целом осуществляет: толкование конституции по поводу споров об

объеме прав и обязанностей высшего федерального органа или других участников, которые Основным законом наделяются собственными правами; регулирование взаимоотношений федерации и ее субъектов, а в некоторых случаях и земель между собой. Применительно к взаимоотношениям федерации и ее субъектов возложено разрешение дел о соответствии права земли федеральному закону в сфере конкурирующего законодательства; рассматривает конституционные жалобы физических лиц в связи с нарушением их прав, жалобы органов местного самоуправления по поводу нарушения законом прав на самоуправление, проверяет конституционность деятельности политических партий. Этот суд вправе принимать постановления об отстранении от должности Президента республики за умышленное нарушение им Основного закона и других законов, если дело возбуждено одной из палат Парламента, об отстранении от должности федерального судьи в случае нарушения им Основного закона или посягательств на конституционный строй Германии [2, с. 341].

И российские, и германские теоретики неоднократно подчеркивали определенную сложность правовой природы Федерального конституционного суда, указывая на его двойственность. С одной стороны, это высший конституционный орган федерации, а с другой – это федеральный суд. Разрешая вопросы применения конституционного права, Федеральный конституционный суд реализует принадлежащую ему функцию защиты Конституции – Основного закона ФРГ.

Согласно статье 161 Конституции Испании Конституционный суд обладает юрисдикцией на всей испанской территории и компетентен рассматривать заявления о неконституционности законов и иных нормативных актов, имеющих силу закона, принимать ходатайства по поводу нарушения прав и свобод граждан, разрешать конфликты о компетенции между государством и автономными сообществами или между последними, разрешает другие вопросы, отнесенные к его ведению Конституцией [1, с. 392].

В Италии осуществляемое Конституционным судом правосудие направлено согласно статьям 134 и 75 Конституции 1947 года на следующие четыре цели. Во-первых, рассмотрение и разрешение споров о конституционности законов и актов, имеющих силу закона, в особенности по жалобам государства на областные законы и по жалобам областей на законы государства. Кроме того, конституционному контролю подлежат правительственные и министерские регламенты, предварительно проверяемые Счетным судом. Во-вторых, в полномочия Конституционного суда входит и разрешение споров о компетенции между государством и областями, а также между областями. В-третьих, этот Суд выносит также решения по обвинениям в государственной измене или в посягательстве на Конституцию, выдвинутым против Президента Парламентом на совместном заседании его палат. В-четвертых, согласно статьям 75, 123 Конституции Суд решает вопросы о допустимости референдума [3, с. 296].

На Украине полномочия Конституционного Суда довольно многочисленны. Он осуществляет контроль проектов о внесении изменений и дополнений в Конституцию, законов, его разновидностей; регламентов и иных актов, принятых Верховной Радой; нормативных правовых актов органов исполнительной власти; нормативных правовых актов органов местного самоуправления; действия должностных лиц в порядке их конституционной ответственности; организация и проведение, подтверждение итогов референдумов и выборов в высшие органы государственной власти; дает заключения о соблюдении конституционной процедуры расследования и рассмотрения дела о смещении Президента с поста в порядке импичмента.

Полномочия Конституционного Суда Литовской Республики установлены в статьях 102 и 105 Конституции 1992 года.

В статье 102 говорится, что «Конституционный суд принимает решения о соответствии законов и других актов Сейма Конституции, актов Президента Республики Правительства Конституции и закона». Кроме того, он представляет заключения относительно того имелись ли нарушения законов о выборах, позволяет ли состояние здоровья Президента Республики

исполнять им в дальнейшем свои обязанности, не противоречат ли международные договоры либо конкретные действия членов Сейма и государственных лиц Конституции 1992 года [6, с. 433].

Таким образом, главной задачей конституционного контроля является наблюдение за соответствием принимаемых парламентом законов конституционным нормам. Решения конституционных судов выносятся от имени государства, действуют на всей его территории и имеют общеобязательную силу.

По своему охвату решения конституционных судов могут быть весьма разнообразными, иметь больший или меньший объем. В современном мире существуют конституционные суды, в ведении которых находятся лишь ограниченные сферы применения и толкования основного закона. Однако более распространенными являются системы, при которых под надзор отдан весь конституционный спектр отношений. Поэтому при принятии решений конституционные суды оказывают воздействие на все стороны конституционного регулирования, то есть на толкование и применение конституционных прав и свобод и их гарантий, применение принципов деятельности в федеративных государствах, оказывают влияние на организацию и деятельность местного управления и самоуправления. Если конституционным судам предоставлено право проверки соответствия заключаемых государством международных договоров основному закону, то в этом случае проявляется очевидное влияние этих органов на международную деятельность государства.

Список использованных источников:

1. Конституции зарубежных государств / сост. В. В. Маклаков. – М. : БЕК, 2006.
2. Конституции государств Европы. – М., 2001.
3. Енгибарян Р. В. Конституционное развитие в современном мире / Р. В. Енгибарян. – М.: Норма, 2007.
4. Клишас А. А. Конституционная юстиция в зарубежных странах / А. А. Клишас. – М., 2005.
5. Конституционное право: новейшие зарубежные исследования. – М., 2006.
6. Конституционный контроль в зарубежных странах / отв. ред. В. В. Маклаков. – М.: Норма, 2007.

Шайхуллин М. С.,

кандидат юридических наук, доцент, Директор Евразийского НИИ проблем права (Російська Федерація)

ТРАДИЦИИ В СИСТЕМЕ ПРАВОВЫХ ЦЕННОСТЕЙ АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И АДВОКАТУРЫ

В настоящее время в практике организации и деятельности адвокатуры регулирующее и воспитательное значение традиций занижено. Это во многом связано со строго позитивистским подходом в регулировании сферы адвокатуры. Для изучения традиций в системе правовых ценностей адвокатуры необходимо отталкиваться от ценностей «...олицетворенных правом полностью или частично» [2, с.15]. К таким ценностям относятся свобода, справедливость, равенство, взаимопомощь. Эти ценности ориентируют человеческое поведение на достижение определенных целей, стандартов, образцов поведения [6, с.172]. Сознательно-волевое поведение индивидуума всегда исходит в той или иной степени из действия усвоенных и оцененных им социальных норм, [12, с.6] а право может отражать любое «повреждение нравов» в обществе, легализуя те нормы, которые полностью или частично не совпадают с моральными установками большинства его членов [1, с.22]. Это в полной мере касается институтов адвокатуры поскольку, действуя в правосфере адвокат должен придерживаться как общественной морали, так исходить из нравственного состояния личности с которой он находится в непосредственном, профессиональном контакте, выявляя случайности и закономерности общественной деформации права, морали и частой нравственности.

Ценность традиций как раз и заключается в том, что она объединяет три главные константы регулирующие как частную, так и публично-профессиональную сферы деятельности адвоката, поэтому сегодня так важно переоценить их значимость применительно к адвокатуре как институту гражданского общества еще сохраняющему опыт мононормативного регулирования отношений в адвокатском сообществе на основе права и смежных с ним явлений. Традиции адвокатуры, рожденные в недрах правового сознания смогли сохранить опыт юридической и социальной практики организации адвокатской деятельности и адвокатуры, наполненные позитивными идеями об общественных благах и свободах легли в основу формирования ее принципов.

Самостоятельность адвокатуры зиждется на традициях свободы выбора, а за эту свободу надо платить и от того насколько финансово обеспеченной будет адвокатура зависит в конечном итоге уровень предоставления квалифицированной юридической помощи. Финансово обеспеченная адвокатура – это традиция. Недоучет потребностей и интересов адвокатуры связан с дезорганизацией государственного механизма обеспечения правосудия, где все чаще и чаще наблюдается потеря традиционных правовых ценностей, поэтому так важно возрождать лучшие, забытые традиции взаимоотношений государственных органов власти и адвокатуры, построенных по принципу взаимного уважения и понимания выполнения задачи по защите прав и законных интересов физических и юридических лиц.

Формирование твердого убеждения в необходимости и целесообразности правового регулирования на основе традиций это экономия общественных усилий, поскольку попытка увидеть социально-правовые явления в подробностях обеспеченная властным механизмом обречена на провал, в отличие от гражданского обобщения в котором можно видеть традиционные формы взаимодействия, пропитанные социальной практикой и опытом организации людей, выверенных временем. При таком подходе важно сформировать правовой механизм обобщения социальных явлений, укрепленный совместной организацией по выполнению конкретных действий.

Как отмечает С.С. Судаков, традиция как нормативное понятие, закрепившееся в обществе в виде нормы задаёт определенную программу поведения и предписывающую определенный образец действий [11, с.14]. Однако традиция – ненормативное понятие, ибо не объято совокупностью юридических норм, при этом социально-правовым явлением традицию считать можно. Более того, традиция – это ценность, без которой право будет неэффективным, поскольку их взаимосвязь предначертана всем ходом общественного и государственного развития, поэтому имеет особое значение для адвокатуры и других институтов гражданского общества, поэтому в постановке вопроса о ценности традиций в системе организации и деятельности адвокатуры определенную роль играет идея их возрождения. Речь может идти о традициях уважительного отношения адвоката к противникам по делу и суду, выполнения обещаний данных гражданам и должностным лицам, ораторского мастерства, взаимоотношений с товарищами по профессии и многими другими лучшими традициями адвокатской профессии.

Однако к возрождению традиций следует подходить исключительно с позиции их классификации и соотношения с современными новациями в организации адвокатуры и адвокатской деятельности. В любом случае тактика влияния органов самоуправления адвокатуры на правосознание адвокатов путем использования традиционных норм и правил более мудрая идея, в отличие от идеализации дисциплинарной ответственности адвокатов в условиях тотального нормативно-правового регулирования многообразных отношений в их деятельности.

По мнению В.Д. Зорькина: «соблюдение фундаментальных прав и свобод едва ли не в большей степени зависит от уровня правосознания народа, от укоренившихся традиций, образования и воспитания людей, нежели от наличия писаной конституции и международных деклараций» [3, с.18]. Традиции проходят через века, накапливая и транслируя опыт, несут в себе представления индивидов о свободе, социальной справедливости, демократии, роли государства и институтов власти, содержат потенциал социального порядка и влияют на социально-политические взаимодействия [11, с.2]. Вместе с этим, в одних случаях традиции могут санкционироваться, превращаясь в нормативные положения, прямо воплощающиеся в политико-правовом пространстве, в других ситуациях традиции существуют отдельно от социальных регуляторов и реализуются совершенно в иных областях человеческой жизни [9, с.90].

Традиции в системе организации адвокатуры укрепленные нормативными положениями вытекающими из закона способствуют актуализации интересов адвокатуры ориентируют мотивационную направленность адвоката на сферу защиты прав и законных интересов личности в условиях реформирования государственно-правовой системы в России. По мнению М. В. Сальникова ценность традиции, заключается в том, что исследование правовых явлений через феномен традиции в достаточной степени эффективно там, где усматривается определенная преемственность, поступательность развития социальных явлений, там, где необходимо выделить некую устойчивую связь между социально-историческим предпосылками и дальнейшим развитием объекта исследования [7, с. 21]. Например в адвокатуре с юридической позиции необходимо оценивать целесообразность последующего санкционирования каждой конкретной нормы профессионального поведения адвоката, иначе можно создать иллюзорную практику применения правил не имеющих известной профессиональной полезности. Важно, чтобы этические нормы дополняли, а не подменяли закон, не искажали его, чтобы они были связаны с ним [4, с. 9].

Следует отдавать себе отчет, что традиции несут в себе наиболее ощутимую нагрузку в государствах с развитой политической системой и институтами демократии, но эта нагрузка облегчается в силу их правового иммунитета. Более того, ценность правовой традиции в адвокатуре заключается в том, что она создает условия для передачи знаний о праве и помогает адвокатам разумно организовывать свою деятельность, решать различные проблемы граждан.

В целом игнорирование использования традиционных норм и правил профессиональной этики следует оценивать отрицательно. В современной России восстанавливать утерянное до-

верие граждан к юридическим институтам, в том числе и адвокатуре возможно посредством возрождения и формирования положительного опыта предоставления квалифицированной юридической помощи. Практика показывает, что регулировать нормами права все действия нет никакой необходимости. Право выступает как общий регулятор, а не как рецепт для каждого конкретного случая [10, с. 91]. Такая формула может стать основой идеологизированного подхода к модернизации адвокатуры в нашем государстве, где синтезировались бы разные по своей правовой природе явления, власть, право и традиция. Л. И. Петражицкий писал: «Не скрывая симпатий к традиционным институтам (обычаям), считаю необходимым внимательно изучать их с целью конструирования принципиально новых форм общественной жизни [5, с. 438].

Прививать моду на традиции должны не только адвокаты и адвокатские общественные объединения, но и органы государственной власти т.к. именно для них они являются фундаментальными, определяющими их гуманитарное развитие, сохраняя при этом древнюю преемственность традиционных публично-правовых институтов. Понимание традиции находящейся в «coherens» т.е. во взаимосвязи с правом играет ключевую роль при формировании новаций в институтах адвокатуры. Есть мнение, что традиция сложное и многогранное социальное явление, требующее особого теоретико-методологического подхода, [8, с.27] в этом случае выявление позитивных свойств российской традиции адвокатуры не просто актуально, но и своевременно, поскольку позволит наиболее верно смоделировать стандарты деятельности адвоката.

Чрезвычайность поставленного вопроса о традиции в системе правовых ценностей адвокатуры заключается в особой, скрытой силе влияния традиций на современные модернизационные процессы. Сохранение и развитие традиций необходимо в силу создания условий для культурно-нравственного воспитания новой плеяды адвокатов. С другой стороны, дискуссионным остается вопрос о том, что большинство адвокатов стремятся сохранить традиции. Бывает, им претит статика. В публичной сфере традиция представляет собой способ передачи образцов политического сознания и поведения, сформировавшихся под влиянием особенностей исторического развития того или иного социума. Особый интерес при этом представляют те традиции, которые связывают право и политику, служа инструментом влияния на политические отношения, процессы и явления [8, с.32].

Вместе с тем, социальная и политическая стагнация общества и государственных институтов привела к тому, что образ традиционных исторических институтов, например таких как адвокатура не принимается гражданами как традиция, что в свою очередь не дает развиваться доверительным отношениям гарантирующим уверенность в выполнении обещаний и совершении поступков во благо доверителя. Поэтому важное значение приобретают традиции для своеобразия государственности и обыкновения той среды, которую она вокруг себя формирует [9, с.106].

Главная ценность традиций в системе организации адвокатуры и адвокатской деятельности заключается в том, что они рожденные в недрах общественного и правового сознания помогают сохранить юридический опыт практики организации адвокатуры и адвокатской деятельности. Исторические и локальные традиции адвокатуры, являются индикаторами устойчивого поведения адвокатов, поскольку позволяют обеспечить сбалансированный подход к правоприменению, они, укрепляя правовые и организационные основы адвокатской деятельности сохраняют в себе те правовые ценности, без которых невозможна социальная и правовая ориентированность всего адвокатского сообщества. Традиции укрепляют принципы адвокатской деятельности и адвокатуры, в основе которых лежит идеи соблюдения законности, справедливости, защиты прав и законных интересов граждан Российской Федерации.

Список использованных источников:

1. Белинков А. В. Модернизация права в России: теоретический анализ. Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1999. – С.22.
2. Графский В. Г. Традиции и обновление в праве. В кн.: Проблемы ценностного подхода в праве: традиции и обновление. М., Юристъ, 1996. – С.79.
3. Зорькин В. Д. Интеграция европейского конституционного пространства: вызовы и ответы // Государственная власть и местное самоуправление. – 2006. – №12. С.18.
4. Кабышев С. В. Внутриорганизационные нормы советского права. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1991. – С.9.
5. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – СПб., 2000. – С.438.
6. Рашева Н.Ю., Гомонов Н.Д. Ценность права в контексте системы ценностей современного российского общества // Вестник МГТУ, том 9. – 2006. – №1. – С.172.
7. Сальников М.В. Генезис и эволюция российской политико-правовой традиции: историко-теоретический и сравнительно-правовой анализ: дис. ... докт. юрид. наук. – СПб., 2005. С.21.
8. Самигуллин В.К. Традиция в правосфере. Уфа, 2008. – С.32.
9. Скасырский И.В. Российская культурно-правовая традиция и ее институционализация в современных условиях: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Ростов-на-Дону, 2002. – С.106.
10. Станисловайтис Р.И. Традиции и обычаи в механизме социального действия права: дис... докт. юрид. наук. – Вильнюс, 1989. – С.91.
11. Судаков С.С. Понятие традиции в современном американском либерализме. Дис.... канд. полит. наук. – М., 2004. – С.14.
12. Тихомиров Ю.А. Теория закона. М., Юридическая литература. 1982. – С.6.

Штогун С. Г.,

кандидат юридичних наук, доцент, Національний університету «Острозька Академія», заслужений юрист України, суддя у відставці

Банах С. В.,

перший заступник прокурора Тернопільської області

ОСОБЛИВОСТІ РОЗМЕЖУВАННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ СЛІДЧОГО СУДДІ ТА ПРОКУРОРА ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ ЗА НОВИМ КПК (СТ. 206 КПК)

Важливим кроком на шляху здійснення судово-правової реформи, побудови сучасної судової системи, забезпечення функціонування незалежної судової влади та досудового слідства є прийняття в Україні нового Кримінального процесуального кодексу України (надалі КПК).

Основне його призначення – це забезпечення об'єктивного, висококваліфікованого, неупередженого досудового слідства та правосуддя в кримінальному судочинстві.

Одна із головних ролей в цьому процесі, відводиться такій посадовій особі, як слідчому судді. Слідчий суддя – нова фігура в кримінальному судочинстві держави. Це суддя, який виконує роль арбітра сторін звинувачення і захисту, а також здійснює судовий контроль за дотриманням прав і свобод осіб у кримінальному провадженні. Він приймає рішення про застосування запобіжного заходу та продовження її терміну, видає санкції на слідчі дії, які зачіпають права людини і веде допит свідків, чия участь у судових засіданнях неможлива (вони потребують захисту, хворі, які перебувають далеко від суду).

Перша згадка поняття «судовий слідчий» з'явилася після здійснення в Російській імперії судової реформи 1864 р. За своїми функціональними обов'язками судовий слідчий тих часів нічим не відрізнявся від звичайного слідчого з кримінального процесу за попереднім КПК, хоча структурно він належав до окружного суду чи до судової палати і всі його рішення підлягали судовому контролю, а скарги на його дії розглядалися цими судовими органами. Тим самим у цій моделі судочинства судовий слідчий, будучи під подвійним прокурорським і судовим контролем, реалізовував тільки функцію попереднього розслідування. [1]

У кримінально-процесуальному законодавстві європейських країн і країн СНД по різному визначається суб'єкт уповноважений здійснювати контрольні функції на досудовому провадженні. Так слідчий суддя функціонує в Латвії та Італії. У кримінальному процесі Франції функціонують і слідчі судді, й судді по свободах та ув'язненню. Суддя по кримінальному переслідуванню передбачений за КПК Республіки Молдова. У КПК Литовської Республіки закріплено статус судді досудового провадження. У ФРН судові повноваження при проведенні дізнання покладаються на суддю дізнавача.

В новому КПК стосовно повноважень і ролі слідчого судді було втілено пропозиції та думки ряду ведучих вчених в галузі кримінального процесу, зокрема Ю.М. Грошевого, Дроздова Г., Попелюшка В.О., Машовець А.О., Нора В.Т., Скрипіна Ю.В., Шумила М.Є, та інших.

Грошевий Ю.М. вважав, що доцільно ввести слідчого суддю, який розглядав би скарги на рішення слідчого, вирішував би питання обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту і продовження строків тримання під вартою, санкціонував обшук житла чи іншого володіння особи, накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку, а також розв'язував би питання, що стосуються перевірки правомірності обмеження прав громадян під час досудового слідства. [2]

Були інші позиції, так позиція О.О. Машовець полягала в тому, що слідчий суддя має вирішувати всі спірні питання, що виникають між обвинуваченням і захистом, розглядати скарги

на дії слідчого, прокурора, санкціонувати виконання окремих слідчих дій і застосування запобіжного заходу взяття під варту, інших заходів процесуального примусу заходу, розглядати скарги на відмову в порушенні кримінальної справи, контролювати правильність закриття кримінальних справ, вирішувати питання про передачу справи до суду для розгляду її по суті. [3].

На слідчого суддю, на його думку, можна було би покласти обов'язок по виконанню підготовчих дій і внесенню справи в судові засідання .

Позиції практиків екс-Голів Верховного Суду України В.Т. Маляренка і П.П. Пилипчука полягали в тому, що слідчий суддя повинен здійснювати повноваження судового контролю за досудовим розслідуванням, покладені на нього Конституцією України, а також приймати рішення про застосування всіх заходів процесуального примусу, які суттєво обмежують конституційні права і свободи людини, вирішувати питання про відповідальність за невиконання або неналежне виконання процесуальних обов'язків, розглядати скарги на постанови про відмову в порушенні кримінальної справи та про закриття кримінальної справи, про усунення захисника від участі у справі.[4]

Якщо говорити про правову природу появи посади слідчого судді, то в цьому плані заслуговує уваги позиція А.Р. Туманянц, який вважає, що саме через слідчого суддю реалізуються така важлива функція судової влади , як судовий контроль.

Належний судовий контроль, об'єктивне й незалежне досудове слідство, на наше переконання, неможливі без наявності слідчого судді як об'єктивного і незалежного дослідника обставин вчиненого злочину. Запровадження у вітчизняному кримінальному процесі інституту слідчого судді – це вірний шлях до вирішення низки проблем на стадії досудового розслідування. З його введенням відпаде частина невластивих як слідчому, так і прокуророві функцій, а чіткий розподіл останніх на стадії досудового розслідування служитиме гарантією реалізації принципу змагальності.[5]

Введення у вітчизняне судочинство інституту судового контролю з'явилося доволі вагомою гарантією охорони прав особи, залученої в кримінальний процес. Основна мета функції судового контролю полягає в захисті прав і законних інтересів учасників кримінального судочинства. Для її досягнення перед судовим контролем постає низка завдань:

- а) запобігти неправомірним діям і рішенням, що порушують конституційні права і свободи громадян;
- б) відновлювати права, безпідставно порушені органами досудового розслідування;
- в) надавати правомірним діям і рішенням особи, що провадить дізнання, слідчого, прокурора юридичної сили, легалізувавши, тим самим, отримані докази;
- г) сприяти винесенню правосудного вироку при вирішенні справи по суті.

Та стверджувати, що слідчий суддя реалізуючи свої повноваження передбаченні чинним законодавством, втілює в кримінальному судочинстві лише функцію судового контролю було б невірно. Ця функція чітко виражена наприклад в повноваженнях слідчого судді при розгляді скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора під час досудового розслідування.

Надання дозволу слідчим суддею для проведення обшуку житла чи іншого володіння особи (ст. 235 КПК), надання дозволу для проведення негласних слідчих(розшукових дій) у кримінальному провадженні (ст.ст. 247,248,250 КПК) це вже є реалізація дозвільної функції судової влади.

В той же час застосування слідчим суддею запобіжних заходів у кримінальному провадженні (ст.176 КПК) або заходів по забезпеченню кримінального провадження (ст.131КПК) в цілому, таких наприклад як накладення грошового стягнення, відсторонення від посади, арешт майна викликає роздуми стосовно того – втілення якої функції судової влади тут відбувається?

На нашу думку особливої уваги заслуговують повноваження слідчого судді щодо захисту прав людини саме в ракурсі реалізації функцій судової влади.

Зокрема ч.1-5ст.206 КПК передбачено, що кожен слідчий суддя суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться особа, яка тримається під вартою, має право постановити ухвалу, якою зобов'язати будь-який орган державної влади чи службу особу забезпечити додержання прав такої особи.

2. Якщо слідчий суддя отримує з будь-яких джерел відомості, які створюють обґрунтовану підозру, що в межах територіальної юрисдикції суду знаходиться особа, позбавлена свободи за відсутності судового рішення, яке набрало законної сили, або не звільнена з-під варти після внесення застави в установленому цим Кодексом порядку, він зобов'язаний постановити ухвалу, якою має зобов'язати будь-який орган державної влади чи службу особу, під вартою яких тримається особа, негайно доставити цю особу до слідчого судді для з'ясування підстав позбавлення свободи.

3. Слідчий суддя зобов'язаний звільнити позбавлену свободи особу, якщо орган державної влади чи служба особа, під вартою яких тримається ця особа, не надасть судового рішення, яке набрало законної сили, або не доведе наявності інших правових підстав для позбавлення особи свободи.

4. Якщо до доставлення такої особи до слідчого судді прокурор, слідчий звернеться з клопотанням про застосування запобіжного заходу, слідчий суддя зобов'язаний забезпечити проведення у найкоротший строк розгляду цього клопотання.

5. Незалежно від наявності клопотання слідчого, прокурора, слідчий суддя зобов'язаний звільнити особу, якщо орган державної влади чи служба особа, під вартою яких трималася ця особа, не доведе:

- 1) існування передбачених законом підстав для затримання особи без ухвали слідчого судді, суду;
- 2) неперевищення граничного строку тримання під вартою;
- 3) відсутність зволікання у доставленні особи до суду.[6]

Коли уважно проаналізувати вищевикладені повноваження слідчого судді то складається враження, що законодавець наділив слідчого суддю повноваженнями характерними лише органам прокуратури. Сама правова природа судової влади говорить про те, що суб'єкт судової влади не може діяти за власною ініціативою, а тільки при умові звернення до нього фізичної або юридичної особи. В даному випадку такі повноваження слідчого судді слід віднести до наглядової функції, здійснення якої явно не характерне судовій владі.

Більше того, коли ми звернемося до Конституції України ,зокрема ст. 121п.4 то бачимо , що нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян покладено саме на прокуратуру, а не на суд.[8]

Також ст. 4. Закону України «Про прокуратуру» підтверджує, що діяльність органів прокуратури спрямована на всемірне утвердження верховенства закону, зміцнення правопорядку і має своїм завданням захист від неправомірних посягань:

– гарантованих Конституцією, іншими законами України та міжнародними правовими актами соціально-економічних, політичних, особистих прав і свобод людини та громадянина. [9]

Закономірно виникає питання, для чого створювати два суб'єкти влади які дублювали один одного?

Можливо дана проблема не так гостро стояла коли б слідчі судді виконували лише повноваження передбачені КПК, але коли ці судді займаються і розглядом цивільних справ, то при таких величезних навантаженнях чи доцільно на них ще покласти прокурорські повноваження?

Та невелика практика застосування нового КПК яку ми маємо говорити, що це не дієва норма і носить вона лише декларативний характер, а тому на нашу думку вимагає нового перегляду законодавцем.

Список використаних джерел:

1. Бринцев В. Досудове слідство: судовий слідчий чи «слідственный судья»? / В. Бринцев // *Право України*. – 1997. – №7. – С. 5-12.
2. Грошевий Ю. Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність / Ю. Грошевий // *Вісник Академії правових наук України*. – 2003. – №2-3. – С.690-700.
3. Машовец А. О. Принцип состязательности и его реализация в предварительном следствии / А. О. Машовец; Уральская государственная юридическая академия. – Екатеринбург, 1994. – Дис. ... к.ю.н. – С. 56.
4. Маляренко В. Т. Головні напрями розбудови кримінального судочинства, структура і зміст майбутнього КПК України / В. Т. Маляренко, П. Пилипчук // *Право України*. – 2000. – №8. – С. 10-20.
5. Туманянц А. Р. Слідчий суддя як суб'єкт реалізації судових функцій у досудовому провадженні / А. Р. Туманянц // *Форум права*. – 2011. – С. 896-900. (Електронний ресурс).
6. Кримінальний процесуальний кодекс України. – К., 2012 // *Закон і Бізнес*. – С. 113-114.
7. Конституція України. Офіційне видання. – К., 2006. – С. 73.
8. Закон України «Про прокуратуру» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1789-12>.

Колесник В. А.,

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри кримінального процесу та криміналістики Академії адвокатури України

КОМУ ПОТРІБНА ПОСТАНОВА ПРОКУРОРА ЧИ СЛІДЧОГО?

Введення до КПК України негласних слідчих (розшукових) дій як окремого інституту процесуальних дій, що проводяться під час досудового розслідування, є новим явищем для вітчизняної системи кримінального судочинства, яке озброює сторону обвинувачення додатковими інструментами розслідування злочинів і водночас покладає на виконавців обов'язок професійного володіння цим «інструментом», оскільки невміле його застосування може призвести до порушення прав особи під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Певною особливістю негласних слідчих (розшукових) дій є те, що переважна більшість їх не має чітко встановленої кримінальним процесуальним законом процедури проведення, порядку застосування спеціальних науково-технічних засобів, фіксування ходу й отриманих результатів тощо. Окрім положень кримінальних процесуальних норм Глави 21 КПК України, загальний порядок проведення негласних слідчих (розшукових) дій і окремих порядок проведення деяких з них встановлено міжвідомчою Інструкцією «Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні» [1], метою якої є врегулювання загальних процедур організації й проведення таких процесуальних дій та використання їх результатів, що мали б забезпечувати додержання конституційних прав та законних інтересів учасників досудового розслідування, інших осіб, швидке, повне та неупереджене розслідування злочинів, захисту особи, суспільства і держави. Але, на жаль, чинні норми кримінального процесуального закону і окремі положення зазначеної Інструкції не в повній мірі узгоджені між собою, що створює складнощі для їх застосування на практиці. Окремі з таких невідповідностей стосуються визначення змісту, ролі й місця постанови про проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Винесення постанови слідчим, прокурором в разі прийняття ними рішення про проведення негласної слідчої (розшукової) дії є обов'язковою вимогою для її проведення, на відміну від тих випадків, коли постанова може бути винесена, якщо процесуальна особа визнає це за необхідне. Постанова виготовляється на офіційному бланку та засвідчується підписом особи, яка прийняла відповідне процесуальне рішення. Така постанова, якщо вона прийнята згідно із законом і в межах компетенції процесуальної особи, є обов'язковою для виконання фізичними та юридичними особами, прав, свобод чи інтересів яких вона стосується. Ці законодавчі вимоги, що сформульовані в ст. 110 КПК України, є чітко визначеними і підлягають суворому виконанню усіма особами, що причетні до підготовки, проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання отриманих результатів у кримінальному провадженні. Співробітники уповноважених оперативних підрозділів, навіть виконуючи доручення слідчого чи прокурора і користуючись при цьому правами слідчого, не мають права самостійно виносити постанову про проведення негласної слідчої (розшукової) дії.

Окрім загальних відомостей, що повинні бути викладені в будь-якій постанові слідчого чи прокурора, в постанові про проведення негласної слідчої (розшукової) дії обов'язково повинні міститися й інші дані, встановлені вимогами ст. 251 КПК України, і серед них ті, які розкривають відомості про особу (осіб), яка буде проводити негласну слідчу (розшукову) дію, що прямо й однозначно визначено в пункті п'ятому частини першої зазначеної статті. Якщо негласну слідчу (розшукову) дію буде проводити слідчий, який виніс постанову, або її проведення доручається прокурором слідчому, що здійснює досудове розслідування, на таку особу прямо вказується в постанові як на виконавця. Очевидно, слідуючи логіці законодавця, в постанові повинна бути вказана й особа-виконавець, якщо проведення даної процесуальної дії доручається уповноваженому оперативному підрозділу.

Але з цією нормативною процесуальною вимогою в частині проведення негласних слідчих (розшукових) дій уповноваженим оперативним підрозділом вступають в колізію і суперечать їй положення міжвідомчої Інструкції, якою врегульовано порядок надання доручень прокурором, слідчим на проведення негласної слідчої (розшукової) дії. Не встановлюючи будь-яких додаткових вимог щодо змісту постанови слідчого, прокурора про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, які б відрізнялись від вимог кримінального процесуального законодавства, автори Інструкції у п. 2.11.1. цілком безпідставно вказують на те, що у постанові слідчого, прокурора про проведення негласних слідчих (розшукових) дій зазначається орган, а не особа і навіть не оперативний підрозділ, який буде виконувати цю слідчу дію.

Стаття 246 КПК України надає право уповноваженим оперативним підрозділам проводити за дорученням слідчого, прокурора негласні слідчі (розшукові) дії, але не покладає на них такого обов'язку. Обов'язковими для виконання є процесуальні рішення у формі постанови, а не у вигляді доручень прокурора, слідчого. Проте, згідно з вимогами п.3.3. Інструкції, слідчий, прокурор повинен надіслати доручення (а не постанову чи її копію) на проведення негласної слідчої (розшукової) дії керівнику органу, під юрисдикцією якого знаходиться місце вчинення кримінального правопорушення і у складі якого знаходяться орган розслідування та/або оперативні підрозділи, уповноважені на проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Після цього, згідно з приписами п.3.4.3. Інструкції, не слідчий чи прокурор, а керівник органу відповідно до відомих нормативно-правових актів визначає виконавця – оперативний підрозділ чи оперативні підрозділи. У самому ж оперативному підрозділі за рішенням його керівника і згідно з вимогами п.1.7.2. Інструкції, а не на підставі постанови слідчого чи прокурора призначається оперативний співробітник (працівник), що залучається до проведення негласної слідчої розшукової дії. Отже, слідчий чи прокурор, який виносить постанову і зобов'язаний вказати у складеному процесуальному документі особу, яка буде проводити негласну слідчу (розшукову) дію, таку особу уповноваженого оперативного підрозділу, що фактично проводитиме негласну слідчу (розшукову) дію і буде користуватися правами слідчого та залучатиме до її проведення інших осіб, може й не знати. Водночас ні в п. 3.4.3., ні в п. 1.7.2. міжвідомчої Інструкції не вказується на те, якими саме офіційними документами має бути оформленим рішення керівника органу про визначення оперативного підрозділу та рішення керівника уповноваженого оперативного підрозділу про залучення до проведення негласної слідчої (розшукової) дії конкретного співробітника (працівника) і чи підлягають такі документи направленню прокурору для долучення до матеріалів кримінального провадження. В результаті підставами для надання процесуальних повноважень слідчого оперативним співробітникам, які проводитимуть негласні слідчі (розшукові) дії, стає не постановою як встановлений процесуальний документ, а доручення, котре не має визначеного процесуального статусу, обов'язкової процесуальної форми і за своїм змістом не передбачає надання процесуальних повноважень конкретній особі.

У певній мірі такі різночитання процесуального і відомчого підходу до встановлення суб'єкта проведення негласних слідчих (розшукових) дій і процесуальних вимог до змісту постанови про їх проведення пов'язані із тим, що в частині шостій ст. 246 КПК України законодавець в переліку суб'єктів називає слідчого, який здійснює досудове розслідування злочину як конкретно визначену процесуальну особу, а також «уповноважені оперативні підрозділи», перелік яких є доволі невизначеним, а конкретні виконавці як співробітники (працівники) таких уповноважених оперативних підрозділів не мають належної процесуальної персоніфікації.

Список використаних джерел:

1. Інструкція «Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні», затверджена наказом Генеральної прокуратури України, МВС України, СБ України, Адміністрації ДПС України, Мінфіну України, Мінюсту України № 114/1042/516/1199/936/5 від 16 листопада 2012 р.

Зміст

**Академік І. Малиновський –
науковець, правник, державний та громадський діяч**

**Академик И. Малиновский –
ученый, юрист, политический и общественный деятель**

**Academician I. Malynovskyi –
scientist, lecturer, political and social activist**

Герасимчук О. П.

МЕТОДИКА НАУКОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ

ЗА ПРАЦЕЮ І. МАЛИНОВСЬКОГО «ПАМ'ЯТИ УЧИТЕЛЯ» 4

Грищук М. В.

ТЕРИТОРІАЛЬНА ГРОМАДА М. ОСТРОГА ПАМ'ЯТАЄ ТА ШАНУЄ 7

Іванніков І. А.

ІСТОРИК РОСІЙСЬКОГО ПРАВА ІОАННИКІЙ ОЛЕКСІЙОВИЧ МАЛИНОВСЬКИЙ:

ЖИТТЯ І ДІЯЛЬНІСТЬ 10

Морозова О. М.

НАРАТИВ ПРОФЕССОРА И. А. МАЛИНОВСКОГО 17

Попелюшко В. А.

«КРОВАВАЯ МЕСТЬ И СМЕРТНЫЕ КАЗНИ» В СУДЬБЕ ПРОФ. И. А. МАЛИНОВСКОГО 33

Сороковик И. А.

И. А. МАЛИНОВСКИЙ – ИЗВЕСТНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬ

ГОСУДАРСТВЕННОГО ПРАВА ВЕЛИКОГО КНЯЖЕСТВА ЛИТОВСКОГО 38

Фоминых С. Ф., Грибовский М. В., Некрылов С. А.

УНИВЕРСИТЕТЫ УКРАИНЫ В СУДЬБАХ ПРОФЕССОРОВ-ЮРИСТОВ ТОМСКОГО

УНИВЕРСИТЕТА В ДОРЕВОЛЮЦИОННЫЙ ПЕРИОД 41

Шульга М. В.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ТВОРЧОЇ СПАДЩИНИ І. О. МАЛИНОВСЬКОГО 49

**Теорія та історія держави і права, історія політичних
та правових вчень**

**Теория и история государства и права, история политических
и правовых учений**

Theory and history of law, history of political and legal doctrines

Dragan M. Mitrović

THE IDEALISTIC CONCEPT OF THE LAW 52

Adam Moniuszko

ZASADY PROCESU SKARGOWEGO W PRAKTYCE MAZOWIECKIEJ

Z PRZEŁOMU XVI I XVII WIEKU 69

Баліцька О. Ю.

ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРАВОВІДНОСИН 71

Ищук С. І.

ПРАВОВІ МЕХАНІЗМИ СТИМУЛЮВАННЯ БЛАГОДІЙНИЦТВА У ЕКОНОМІЧНІЙ

ДІЯЛЬНОСТІ ІНСТИТУТІВ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА 73

Клименко Н. И., Пеньковский В. Ф.

ПРИНЦИПЫ СПРАВЕДЛИВОСТИ В ИНСТИТУТЕ СОБСТВЕННОСТИ

РИМСКОГО ПРАВА И СОВРЕМЕННОСТЬ 75

<i>Ковальчук В. Б.</i> ПРАВОСВІДОМІСТЬ У ПОСТРАДЯНСЬКИЙ ПЕРІОД: З ДОСВІДУ ВІТЧИЗНЯНОГО ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ	78
<i>Литвяк Ю. Ф.</i> ОСОБЕННОСТИ НАЗНАЧЕНИЯ И ИСПОЛНЕНИЯ СМЕРТНОГО ПРИГОВОРА ИНКВИЗИЦИОННЫМ ТРИБУНАЛОМ	81
<i>Турчак О. В.</i> «УКРАЇНСЬКЕ ПИТАННЯ» У МІЖВОЄННІЙ ПОЛЬЩІ 20-Х РР. ХХ СТ. В КОНТЕКСТІ ВРЕГУЛЮВАННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ВІДНОСИН	84
<i>Ханас В. А.</i> ІНСТИТУТ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ НЕДЕЗДАТНИХ ТА МАЛОЛІТНІХ ОСІБ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ	87
Конституційне право, Адміністративне право та процес, Міжнародне право	
Конституционное право, Административное право и процесс, Международное право	
Constitutional law, Administrative Law and Procedure, International Law	
<i>Dr. Milenko Kreća</i> IS THE RULE ON AUTOMATIC SUCCESSION OF MULTILATERAL HUMAN RIGHTS TREATIES NECESSARY?	90
<i>Аврамишин С. В.</i> ОКРЕМІ ПИТАННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ ІНСТИТУТУ СТРОКУ ЗВЕРНЕННЯ ДО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ	102
<i>Ахметова И. Э.</i> МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ПРИНЦИПЫ ПО ЗАЩИТЕ ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ В УСЛОВИЯХ ВООРУЖЕННОГО КОНФЛИКТА	106
<i>Ермолина М. А.</i> КОНЦЕПЦИЯ УСТОЙЧИВОГО РАЗВИТИЯ: ПРАВО И ПОЛИТИКА	110
<i>Костюк В. Л.</i> ГРОМАДСЬКИЙ КОНТРОЛЬ У КОНТЕКСТІ РЕФОРМУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ	113
<i>Крамар С. І.</i> САМОВРЯДУВАННЯ МІСТА КАМ'ЯНЕЦЬ НА ПОДІЛЛІ ХVІ-ХVІІІ СТ. У ДОСЛІДЖЕННЯХ М. ВЛАДИМИРСЬКОГО-БУДАНОВА	115
<i>Мартинюк Р. С.</i> НЕОБХІДНІСТЬ ЗМІНИ ФОРМИ ПРАВЛІННЯ – НАЙВАЖЛИВИШИЙ ЧИННИК КОНСТИТУЦІЙНОГО РЕФОРМУВАННЯ В УКРАЇНІ	117
<i>Мирзоян Р. Э.</i> КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДЕНЕЖНЫХ ОТНОШЕНИЙ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ	120
<i>Скрипнюк В. М.</i> ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ УКРАЇНСЬКОГО ПАРЛАМЕНТУ В КОНТЕКСТІ ПРОЦЕСУ КОНСТИТУЦІЙНОЇ МОДЕРНІЗАЦІЇ	123

Цивільне право та процес. Трудове право. Земельне право

Гражданское право и процесс. Трудовое право. Земельное право

Civil Law and Procedure. Labour Law. Land Law

<i>Водоп'ян Т. В.</i> ЦИВІЛЬНА ДІЄЗДАТНІСТЬ МАЛОЛІТНІХ	126
<i>Гвоздева К. В.</i> ОТДЕЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАОЧНОГО ПРОИЗВОДСТВА В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ	129
<i>Заверуха С. В.</i> ПРАВОВА ПРИРОДА НЕУСТОЙКИ	132
<i>Золотарьова Д. М.</i> ПРАВОВІ ПИТАННЯ ВИКОРИСТАННЯ ТИМЧАСОВО ЗАЙНЯТИХ ЗЕМЕЛЬ	134
<i>Іванов С. О., Сніцар І. В.</i> БЮДЖЕТНА УСТАНОВА – СПЕЦИФІЧНА ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВА ФОРМА: В АСПЕКТІ ЦИВІЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ	136
<i>Ігнатенко І. В.</i> ДО ПИТАННЯ ПРО СПІВІДНОШЕННЯ ПЛАНУ ЗОНУВАННЯ ТЕРИТОРІЇ І ДОКУМЕНТІВ ТЕРИТОРІАЛЬНОГО ПЛАНУВАННЯ	139
<i>Ковач Д. Л.</i> ДО ПИТАННЯ ВИНИКНЕННЯ ПРАВ НА ЗЕМЛЮ	141
<i>Курило Т. В.</i> ОСОБЛИВОСТІ СПАДКУВАННЯ ЗА ЗАПОВІТОМ У РИМСЬКОМУ ПРАВІ	143
<i>Лідовець Р. А.</i> ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ТА КЛАСИФІКАЦІЇ РИЗИКІВ У ДОГОВОРАХ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖУ	146
<i>Ліпак Г. М.</i> НОРМИ ПРО ШЛЮБНИЙ ВІК, ЩО ДІЯЛИ НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У СКЛАДІ РОСІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЇ	149
<i>Мамаєва Д. А.</i> ПОНЯТИЕ И СУЩНОСТЬ ПРИКАЗНОГО ПРОИЗВОДСТВА	151
<i>Никитенко Ю. М.</i> ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВОТВОРЧЕСКОЙ ФОРМЫ ЛОКАЛЬНОЙ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ НА ФЕДЕРАЛЬНОМ УРОВНЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ТРУДА	153
<i>Овчинникова К. А.</i> АКТУАЛЬНОСТЬ ЗАЩИТЫ ПРАВ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ	156
<i>Парасюк В. М.</i> ПРОБЛЕМНИ АСПЕКТИ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ПРИВАТНОЇ ІНФОРМАЦІЇ ЗАСОБАМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА	158
<i>Поліщук О. Г.</i> СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ КОНКУРЕНТНИХ ЗАСАД ПРИ НАДАННІ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК КОМУНАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У КОРИСТУВАННЯ	161
<i>Родоман Т. О.</i> ДО ПОНЯТТЯ «ДОГОВОРУ» В ІНСТИТУТІ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНСЬКОГО ТА ІНОЗЕМНОГО ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА	163

<i>Савельєва О. М.</i> ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОЇ РЕАЛІЗАЦІЇ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОДУКЦІЇ В УКРАЇНІ	166
<i>Савинова М. П.</i> ТАЙНА УСЫНОВЛЕННЯ РЕБЕНКА	168
<i>Сердечна І. Л.</i> РОЗВИТОК ВЧЕННЯ ПРО ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА ЧЛЕНІВ СІМ'Ї ТА РОДИЧІВ НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ (ХІ – ПОЧ ХХ СТ. СТ.)	170
<i>Федчишин Д. В.</i> ПРАВОВІ ПИТАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ ЗАБУДОВИ	173
<i>Філін'єв А. О.</i> ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ НОРМ РЕГЛАМЕНТУ РАДИ ЄС № 4/2009 ВІД 18 ГРУДНЯ 2008 Р. ПРО ЮРИСДИКЦІЮ, ПРАВО, ЩО ПІДЛЯГАЄ ЗАСТОСУВАННЮ ТА ВИЗНАННЯ І ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ, А ТАКОЖ СПІВПРАЦІЮ У СПРАВАХ ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ АЛІМЕНТНИМИ ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ	175
<i>Шульга М. В.</i> ЗЕМЛЕВИКОРИСТАННЯ ЯК УМОВА КОРИСТУВАННЯ НАДРАМИ	178
 Кримінальне право та криминологія, кримінально-виконавче право Уголовное право и криминология, уголовно-исполнительное право Criminal Law and Criminology, Penal Law 	
<i>Dr. L. Kóhalmi</i> KAMPF GEGEN DIE KORRUPTION IN UNGARN	181
<i>Байлов А. В.</i> ТЯЖКА ОБРАЗА ЯК ОБСТАНОВКА ВЧИНЕННЯ УМИСНИХ ЗЛОЧИНІВ, СКОЄНИХ У СТАНІ СИЛЬНОГО ДУШЕВНОГО ХВИЛЮВАННЯ	188
<i>Врубель О. Р.</i> АНАЛІЗ ПРОЕКТУ ЗАКОНУ «ПРО ЛІКУВАННЯ ОСІБ З ПСИХІЧНИМ РОЗЛАДОМ, ЯКИЙ СПРИЧИНЮЄ НЕБЕЗПЕКУ ДЛЯ ЖИТТЯ, ЗДОРОВ'Я АБО СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ІНШИХ ОСІБ»	192
<i>Демченко І. М.</i> ДО ПИТАННЯ ПРО СИСТЕМАТИЗАЦІЮ ПОЛОЖЕНЬ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ КК УКРАЇНИ, ЩО ВПЛИВАЮТЬ НА ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ	194
<i>Дорош Л. В.</i> ДЕЯКІ ПИТАННЯ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КК УКРАЇНИ	197
<i>Жидик В. В.</i> ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ УМИСНИХ ВБИВСТВ, ВЧИНЕНИХ ПІД ЧАС БІЙКИ	200
<i>Зембра Є. Є.</i> СПОСІБ НЕЗАКОННОГО ЗАВОЛОДІННЯ ТРАНСПОРТНИМИ ЗАСОБАМИ: СУЧАСНИЙ ЗМІСТ ...	203
<i>Ленко М. О.</i> СПОСІБ ВЧИНЕННЯ ТЕРОРИСТИЧНОГО АКТУ	206
<i>Кобзева О. Г.</i> ПЕНИТЕНЦИАРНА СУБКУЛЬТУРА: ПОНЯТИЕ, ПРИЗНАКИ, СОСТАВНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ	208
<i>Перепелиця Г. Б.</i> ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ОХОРОНЮВАНИЙ ЗАКОНОМ ІНТЕРЕС» (СТ. 364 КК УКРАЇНИ)	211
<i>Орленко О. М.</i> МЕЖІ ЮРИСДИКЦІЇ ДЕРЖАВИ В ПРОТИДІЇ КІБЕРЗЛОЧИННОСТІ	214

<i>Орловська Н. А.</i> КРИМІНОЛОГІЧНА СИСТЕМА УКРАЇНИ: ДИСКУРС У КОНТЕКСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПУБЛІЧНОГО ПОРЯДКУ	216
<i>Парасюк Н. М.</i> ДЕЯКІ МІРКУВАННЯ ЩОДО УДОСКОНАЛЕННЯ ЧИННОЇ РЕДАКЦІЇ СТАТЕЙ 318 ТА 319 КК УКРАЇНИ	218
<i>Ханин Д. Ю.</i> КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЕ ЗНАЧЕНИЕ ВИДЕОЗАПИСЕЙ С ВИДЕОРЕГИСТРАТОРОВ В РАССЛЕДОВАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ, СВЯЗАННЫХ С НАРУШЕНИЕМ ПРАВИЛ ДОРОЖНОГО ДВИЖЕНИЯ	221
Кримінальний процес та криміналістика, судова експертиза	
Уголовный процесс и криминалистика, судебная экспертиза	
Criminal Procedure and Criminalistics, Judicial Expertise	
<i>Бабошкін А. М.</i> ПРОКУРОРСЬКИЙ НАГЛЯД ЗА ЗАКОННІСТЮ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ШАХРАЙСТВА З ФІНАНСОВИМИ РЕСУРСАМИ	224
<i>Бишевецъ О. В.</i> ТАКТИЧНІ ПРИЙОМИ АКТУАЛІЗАЦІЇ ІДЕАЛЬНИХ СЛІДІВ ЗЛОЧИНУ	226
<i>Боржецька Н. Л.</i> ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ МОМЕНТУ ЗАКІНЧЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ	228
<i>Бояров В.І.</i> КРИМІНАЛІСТИЧНА КЛАСИФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНІВ ЕКСТРЕМІСТСЬКОЇ СПРЯМОВАНОСТІ	231
<i>Галаган В. І., Калачова О. М.</i> ОСОБЛИВОСТІ ПОЧАТКУ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ПРИ ВИЯВЛЕННІ ОЗНАК КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ НА ТЕРИТОРІЇ ДИПЛОМАТИЧНИХ ПРЕДСТАВНИЦТВ ЧИ КОНСУЛЬСЬКИХ УСТАНОВ УКРАЇНИ	234
<i>Глушков В. О., Найдьон Ю. О.</i> ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У ЗВ'ЯЗКУ ІЗ ЗАСТОСУВАННЯМ НОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ	239
<i>Гонгало С. Й.</i> ВИКОРИСТАННЯ ПОЛОЖЕНЬ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ТЕХНІКИ В ПОПЕРЕДНЬОМУ ТЕХНІКО-КРИМІНАЛІСТИЧНОМУ ДОСЛІДЖЕННІ ДОКУМЕНТІВ	242
<i>Гора І. В.</i> СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ КЛАСИФІКАЦІЇ СУДОВИХ ЕКСПЕРТИЗ	245
<i>Дерев'янка М. І.</i> МІЖНАРОДНІ ЗАСАДИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСУ ПІД ЧАС КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ	247
<i>Жовтан П. В.</i> СПОСОБИ ПРИХОВУВАННЯ ХАБАРНИЦТВА ТА ЇХ ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ОПЕРАТИВНО- РОЗШУКОВОГО ДОКУМЕНТУВАННЯ ТА ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ	249
<i>Ільченко С. Ю.</i> ЩОДО СПІВВІДНОШЕННЯ ЗМІСТУ ДЕЯКИХ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВ І СВОБОД ОСОБИ	251
<i>Клименко Н. І.</i> ДЕЯКІ КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПИТАННЯ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ	253
<i>Куц Я. О.</i> ПРОЦЕСУАЛЬНІ ВИТРАТИ І ПРАВОВА ДОПОМОГА	257

<i>Лідовець Т. М.</i> ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ПОТЕРПІЛИХ ФІЗИЧНИХ ОСІБ МАЛОЛІТНЬОГО, ПОХИЛОГО ВІКУ, ОСІБ З ФІЗИЧНИМИ ТА ПСИХІЧНИМИ ВАДАМИ В ХОДІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ	260
<i>Лук'янчиков Б. Є., Лук'янчиков Є. Д.</i> ПОБУДОВА ХАРАКТЕРИСТИК ЗЛОЧИНУ	262
<i>Люліч В. А.</i> ТИМЧАСОВИЙ ДОСТУП ДО РЕЧЕЙ І ДОКУМЕНТІВ, ЯК СПОСІБ ЗБИРАННЯ ДОКАЗІВ ЗАХИСНИКОМ	267
<i>Ляш А. О.</i> ВИКОРИСТАННЯ КОНФІДЕНЦІЙНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ: ОКРЕМІ ЗАУВАЖЕННЯ	270
<i>Маланчук А. Г.</i> ДОПИТ У РЕЖИМІ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ	272
<i>Маланюк А. Г.</i> ЗАВДАННЯ І ПРЕДМЕТ ПРОВАДЖЕННЯ З ВІДНОВЛЕННЯ ВТРАЧЕНИХ МАТЕРІАЛІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ	274
<i>Малюга Р. В.</i> ОЦІНКА ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯ ПРО КОНТРАБАНДУ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ	277
<i>Масалітін А. О.</i> ОСОБЛИВОСТІ ПІДГОТОВКИ МАТЕРІАЛІВ ДЛЯ ПРОВЕДЕННЯ КОМПЛЕКСНОЇ СУДОВОЇ ПСИХОЛОГО-ПСИХІАТРИЧНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ЗЛОЧИНІВ, ВЧИНЕНИХ НА ҐРУНТІ СОЦІАЛЬНОГО КОНФЛІКТУ	279
<i>Моргун Н. С.</i> НАСЛІДКИ ПОРУШЕННЯ ЗАГАЛЬНИХ ЗАСАД КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ	281
<i>Набруско М. С.</i> МЕХАНІЗМ ТОРГІВЛІ ЛЮДЬМИ ТА ЙОГО ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ	284
<i>Пилипенко Г. М.</i> ЗАЛУЧЕННЯ ЕКСПЕРТІВ ТА ДОКАЗОВЕ ЗНАЧЕННЯ ЕКСПЕРТИЗИ	286
<i>Погорецький М. А.</i> КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНІ ГАРАНТІЇ: ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ	289
<i>Погорецький М. М.</i> ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС ЗАХИСНИКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ	292
<i>Попелюшко В. О.</i> ФУНКЦІЇ СЛІДЧОГО СУДДІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ	294
<i>Сиза Н. П.</i> ДОСЛІДЖЕННЯ ДОКАЗІВ СУДОМ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ	299
<i>Сергєєва Д. Б.</i> СУТНІСНЕ ПРИЗНАЧЕННЯ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ	302
<i>Сисоєнко Г. І.</i> ПРОЦЕСУАЛЬНІ СТРОКИ	304
<i>Старенький О. С.</i> ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС СУБ'ЄКТІВ ДОКАЗУВАННЯ	309
<i>Стрельбицька Л. Я.</i> ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТАТУСУ ЗАСУДЖЕНОГО У ПРОВАДЖЕННІ У ВЕРХОВНОМУ СУДІ УКРАЇНИ	311

<i>Сухорада І. О.</i> ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ БАНКІВСЬКОГО КРЕДИТУВАННЯ: ПОНЯТТЯ ТА СТРУКТУРНІ ЕЛЕМЕНТИ	314
<i>Фоминых И. С.</i> НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ РАЗРАБОТКИ БАЗЫ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИХ ДАННЫХ	316
<i>Халупенко Д. М.</i> КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНА СУТНІСТЬ ПІЗНАННЯ В ДІЯЛЬНОСТІ СЛІДЧОГО ТА ПРОКУРОРА	319
<i>Шибіко В. П.</i> ПРО НОВУ УМОВУ КАСАЦІЙНОГО ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ СУДУ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ В КПК УКРАЇНИ 2012 РОКУ	322
Судоустрій, прокуратура та адвокатура	
Судоустройство, прокуратура и адвокатура	
The Court System, Public Prosecutors and Advocacy	
<i>Гринюк В. О.</i> ФУНКЦІЇ ПРОКУРОРА НА ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ	326
<i>Зеленський С. М.</i> СУД ЯК ОРГАН, ЩО СТОЇТЬ НА СТОРОЖІ ПРАВА І СПРАВЕДЛИВОСТІ	328
<i>Кантюкова И. Т.</i> ПРАВОВОЙ СТАТУС СТАЖЕРА И ПОМОЩНИКА АДВОКАТА ПО РОССИЙСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ: НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ	330
<i>Лань О. Ю.</i> ЩОДО ТАКТИКИ ЗАХИСТУ	335
<i>Мартиненко А. А.</i> ФОРМИ ПРЕДСТАВНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ	337
<i>Рагулин А. В.</i> К ВОПРОСУ О КЛАССИФИКАЦИИ ПРОФЕССИОНАЛЬНЫХ ПРАВ АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ	339
<i>Сухачова І. О.</i> ФУНКЦІЇ ПРОКУРОРА НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ	344
<i>Тхаркахо М. М.</i> СПЕЦИФИКА РЕАЛИЗАЦИИ ПОЛНОМОЧИЙ КОНСТИТУЦИОННЫХ СУДОВ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ И СТРАНАХ СОДРУЖЕСТВА НЕЗАВИСИМЫХ ГОСУДАРСТВ	347
<i>Шайхуллин М. С.</i> ТРАДИЦИИ В СИСТЕМЕ ПРАВОВЫХ ЦЕННОСТЕЙ АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И АДВОКАТУРЫ	350
<i>Штогун С. Г., Банах С. В.</i> ОСОБЛИВОСТІ РОЗМЕЖУВАННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ СЛІДЧОГО СУДЦІ ТА ПРОКУРОРА ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ ЗА НОВИМ КПК (СТ. 206 КПК)	354
<i>Колесник В. А.</i> КОМУ ПОТРІБНА ПОСТАНОВА ПРОКУРОРА ЧИ СЛІДЧОГО?	358

МАТЕРІАЛИ
II Міжнародної науково-практичної конференції

МАЛИНОВСЬКІ ЧИТАННЯ

15-16 листопада 2013 року

Головний редактор *Ігор Пасічник*
Відповідальний за випуск *Олег Герасимчук*
Технічний редактор *Роман Свинарчук*
Комп'ютерна верстка *Наталії Крушинської*
Художнє оформлення обкладинки *Катерини Олексійчук*

Папір офсетний. Друк цифровий.
Гарнітура «TimesNewRomanС»
Тираж 150 прим.

Оригінал-макет виготовлено у видавництві Національного університету «Острозька академія»
Україна, 35800, Рівненська обл., м. Острог, вул. Семінарська, 2.
Свідоцтво про державну реєстрацію
РВ № 1 від 8 серпня 2000 року.