



**ДНІ НАУКИ
НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ
«КИЄВО-МОГИЛЯНСЬКА АКАДЕМІЯ»
НА ФАКУЛЬТЕТІ ПРАВНИЧИХ НАУК.
2014**



Тези наукових доповідей та повідомлень

Національний університет «Києво-Могилянська академія»

Факультет правничих наук

348. 4/477-25/КМД/063/

Д 548

ДНІ НАУКИ НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ
«КИЄВО-МОГИЛЯНСЬКА АКАДЕМІЯ»
НА ФАКУЛЬТЕТІ ПРАВНИЧИХ НАУК. 2014

Тези наукових доповідей та повідомлень

Дарунок від Володимира
Галагана

Київ 2014

Наукова бібліотека
Національного університету
«Києво-Могилянська
академія»

158499

УДК 343.347

ББК 67.9 (УКР)

Рекомендовано до друку рішенням Вченої ради факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія» (протокол № 2 від 17 березня 2014 року)

Редакційна колегія:

Мелешевич А. А. – професор, декан факультету правничих наук.

Артикуца Н. В. – кандидат філологічних наук, доцент кафедри міжнародного права і спеціальних правових наук.

Галаган В. І. – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри галузевих правових наук.

Ханик-Посполітак Р. Ю. – кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри галузевих правових наук.

Дні науки Національного університету «Києво-Могилянська академія» на факультеті правничих наук. 2014 : тези наукових доповідей та повідомлень на круглих столах 23 та 27 січня 2014 року. – К. : Національний університет «Києво-Могилянська академія», 2014. – 124 с.

Збірник матеріалів наукових заходів, проведених на факультеті правничих наук у рамках Днів науки НаУКМА, присвячено актуальним питанням сучасного права: теоретичним і прикладним проблемам приватного права, кримінально-правовим та процесуальним аспектам кримінального провадження в Україні. У наукових статтях та тезах науково-педагогічних працівників, аспірантів, ад'юнктів, магістрів, студентів та практичних працівників правоохоронних органів України запропоновано до розгляду низку спірних та суперечливих питань, містяться пропозиції та рекомендації щодо їх вирішення.

Видання призначене для наукових і практичних працівників, викладачів, аспірантів, магістрів та студентів вищих юридичних навчальних закладів.

УДК343.347
ББК 67.9 (УКР)

Частина 1

Матеріали круглого столу «Теоретичні та практичні проблеми приватного права» (23 січня 2014 року, м. Київ, НаУКМА)

*Ханик-Посполітак Р. Ю.,
кандидат юридичних наук,
доцент, завідувач кафедри
галузевих правових наук НаУКМА*

ПОНЯТТЯ «ЗОБОВ'ЯЗАННЯ» В УКРАЇНСЬКОМУ, РОСІЙСЬКОМУ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОМУ ЦИВІЛЬНОМУ (ПРИВАТНОМУ) ЗАКОНОДАВСТВІ

Глобалізація світової економіки сприяє взаємопроникненню правових систем різних країн одна в одну. Відбувається це шляхом прийняття нормативно-правових актів міжнародного значення або прописання тих чи інших норм у національне законодавство чи судовою правотворчістю.

Розроблення та прописання норм у національному законодавстві передбачає, як правило, вивчення іноземного досвіду, зокрема того, що планується впровадити в національну правову систему. Також прийняттю міжнародних актів передують кропітка порівняльна робота законодавчих актів відповідних держав. Тому можна стверджувати, що порівняльні дослідження у будь-якій сфері, в тому числі правовій, не втрачають своєї актуальності.

Як правильно відзначено в юридичній літературі, «зобов'язальне право є найбільшою підгалуззю цивільного законодавства» [1, с. 459].

Незважаючи на те, що вже чимало написано про поняття «зобов'язання» в українському, європейському та російському праві, варто провести його порівняльний аналіз у законодавстві цих держав із метою зазначення спільних та відмінних рис. Таке порівняння дозволить у майбутньому уникнути проблем при укладенні та виконанні зобов'язань між учасниками торговельних відносин України, Росії та ЄС. Також порівняння цього поняття є актуальним для України з огляду на те, що ми знаходимося між цими двома державними утвореннями – РФ та ЄС.

Як відомо, поняття «зобов'язання» закріплено у ч. 1 ст. 509 «Поняття зобов'язання та підстави його виникнення» ЦК України. Відповідно «зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку» [2].

Щодо даного загального визначення «зобов'язання», закріпленого у ЦК України, можна стверджувати про відсутність дискусій в українській юридичній літературі.

Поняття «зобов'язання» закріплено у ч. 1 ст. 307 Цивільного кодексу РФ, де передбачено, що «в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности» [3].

На нашу думку, і в російській юридичній літературі немає дискусії щодо загального розуміння поняття «зобов'язання», а існують лише певні варіації його визначення.

Фактична відсутність дискусій у юридичній літературі України та РФ щодо поняття «зобов'язання» обумовлена передусім тим, що обидва визначення ґрунтуються на Основах Цивільного законодавства Союзу РСР та союзних республік 1991 р. (ст. 57) [4], а також на главі 21 Модельного Цивільного кодексу держав-учасниць СНД, зокрема ст. 308 (прийнятий на 5 пленарному засіданні Міжпарламентської Асамблеї держав-учасників СНД 29 жовтня 1994 р.) [5].

На рівні ЄС на даний час немає визначення поняття «зобов'язання», оскільки гармонізація законодавства в сфері приватного права триває і поки немає загальноєвропейського документа, де б це було закріплено. Але, як було зазначено, робота над гармонізацією (уніфікацією) приватного права в ЄС триває і вже є певні напрацювання, закріплені у проектах документів. У цих документах уже передбачено поняття «зобов'язання». Так, у п. 1 ч. 1 ст. 1:102 книги третьої «Зобов'язання та кореспондуючі права» Common Frame of Reference вказано: «зобов'язання є обов'язком для виконання, в якому одна сторона в правовідносинах, боржник, зобов'язана іншій стороні, кредитору» [6, с. 229].

Маючи ці три поняття «зобов'язання», можна вказати на такі основні три спільні риси:

1. У зобов'язанні є дві сторони – боржник і кредитор. Ці сторони є цілком однаковими у законодавстві України, Росії та ЄС.

2. Хоча в Цивільному кодексі РФ на це прямо не вказано, однак можна стверджувати, що зобов'язання за законодавством України, Росії та ЄС – це правовідношення.

3. Зобов'язання передбачає вчинення певних дій на користь іншої сторони.

Отже, в цілому можна стверджувати, що поняття «зобов'язання», хоча і трохи різняться в законодавстві України, Росії та ЄС, проте за своїм змістом є тотожними.

Список використаних джерел

1. Гражданское право : Учебник. Часть I. Издание второе / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : Проспект, 1997. – 600 с.

2. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 2003. – №№ 40-44. – Ст. 356.

3. Гражданский кодекс РФ. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://base.garant.ru/10164072/22/#block_1021

4. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v2211400-91/page2>

5. Модельный Гражданский кодекс для государств-участников Содружества Независимых Государств. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.iacis.ru/upload/iblock/e0e/model_gk.pdf

6. Principles, Definition and Model Rules of European Private Law. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfv_outline_edition_en.pdf

*Захарко М. В.,
студентка 4 курсу
ФПвН НаУКМА*

*Нема такого поняття, як абсолютна впевненість,
але є запевнення достатні для щоденного життя.*

Джон Стюарт Мілль

МЕТОДИКА ЮРИДИЧНОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ

Ще в Дигестах Юстиніана сказано, право – мистецтво добра і справедливості. І німецькі юристи, слідуючи традиціям римського права (як і країни континентальної системи загалом), вважали, що абстрактно і влучно сформульована норма права є саме тим механізмом, який сприяє досягненню цієї благородної мети. Така передбачуваність континентального права, на відміну від казуїстики англо-американської системи, вважається основною перевагою. Водночас, як влучно зазначає Рене Давид, така перевага є насправді ілюзорною, адже всі ситуативні деталі, які були відкинуті у нормі, автоматично збільшують роль судді в її тлумаченні [1, с. 72].

Через особливості німецької системи права загалом і особливе сприйняття поняття правової норми зокрема, була вироблена правова методологія зіставлення норми права з конкретною життєвою ситуацією у приватному праві. Ця методологія вивчає правила, які слід застосовувати у процесі аналізу норми, щоб її застосування було логічно обґрунтованим.

У навчальних програмах українських навчальних закладів відсутній спеціальний курс, який би був присвячений вивченню подібної методики. Не вивчаються, зазвичай, вони і в системі інших курсів. Саме з цього починаються проблеми аргументації як звичайного висновку практикуючого юриста-консультанта, так і в подальшому рішень суддів. Тому очевидно, що вивчати

методику юридичної кваліфікації вкрай необхідно. Це б не лише зробило висновки юристів і навіть відповіді студентів під час фахового навчання в університеті більш аргументованими, а й сприяло б правильному розумінню і застосуванню правових норм приватного права. Саме в цьому і полягає, на мою думку, актуальність цієї теми. Адже в більшості випадків застосування тієї чи іншої норми ґрунтується не так на аргументуванні, як на інтуїції. Звісно, німецька теорія не претендує на звання єдино правильної, але знання і розуміння її основ та принципів сприятиме кращому правозастосуванню.

На жаль, в Україні не приділяється достатньої уваги вивченню проблем юридичної кваліфікації у приватному праві взагалі і німецької методики зокрема. Поняття кваліфікації розглядається в кримінально-правовому контексті. Проте такі вчені, як Чвялєва Е. В. і В. М. Власенко присвятили свої дисертації дослідженню теоретичних проблем і логічних основ юридичної кваліфікації. Натомість іноземні дослідники приділяють значну увагу німецькій теорії кваліфікації, порівнюючи її з англо-американською моделлю і просто описуючи для подальшого застосування на практиці. Це зокрема, Г. Прюмм (Hans Pruemm), Дж. Максейнер (James R. Maxeiner), Х. Клостерх'юс (H. Klosterhuis). Серед найвизначніших сучасних німецьких теоретиків назовемо Райнгольда Циппеліуса і Франца Бидлінські.

Поняття юридичної кваліфікації у Німеччині називають субсумпцією, тобто зіставленням фактів і права. Сама правова норма складається з опису фактичних обставин і правового наслідку [2, с. 43]. Застосовуючи правову норму, передусім потрібно встановити, чи може певна життєва ситуація бути кваліфікована в рамках фактичного складу закону. Якщо так, то щодо цієї життєвої ситуації діють передбачені законом правові наслідки [3, с. 11-13]. Доведенню підлягає не саме настання фактів чи наслідку, а настання наслідку саме через певні факти [4, с. 3].

У більшості німецьких юридичних підручників процес прийняття рішення поділено на такі стадії: аналіз фактів у справі, пошук і тлумачення правових норм та висновків у формі силогізму. Щодо пошуку норми, то зазначається, що на практиці рідко трапляються випадки, коли вичерпну відповідь можна надати однією нормою. Тому норма-вирішення зазвичай складається з норми-відповіді, допоміжної норми (наприклад, визначення юридичного терміна) і контр-норми, що є запереченням (часові рамки, позовна давність) [5, с. 1239-1240].

Але застосування такого силогізму, на думку автора «Юридичної методології» Р. Циппеліуса, є найлегшою частиною. Набагато складнішим є пошук і визначення права, що застосовується, та визначення матеріальних фактів [6, с. 84].

Не менш важливим аспектом у процесі кваліфікації виділяють оформлення результатів такого аналізу. Стил, якого навчають студентів німецьких вищих навчальних закладів, називається стилем експертного висновку. Він має чітку структуру, а саме: засновок із правовою підставою, визначення (дефініція) / умова, субсумпція (яка, в свою чергу, складається із

засновку субсумпції, визначення, самої субсумпції, проміжного висновку) та висновку.

Засновок має містити обов'язково 4 види інформації: хто (1) чого хоче (2) від кого (3) на основі чого (4)? [7, с. 1] Відповіді на ці запитання дозволяють правильно та об'єктивно здійснити юридичну кваліфікацію.

Проте така стандартна модель не всіма сприймається так однозначно. Наприклад, Андреас Мюллер вказує: за такої системи передбачається, що студентові на початку побудови невідомий результат, а це не зовсім правильно [4, с. 22].

Однак потрібно врахувати, що перед написанням самого висновку та зіставленням фактів і наслідків, описаних у нормі, з фактичними обставинами справи, необхідно проаналізувати саме норму, тобто здійснити її тлумачення. Для цього ще Савінії виділяв чотири методи, які нині вважаються традиційними [2, с. 67-70]. А саме: буквальне тлумачення (воно ж граматичне), історичне, системне і телеологічне. Тлумачення є важливим елементом у процесі застосування правової норми і має велике значення для правильної юридичної кваліфікації.

Необхідно зважити на те, що на прийняття рішень і юридичну кваліфікацію у Німеччині також значною мірою впливає законодавство ЄС, зокрема, резолюції і рішення Європейського суду справедливості, тому потрібно враховувати і цінності ЄС як такі. Це називається принципом «*effet utile*», який передбачає, що визначення норми має слугувати досягненню спільної цілі ЄС. Якщо є конфлікт у тлумаченні, перевага надається тому значенню, яке є сумісне з правом ЄС [5, с. 1254].

Цікавою є думка ще одного відомого німецького правника – Роберта Алексі. Він вказує, що є дві важливі операції застосування права: субсумпція (юридична кваліфікація) правових норм і балансування поміж правових принципів. У своїй теорії принципів юрист намагається продемонструвати, що варто створити теорію зваження і балансування як раціональну форму аргументації. Неможливо визначити, який принцип переважає загалом, але в певній конкретній ситуації можна визнати «умовний пріоритет» [8, с. 67-70].

Стандартні підходи також критикує у своїх статтях Ганс Прюмм. Він зазначає їх невідповідність реаліям сучасного життя і пропонує покращити вивчення в університетах шляхом практичних занять [5, с. 1243; 9, с. 206-207].

Загалом, частково з таким висновком можна погодитись. Аналіз кожної справи із використанням усіх методів може бути невиправдано довгим і переобтяженим. Але для ефективної практичної роботи потрібно мати наукове підґрунтя та відповідні навички. Теорія, не пов'язана з практикою, приносить мало користі, але і практика, не підкріплена теорією, не буде сприяти досягненню цілей права і правосуддя.

Таким чином, німецькі правники шляхом багаторічної практики змогли виробити якщо не досконалу, то дієву і логічну систему методологічних правил і вказівок щодо юридичної кваліфікації. Звісно, що будь-яка система не може повністю витіснити людський фактор у прийнятті рішень, але згадана методика

дозволяє робити їх логічно обґрунтованими, аргументованими і правильними, а також дозволяє зменшити кількість помилок. Рішення німецьких юристів складаються не лише з нагромадження правових норм, а кожна норма підлягає аналізу та обґрунтуванню її застосування.

Вважаємо, що було би доцільно запозичити розроблену німецькими науковцями методику юридичної кваліфікації у приватному праві та запровадити її як для підготовки правників, так і для застосування у практичній діяльності.

Список використаних джерел

1. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности : Пер. с фр. В. А. Туманова. – М. : Междунар. отношения, 1998. – 400 с.

2. Циппеліус Р. Юридична методологія. Переклад, адаптація, приклади з права України і список термінів. – Роман Корнута. – К. : Видавництво «Реферат», 2004. – 176 с.

3. Шапф Я. Основы гражданского права Германии. Учебник. – М. : Издательство БЕК, 1996. – 304 с.

4. Muller A. Methodenlehre [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.niederle-media.de/Methodenlehre.pdf>. – Назва з екрана.

5. Pruemm H. The didactic turn of German Legal Methodology / H. Pruemm // Jurisprudence. – 2011. – № 18(4) – P. 1233–1282 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ehis.ebscohost.com/cds/pdfviewer/pdfviewer?vid=5&sid=3cf5597e-d499-4e2d-9828-0bb828dfe068%40sessionmgr4002&hid=4211>. – Назва з екрана.

6. Maxeiner James R. Thinking like a lawyer abroad: Putting justice into Legal Reasoning / James R. Maxeiner // Washington University Global Studies Law Review. – 2012. – № 55 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=globalstudies>. – Назва з екрана.

7. Krebs P. Der Gutachtenstil [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.wiwi.uni-siegen.de/rechtswissenschaften/krebs/materialien/seminarhinweise/der_gutachtenstil_mit_beispielen.pdf. – Назва з екрана.

8. Kloosterhuis H. Towards a Typology of Argumentation based on Legal Principles / H. Kloosterhuis // Gogency. – 2011. – Vol. 3. – No. 2. – P. 67-80 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3963486.pdf>. – Назва з екрана.

9. Pruemm H. Reducing irrationality of legal methodology by realistic description of interpretative tools and teaching the causes of irrationality in legal education / H. Pruemm // Jurisprudence. – 2009. – № 1(115). – P. 199-219 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.mruni.eu/lt/mokslo-darbai/st/archyvas/dwn.php?id=122071>. – Назва з екрана.

*Карнаух Т. М.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри галузевих
правових наук НаУКМА*

КОНЦЕПЦІЯ ТРАНСФЕРНОГО ЦІНОУТВОРЕННЯ: СУТНІСТЬ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЗАСТОСУВАННЯ В УКРАЇНІ

З 1 вересня 2013 р. Законом України № 408-VII від 4 липня 2013 р. запроваджено правила трансфертного ціноутворення у сфері оподаткування [1].

Термін «трансфертне ціноутворення» у загальноприйнятій міжнародній практиці розглядається як комплексний економіко-правовий інститут податкового права. Науковці цей термін застосовують у широкому та вузькому значеннях. У вузькому (спеціальному) значенні трансфертні ціни – це ціни, які використовуються всередині груп компаній, між взаємозалежними особами. У широкому значенні трансфертним ціноутворенням визнається діяльність із установаження та застосування будь-яких цін, підлеглих податковому контролю, стосовно яких є підстави вважати, що їх величина визначена сторонами правочину не ринковим способом, не заради досягнення комерційної мети, а виключно для зниження податкового навантаження.

Трансфертне ціноутворення полягає у маніпулюванні витратами, доходами у правочинах між «пов'язаними» особами способом, відмінним від тих, які були б використані в операціях, учинених на нормальних ринкових умовах, з метою отримання податкової вигоди [2; с. 313].

Основна мета застосування трансфертних цін – переведення податкової бази на афілійовану особу, що знаходиться в більш сприятливому податковому або адміністративному режимі (наприклад, на особу, що перебуває на податкових канікулах, звільнена чи сплачує податок за меншою ставкою). Однак причини застосування трансфертних цін можуть полягати не лише у площині оподаткування. Ними можуть бути прагнення обійти занадто обтяжливе валютне регулювання, намагання підвищити ефективність використання фінансових ресурсів тощо.

У світовій практиці уникнення оподаткування (tax avoidance), здійснюване правомірними способами і засобами, розглядається як податкове планування, що є невід'ємною частиною управлінської діяльності. Один із основних засобів податкового планування – цивільно-правовий договір. Загальновизнаним є принцип свободи договору, який надає його учасникам право на свій власний розсуд визначати умови договору, зокрема ціну. Однак, незважаючи на те, що ринкові механізми змушують їх формувати ціни з урахуванням ринкових факторів, для досягнення певної мети контрагенти при встановленні ціни можуть керуватися суб'єктивними мотивами, до числа яких належить і мотив уникнення (мінімізації) або ухилення від оподаткування.

Трансфертне ціноутворення (викривлення цін правочинів) як спосіб уникнення (мінімізації) податку характерне практично для всіх країн світу.

Оскільки стимули для маніпулювання ціною вище, а ризики їх викриття нижче у країнах, що розвиваються, проблема цінового маніпулювання стоїть більш гостро саме в цих країнах [3]. Однак це не означає, що у розвинутих країнах проблема регулювання трансфертних цін відсутня.

Виникнення інтересу до трансфертного ціноутворення було обумовлено головним чином стрімким зростанням із другої половини ХХ ст. кількості транснаціональних компаній і розширенням географічного середовища їх діяльності.

Розроблення правових норм та інститутів, спрямованих на попередження викривлення податкової бази в результаті довільного переміщення підрозділів ТНК оподатковуваного прибутку, була ініційована в 1960-х роках на рівні національного законодавства окремих країн, а пізніше – двосторонніх податкових угод між державами. Юридичне закріплення відповідних правових інструментів на міжнародному рівні було здійснено 1963 р. в Модельній конвенції ОЕСР про податок на доходи і капітал. Пізніше трансфертне ціноутворення як економіко-правове явище і як наслідок – правовий механізм, спрямований на його регулювання, з'явилися у рамках національних юрисдикцій окремих держав. Першою країною, яка прийняла спеціальне законодавство, були США (середина 1960-х років). Одним із перших правових актів, які регулюють питання, пов'язані з діяльністю ТНК на міжнародному рівні, стала Декларація країн-учасниць Організації Економічного Співробітництва та Розвитку (далі – ОЕСР) про міжнародні інвестиції та багатонаціональні підприємства від 21 червня 1976 р. разом із додатком до неї – Керівництвом для багатонаціональних підприємств. Спеціальним документом, що визначає основні засади правового регулювання трансфертних цін у контексті міжнародного оподаткування, є керівні роз'яснення ОЕСР 1979 р. – Звіт ОЕСР «Трансфертне ціноутворення та багатонаціональні підприємства». У 1995 р. було прийнято Керівництво про трансфертне ціноутворення для багатонаціональних підприємств та податкових адміністрацій. Це – основний рекомендаційно-методичний документ у галузі податкового регулювання трансфертного ціноутворення, положення якого тією чи іншою мірою враховуються у законодавстві і правозастосовній діяльності різних країн світу, включаючи ті, які не є учасниками ОЕСР.

Україна, хоч і не є членом ОЕСР, взяла курс на імплементацію до національного законодавства певних податкових стандартів, прийнятих на міжнародному рівні. Одним із перших кроків на шляху запровадження окремих положень вищезазначених актів ОЕСР щодо контролю за визначенням цін у операціях між пов'язаними особами (трансфертним ціноутворенням) став Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо трансфертного ціноутворення» від 4 липня 2013 р. № 408-VII.

На забезпечення його виконання Урядом України прийнято низку підзаконних нормативних актів, зокрема, затверджено перелік держав (територій), у яких ставки податку на прибуток (корпоративний податок) на 5 і більше відсоткових пунктів нижчі, ніж в Україні; порядок розрахунку та

застосування ринкового діапазону цін і ринкового діапазону рентабельності для цілей трансфертного ціноутворення; порядок узгодження цін у контрольованих зовнішньоекономічних операціях, за результатами якого укладаються договори для цілей трансфертного ціноутворення.

Однак практика застосування правил трансфертного ціноутворення у податковій сфері в Україні донині відсутня. Але навіть на підставі аналізу нещодавно прийнятих нормативних актів можна констатувати, що їх застосування, на жаль, буде не «безхмарним». Наприклад, практично відсутня відкрита інформація для визначення платниками податків та податковими органами справедливих (ринкових) цін, що зумовлює високі ризики необігрунтованого застосування податковими органами цін із закритих інформаційних баз службового користування. Для дієвого та прозорого застосування правил трансфертного ціноутворення необхідно забезпечити наповнення та постійне функціонування тих офіційних джерел інформації, які визначені розпорядженнями Кабінету Міністрів України від 23 жовтня 2013 р. № 865-р та № 866-р.

Запитання викликають також і самі законодавчі норми. По-перше, наскільки обгрунтоване закріплення правила визначення обсягу контрольованих операцій, виходячи з обсягу всіх операцій, а не лише тих, за якими дійсно має місце продаж товарів, робіт чи послуг. У результаті коло таких операцій буде необігрунтовано розширене за рахунок вартості товарів, що, наприклад, передаються на реалізацію за посередницькими договорами, а також за рахунок сум позик, кредитів тощо.

Варто зазначити, що податкове регулювання трансфертних цін не повинно впливати на договірні відносини сторін. Більше того, як зазначено у п. 1.2 Керівництва ОЕСР, саме по собі трансфертне ціноутворення не пов'язане з притягненням платника податків до відповідальності. Регулювання трансфертного ціноутворення повинно мати компенсаційно-стимулюючий, а не каральний характер. Тому викликає обгрунтоване занепокоєння положення Податкового кодексу України, згідно з яким сторони контрольованих операцій не лише повинні відкоригувати свої податкові зобов'язання за результатами зіставлення цін за ними з ринковими, але і сплатити штрафні санкції.

У цілому, інститут трансфертного ціноутворення, нещодавно запроваджений до податкового законодавства України, потребує продовження нормативного регулювання з урахуванням практики його застосування в Україні та досвіду країн із тривалою історією його існування.

Список використаних джерел

1. Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо трансфертного ціноутворення» від 4 липня 2013 р. № 408-VII // Офіційний вісник України. – 2013. – 16 серпня. – № 60. – Стор. 82. – Ст. 2137.

2. Velloso F.C., Muller Brigagao G.A. Volume LXXVII Cahiers de Droit Fiscal International, International Fiscal Association, 1992.

3. Transfer Pricing Abuses and Developing Countries. International Income Taxation and Developing Countries (Chapter VII). United Nations Centre on Transnational Corporations. Transfer Pricing Database. International Organizations. UN., 1988. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.ibfd.org

*Колінчук Х. Г.,
старший викладач
кафедри галузових
правових наук НаУКМА*

ОБХІД ЗАКОНУ: ДОЦІЛЬНІСТЬ ІСНУВАННЯ КАТЕГОРІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Судовій практиці відомі непоодинокі випадки, коли суб'єкт права ігноруючи норму закону, що забороняє вчинення певних дій, результатом яких є порушення інтересів суспільства та (або) прав інших учасників цивільних відносин, учиняє правочин, формально не заборонений цим законом, але в результаті якого захищені ним права та інтереси виявляються порушеними. В правовому механізмі регулювання цивільних відносин існує певний арсенал засобів протидії такій поведінці. Наприклад, із метою ухилення від обов'язку повідомлення інших співвласників про продаж своєї частки у праві спільної часткової власності, передбаченого ст. 362 Цивільного кодексу України, співвласник укладає з потенційним покупцем договір дарування. У разі, якщо такі обставини мали місце, співвласник, який бажає отримати відчужену частку у свою власність, за наявності доказів отримання «дарувальником» коштів за свій «дарунок», має право звернутися до суду із позовом про переведення на нього прав та обов'язків покупця, встановивши, що договір дарування є удаваним правочином.

Дії, спрямовані на невиконання обов'язків, установлених законом, або пошук способів учинити правочин для задоволення власних інтересів, унаслідок чого буде порушено права та інтереси інших суб'єктів, які захищаються і визнаються законом, на практиці називають «обхід закону». Чи потрібно легально закріпити це поняття та передбачити правові наслідки вчинення таких дій? Або ж суди, здійснюючи правосуддя, мають достатньо правових засобів належним чином реагувати на такі недобросовісні дії суб'єкта права?

Поняття «обхід закону» було в загальних рисах сформульоване ще римськими юристами. Так, Павло писав: «Проти закону діє той, хто вчиняє дію, заборонену законом: в обхід закону діє той, хто зберігаючи слова закону, обходить його зміст, суть» («Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit» (D. 1.3.29)) [1].

Концепція обходу закону розроблена наукою міжнародного приватного права та набула легального визначення в Законі України «Про міжнародне

приватне право». Відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» обхід закону – застосування до правовідносин з іноземним елементом іншого, ніж право, передбачене відповідним законодавством. Ст. 10 цього ж Закону визначає правові наслідки вчинення таких дій, а саме правочин та інші дії учасників приватноправових відносин, спрямовані на підпорядкування цих відносин праву іншому, ніж те, що визначається згідно із цим Законом, в обхід його положень, є нікчемними. У такому випадку застосовується право, яке підлягає застосуванню відповідно до норм цього Закону. Тобто, з цих положень можна зробити висновок, що обхід закону в міжнародному приватному праві може апріорі застосовуватися тільки там, де учасники правовідносин намагаються уникнути застосування імперативних норм національного законодавства, застосувавши право іншої країни, уклавши для цього правочин, що передбачає регулювання відносин контрагентів іноземним правом, або вчинивши інші дії, результатом яких є застосування іноземного права. Відповідно, можна погодитися із В. В. Кудашкіним, що об'єктом «обходу закону» є колізійні правовідносини з вибору права, а не матеріальні норми [2]. Мета запровадження цього інституту – захистити національне право, а саме, якщо суверенна держава прийняла рішення з власних мотивів регулювати відносини певним чином, впровадивши імперативну норму, то дії учасників з метою штучного уникнення цього регулювання мають визнаватися нікчемними.

Враховуючи особливості сфери регулювання міжнародного приватного права, вважаємо, що просте перенесення доробку науковців-міжнародників у вітчизняне право є неприпустимим. Тому важко погодитися із визначенням, наведеним О. С. Губарем: «за своєю юридичною природою діями в обхід закону слід вважати недобросовісні дії носія права, спрямовані на застосування до правовідносин норми іншої, ніж норма, передбачена законодавством» [3, с. 162]. Необхідно шукати власний підхід, сформований у рамках дослідження цивільного права, зокрема, з питань здійснення учасниками відносин своїх суб'єктивних прав.

Минулого року, 1 березня 2013 р. набули чинності зміни до загальної частини Цивільного кодексу Російської Федерації, відповідно до яких більш докладно були визначені види зловживання правом. Так, абз. 1 ч. 1 ст. 10 ЦК РФ було викладено в такій редакції: «Не допускаються здійснення цивільних прав виключно з наміром завдати шкоду іншій особі, дії в обхід закону з протиправною метою, а також інше свідоме недобросовісне здійснення цивільних прав (зловживання правом)» [4]. Як видно з цього визначення, що окрім шикани, законодавець виділив ще один вид зловживання правом – обхід закону з протиправною метою, а також доповнив ознаки зловживання правом – усвідомлене недобросовісне здійснення цивільного права.

До цього часу в Російській Федерації серед науковців та юристів-практиків ведеться палка дискусія щодо доцільності віднесення дій, спрямованих на обхід закону, до зловживання права та легального закріплення цієї норми. Одні зазначають, що позитив від запровадження в Цивільному

кодексі РФ заборони обходу закону полягає у вирішенні проблеми прогалин у правовому регулюванні цивільних відносин. Так, між моментом, коли особа здійснює своє право на вчинення правочину, що формально не заборонений абстрактною нормою і в результаті чого завдає шкоду правам та інтересам інших осіб, які за змістом цієї норми мали б захищатися, та моментом, коли законодавець адекватно відреагує та такі дії, удосконаливши норму, може пройти багато часу. При цьому суди, посиляючись на формальну відповідність цих дій вимогам закону, будуть відмовляти особам, права та інтереси яких порушені, у захисті. Запровадження норми про обхід закону та наслідків у вигляді визнання таких правочинів недійсними, надасть судам можливість, ураховуючи зміст закону, визначаючи його мету, захищати порушені права [5].

Протилежної точки зору, а саме недоцільності легального закріплення категорії обхід закону, дотримуються інші російські правники. Їхні аргументи зводяться до того, що законодавче запровадження заборони обходу закону надасть судам розширеної дискреції визначати, в чому саме полягає зміст, мета закону, та на основі зроблених висновків, визнавати дії, вчинені без формального порушення нормативних приписів, незаконними. Це в свою чергу може призвести до зловживань з боку судових органів [6].

Обхід закону має місце в ситуації, коли закон формально забороняє якусь дію, але шляхом тлумачення даної заборони можна зробити висновок, що закон забороняє не так саму дію, як результат, на досягнення якого спрямована ця дія. А якщо такий висновок правильний, то заборонені цим законом мають вважатися будь-які дії, спрямовані на досягнення цього результату, а не лише дія, формально визначена нормою.

Можна навести такий приклад. Ст. 7 Закону України «Про акціонерні товариства» визначає, що статутом приватного акціонерного товариства може бути передбачене переважне право його акціонерів на придбання акцій цього товариства, що пропонуються їх власником до відчуження третій особі. Ця норма спрямована на захист інтересів акціонерів та акціонерного товариства, на збереження контролю над діяльністю товариства від можливого захоплення його третіми особами. Відповідно особа, яка не є акціонером, та акціонер-власник пакету акцій можуть домовитися, що спочатку акціонер дарує одну акцію, і після набуття обдаровуваним статусу акціонера, продає йому весь пакет акцій. Таким чином, в обхід законних прав інших акціонерів було укладено договір дарування однієї акції, щоб не було підстав застосувати право переважної купівлі акцій. Якщо це призводить до порушення прав чи законних інтересів інших акціонерів, акціонерного товариства, то вони можуть звернутися до суду за захистом своїх прав. Але з яким позовом? Визнати договір дарування удаваним немає підстав, адже сторони мали намір укласти саме договір дарування цієї акції, ніякий інший договір вони не приховували. Цей договір також не може бути визнаний фіктивним, адже намір сторін якраз полягав у тому, щоб настали наслідки договору дарування акції, а саме, щоб обдаровуваний набув право власності на акцію і став акціонером товариства. Фактично дії акціонера-дарувальника за договором є нічим іншим як

здійсненням права на укладання договору, реалізація принципу свободи договору. Втім у разі, якщо такими діями буде завдано шкоду правам інших акціонерів чи самому товариству, можна ставити питання щодо кваліфікації таких дій як зловживання правом (ч. 3 ст. 13 ЦК).

Підсумовуючи, слід визнати, що обхід закону в цивільних відносинах об'єктивно існує. Такі дії мають місце на практиці й у разі, якщо суб'єкт, який намагається «обійти» імперативні норми закону або ж положення, що стало обов'язковим для нього в силу договору, завдає шкоди правам та інтересам свого контрагента, третій особі чи державі, суд має стати на захист порушених такими діями прав. Чи достатньо наявних механізмів захисту порушених прав? Із зазначеного вище можна зробити висновок, що недостатньо. Чи вирішить питання запровадження норми про обхід закону до Цивільного кодексу України або достатньо буде вдосконалити правозастосовну практику із використання інституту зловживання правом? Відповідь на це питання потребує ще додаткового дослідження та зваженого підходу. Звичайно застосування, як у нашій країні часто буває, бездумного копіювання норми з Цивільного кодексу РФ неприпустимо. Тим більше, що сама норма містить суттєві теоретичні суперечності, адже формулювання «обхід закону з протиправною метою» дає нам підстави зробити висновок, що закон можна обходити і з правомірною метою, що є абсурдним.

Список використаних джерел

1. Юридический словарь. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.allpravo.ru/law_dictionaries/dictionary656/67d685.html

2. Кудашкин В. В. Актуальные проблемы доктрины обхода закона в международном частном праве / В. В. Кудашкин // Законодательство. – 2004. – № 3. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lawmix.ru/comm/3550>

3. Губар О. С. Недопустимість зловживання права у цивільному праві України : дис. ... канд. юр. наук : спец. 12.00.03 / Олексій Сергійович Губар // НДІ приватного права і підприємництва Національної академії правових наук. – К., 2013. – 213 с.

4. Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»/ – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://base.garant.ru/70291432/>

5. Егоров А. В. Обход закона: использование разрешённой правом формы ради запрещённой правом цели / А. В. Егоров // Вестник международного коммерческого арбитража. – 2011. – № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lawnow.ru/index.php/articles/practice/604-obhod-zakona>

6. Муранов А. Законодательство: ВАС идет в обход / А. Муранов // Ведомости. – 2011. – № 77. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rospravo.ru/files/sites/5dc9139d1538bb26a69b389dbb56d7d5.pdf>

*Костюк В. Л.,
доктор юридичних наук, доцент,
головний науковий консультант
Апарату Верховної Ради України*

КОНВЕНЦІЯ ООН ПРО ПРАВА ІНВАЛІДІВ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ТА НАПРЯМИ ВРЕГУЛЮВАННЯ

Здійснення в Україні демократичних, соціально орієнтованих перетворень на основі положень Конституції України [1] передбачає формування ефективних механізмів взаємодії, партнерства та співробітництва суспільства, держави та особи з соціальних питань. Адже, буде доречним підкреслити, що соціальні питання пов'язані із реалізацією, гарантуванням та охороною права особи на соціальний захист [2, с. 55 та ін.], інших пов'язаних із ним прав, які, у свою чергу, виступають важливим аспектом розбудови в Україні громадянського суспільства. Розвиток, за таких умов, сучасної та дієвої системи соціального захисту вимагає належної підтримки вразливих категорій громадян, які мають обмеження життєдіяльності. Насамперед, сфера соціального захисту стосується осіб з інвалідністю [3, с. 1, 6-8; 4, с. 5-8] чисельність яких в Україні становить близько 2,7 млн. громадян і, останнім часом, в силу політичних, соціальних, демографічних, економічних та інших чинників, спостерігається тенденція до зростанні кількості таких осіб.

Принциповим і прогресивним кроком на шляху розбудови в Україні новітньої моделі соціального захисту стала ратифікація Верховною Радою України Конвенції про права інвалідів [5; 6] (далі – Конвенція) – основоположним міжнародно-правовим документом із питань прав інвалідів, покликаний сприяти їх активній адаптації у суспільстві та державі. Слід констатувати, що метою Конвенції є заохочення, захист і забезпечення повного й рівного здійснення всіма інвалідами всіх прав людини й основоположних свобод, а також у заохоченні поважання їх гідності.

Змістовною особливістю Конвенції є те, що в ній у розвиток базових міжнародних документів ООН з прав людини декларується система прав і свобод осіб з інвалідністю та засади, гарантії їх реалізації та гарантування. Також у Конвенції передбачаються організаційно-правові та інші заходи, спрямовані на якісне впровадження її положень у суспільстві та державі.

По-перше. Конвенція гарантує, що всі особи є рівними перед законом і мають право на рівний захист закону й рівне застосування його без будь-якої дискримінації. Також держави-учасниці визнають, що жінки-інваліди та дівчата-інваліди піддаються множинній дискримінації, у зв'язку з чим держави-учасниці вживають заходів для забезпечення повного й рівного здійснення ними всіх прав людини й основоположних свобод.

По-друге, держави-учасниці вживають усіх належних заходів для забезпечення всебічного розвитку, поліпшення становища та розширення прав і

можливостей жінок, щоб гарантувати їм здійснення й реалізацію прав людини й основоположних свобод, закріплених у цій Конвенції.

По-третє, держави-учасниці вживають усіх необхідних заходів для забезпечення повного здійснення дітьми-інвалідами всіх прав людини й основоположних свобод нарівні з іншими дітьми. В усіх діях щодо дітей-інвалідів першочергова увага приділяється вищим інтересам дитини.

По-четверте, щоб надати інвалідам можливість вести незалежний спосіб життя й усебічно брати участь у всіх аспектах життя, держави-учасниці вживають належних заходів для забезпечення інвалідам доступу нарівні з іншими до фізичного оточення, до транспорту, до інформації та зв'язку, зокрема інформаційно-комунікаційних технологій і систем, а також до інших об'єктів і послуг, відкритих або таких, що надаються населенню як у міських, так і в сільських районах. Це заходи, які включають виявлення й усунення перепон і бар'єрів, що перешкоджають доступності.

По-п'яте, Конвенцією гарантуються ключові права інвалідів: на свободу та особисту недоторканність, на свободу пересування та громадянство, на індивідуальну мобільність, на недоторканність приватного життя, повагу до дому та сім'ї, на освіту та охорону здоров'я, на зайнятість, працю та достатній життєвий рівень, соціальний захист, на участь у політичному та суспільному житті, на участь у культурному житті, проведенні дозвілля та зайняття спортом.

Таким чином, із правової точки зору, положення Конвенції 1) передбачають базові принципи розвитку внутрішнього законодавства з питань прав інвалідів; 2) визначають загальну систему прав та гарантій осіб з інвалідністю, яка потребує якісного наповнення через внутрішнє законодавство України з прав інвалідів; 3) містять загальні зобов'язання держави з дотримання прав осіб з інвалідністю; 4) закріплюють загальні засади контролю за дотриманням Конвенції.

Слід підкреслити, що на виконання положень Конвенції Кабінетом Міністрів України було затверджено Державну цільову програму «Національний план дій з реалізації Конвенції про права інвалідів» на період до 2020 року» [7] з метою забезпечення реалізації прав і задоволення потреб інвалідів нарівні з іншими громадянами, поліпшення умов їх життєдіяльності згідно з Конвенцією про права інвалідів.

У зв'язку із цим виникає низка проблем щодо якісної реалізації положень Конвенції: 1) Конвенція має головним чином рамковий характер; 2) законодавство про соціальний захист не відповідає положенням Конвенції; 3) відсутність сучасного законодавства про соціальний захист інвалідів з урахуванням положень Конвенції; 4) реалізація положень Конвенції здійснюється без системних консультацій, громадських обговорень із провідними інститутами громадянського суспільства з питань інвалідів; 5) Національний план реалізується без системних консультацій із провідними інститутами громадянського суспільства з питань інвалідів; 6) системний громадський контроль із питань дотримання прав інвалідів відсутній.

Ураховуючи зазначене, з метою підвищення ефективності реалізації положень Конвенції, вважаємо за доцільне висловити наступне. По-перше, ухвалення Конвенції потребує якісної консолідації зусиль держави, органів місцевого самоврядування, інститутів громадянського суспільства з питань її належного дотримання та виконання. По-друге, на основі положень Конвенції, у розвиток норм Конституції України (ст.ст. 3, 8, 46, 92) доцільно розробити проект Кодексу про права інвалідів і, з урахуванням системних громадських обговорень та слухань, ухвалити його як єдиний закон із питань прав інвалідів. По-третє, запровадити системний громадський контроль із питань дотримання прав інвалідів. По-четверте, слід запровадити постійний моніторинг та громадський контроль за дотриманням та належним виконанням Національного плану дій для реалізації Конвенції про права інвалідів на період до 2020 року.

Список використаних джерел

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30. – С. 141.
2. Право соціального забезпечення в Україні : підручник / Т. А. Занфірова, М. І. Іншин, С. М. Припипка 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.
3. Куца А. М. Адміністративно-правове регулювання соціального захисту інвалідів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / А. М. Куца ; Запорізь. нац. ун-т. – Запоріжжя, 2011. – 18 с.
4. Шумна Л. П. Правові основи реабілітації інвалідів в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / Л. П. Шумна ; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2003. – 19 с.
5. Конвенція ООН про права інвалідів // Офіційний вісник України. – 2010. – № 17. – Ст. 799.
6. Про ратифікацію Конвенції про права інвалідів і Факультативного протоколу до неї : Закон України від 16 грудня 2009 р. № 767-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 9. – Ст. 77.
7. Про затвердження Державної цільової програми «Національний план дій з реалізації Конвенції про права інвалідів» на період до 2020 року : постанова Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2012 р. № 706 // Урядовий кур'єр від 9 серпня 2012 р. – № 142.

ПОНЯТТЯ ДУАЛІЗМУ СУДОВОЇ СИСТЕМИ

Ця стаття має на меті аналіз поняття дуалізму (подвійності) судової системи на основі робіт іноземних дослідників.

Концепція дуалізму судової системи була розроблена іноземними дослідниками держави і права на основі концепції подвійності державних функцій, яка була вперше запропонована німецьким дослідником Ернстом Френкелем. Він вивчав функціонування правових інститутів нацистської Німеччини і дійшов висновку, що нацистська держава складалась із двох частин, які автор концептуально позначив як «прерогативна» і «нормативна». «Прерогативна» частина державного апарату «здійснювала необмежене свавілля і насильство, яке не базувалось на юридичних принципах», а нормативна частина «була наділена складними повноваженнями з охорони правопорядку, які відображались у нормативних актах, рішеннях судів і діяльності адміністративних органів» [1]. Незважаючи на те, що уряд нацистської Німеччини здійснював свої «прерогативні» повноваження насильницьким шляхом переважно в політичній сфері, нормативна частина держави не була демонтована і працювала у приватній сфері економіки.

Першу явну і докладну паралель між подвійним характером нацистської Німеччини і Радянського Союзу провів Роберт Шарлет [2]. Він показав, що в радянській державі відношення між «прерогативною» і «нормативною» частинами проявлялось через протиріччя між офіційно проголошеними принципами законності і партійності, де останній принцип мав пріоритет. Поряд очевидних подібностей із нацистською державою, Р. Шарлет також проаналізував специфічність радянської подвійної державної системи. Одною з помітних відмінностей була всеосяжна позиція Комуністичної партії, що виконувала прерогативні функції через «терор» у політичному житті суспільства, але одночасно контролювала і судову владу, яка докладала чимало зусиль, щоб виконувати свої нормативні функції. Таким чином, партія стояла зовні і над обома частинами дуалістичної системи «у всіх сферах суттєво політизованого суспільства» [2].

Інші дослідники радянського права підтвердили дуалістичну природу права і судової системи в радянські часи. Наприклад, Інга Марковіч підкреслювала, що радянське право «представляло собою, в деякому розумінні, дві системи права: право політичних репресій і право звичайного повсякденного життя» [3]. Джордж Фейфер, провівши етнографічні дослідження роботи судів першої інстанції в Москві в 60-ті роки минулого сторіччя, виявив, що вони досягали справедливості для простих радянських громадян у незначних кримінальних та цивільних справах відповідно до закону,

і цей результат можна було порівняти з результатом діяльності судів у західних країнах [4].

Водночас, ІІ. Соломон показав, як Радянська держава виконувала свої «прерогативні функції» в рамках системи кримінального правосуддя в період 1922-1941 р.р. через вплив на суди шляхом бюджетування та інших методів на локальному рівні [5]. А. Леденцова досліджувала так зване «телефонне право», що дозволяло радянським партійним чиновникам диктувати зміст судових рішень [6].

З огляду на таку «спадщину», не дивно, що після розпаду Радянського Союзу багато пострадянських держав залишалися схильними до дуалізму. Концепцію дуалізму в дослідженнях сучасної Росії було плідно використано багатьма дослідниками. Наприклад, Дж. Кнупс і Р. Амстердам досліджували функціонування російських судів в справі Юкос, щоб показати маніпулятивну роботу «прерогативної» частини російської держави в галузі міжнародного співробітництва і взаємної допомоги у кримінальних справах [7].

Інші дослідники підкреслювали, що рівна увага повинна бути звернена на дослідження обох частин подвійної правової системи. На основі аналізу Е. Френкеля, Річард Саква розробив модель подвійної держави на основі політологічних досліджень і застосовував її в ході аналізу держави і права в Росії. В його роботах «конституційна» і «прерогативна» частини держави «працюють паралельно, і жодна з цих систем не може працювати на повну потужність, за своєю логікою і власною динамікою, ... що призводить до кризи управління і нестримного поширення інституційного нігілізму» [8].

Аналогічним чином, К. Хендлі показала, що надмірний акцент на таких політичних судових справах, як Юкос, сприяє створенню спотвореної картини російської правової дійсності. Вона емпірично дослідила, як прості громадяни ставляться до права і застосовують його в повсякденному житті, і дійшла висновку, що росіяни добре обізнані про судовий дуалізм і здатні корегувати свою поведінку залежно від того, з якою частиною подвійної системи вони взаємодіють [9]. Дослідження К. Хендлі підтвердило, що суди в Росії розглядають більшість справ і виносять щодо них рішення відповідно до закону. Проте, у виняткових випадках можливе втручання ззовні і закон починає служити політичним або економічним інтересам можновладців [9, с. 671]. Сама можливість маніпуляцій у подвійній судовій системі призводить до ситуації, коли справедливість «можлива і навіть ймовірна, але не гарантована» [10, с. 351]. Таким чином, пострадянські судові системи не можуть розглядатися тільки в чорних, або тільки в білих кольорах, і в цьому випадку доцільне використання концепції дуалізму судової системи.

Дуалізм пострадянських судових систем не є наслідком неефективності або випадкового виходу з ладу деяких елементів системи. Адже такі недоліки, як занадто довгий час розгляду справ, некомпетентність суддів, поодинокі випадки корумпованості існують і в судах країн західної демократії. Основною ознакою подвійної судової системи є свідоме ставлення до неї політичної влади, яка не тільки толерантна до корупційних проявів судової системи, але й

свідомо розбудовує, підтримує і просуває її «прерогативну» частину. Так, за словами Кейт Дарден, у таких системах «можливості корупційної діяльності систематично відслідковуються і надаються владою державним посадовцям як неформальна оплата їх праці в обмін на лояльність», що «забезпечує додатковий стимул виконувати накази згори і потенційні санкції у формі кримінального переслідування на випадок непокори» [11].

Серед характерних ознак подвійної судової системи – і «зовнішнє маскування» під світові стандарти правосуддя. Так, П. Соломон критикує Росію і Китай за маніпулятивне «підстроювання під міжнародні стандарти і очікування міжнародної спільноти шляхом реформи формальних інститутів та одночасне нівелювання ефекту цих реформ та підтримку неформальних практик» [12].

Концепція подвійності судової почала використовуватися іноземними вченими для дослідження правових явищ нещодавно. Вважаємо, що вона може застосовуватися для соціо-правових досліджень української судової системи. Адже в багатьох дослідженнях Україна характеризується подвійними термінами, такими як: «гібридна держава», «електоральна демократія», «конкурентоспроможний авторитаризм», «електоральний клієнтелізм» або «електоральний авторитаризм», що вказує на поєднання елементів із дуже різних, здавалося б, непримиренних, політичних систем [13].

Список використаних джерел

1. Fraenkel, Ernst 2006. *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*. Clark, NJ: The Lawbook Exchange, Ltd.
2. Sharlet, Robert S. 1977. *Stalinism and Soviet Legal Culture*. In *Stalinism: Essays in Historical Interpretation*, ed. Tucker Robert. New York: W. W. Norton.
3. Markovits, Inga 2007. *The Death of Socialist Law?* *Annual Review of Law and Social Science*, 3:233-53.
4. Feifer, George 1964. *Justice in Moscow*. New York: Simon and Schuster.
5. Solomon, Peter 1985. *Local Political Power and Soviet Criminal Justice, 1922-41*. *Europe-Asia Studies*, 37:305-29.
6. Ledeneva, Alena 2008. *Telephone Justice in Russia*. *Post-Soviet Affairs*, 24:324-50.
7. Knoops, Geert-Jan Alexander, and Robert R. Amsterdam 2006. *Duality of State Cooperation within International and National Criminal Cases*. *Fordham International Law Journal*, 30:260.
8. Sakwa, Richard 2010. *The Dual State in Russia*. *Post-Soviet Affairs*, 26:185-206.
9. Hendley, Kathryn 2010. *Mobilizing Law in Contemporary Russia: The Evolution of Disputes over Home Repair Projects*. *The American Journal of Comparative Law*, 58:631-78.
10. Hendley, Kathryn 2006. *Assessing the Rule of Law in Russia*. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 14:347.

11. Darden, Keith 2008. The Integrity of Corrupt States : Graft as an Informal State Institution. *Politics and Society*, 36:35-59.
12. Solomon, Peter 2008. Law in Public Administration : How Russia Differs. *Journal of Communist Studies and Transition Politics*, 24:115-35.
13. Kuzio, Taras 2005. Regime Type and Politics in Ukraine under Kuchma. *Communist and Post-Communist Studies*, 38:167-90.

*Логун Л. В.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри галузових
правових наук НаУКМА*

ПРИНЦИП ДОБРОСОВІСНОСТІ В ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИНАХ

Принцип добросовісності фактично отримав своє втілення і у процесуальному праві. Традиційно він бере свій початок від концепції *bona fides* у позовному провадженні в римському праві та зобов'язання «доброї совісті» (*obligationis stricti juris*). Договори «доброї совісті» замінили договори «суворого» права, заснованого на формалізованих і застарілих правилах, а їхній зміст визначався не формальними умовами, а справжніми намірами сторін, або, якщо вони були незрозумілі, звичаями ділового обороту.

В Римі для впливу на позивачів, які безпідставно пред'являли позови, були встановлені заходи у формі штрафу. Відповідач міг вимагати від позивача скласти присягу, що останній діє добросовісно. Претор розглядав як делікт преторського права той випадок, коли позивач подавав позов з єдиним наміром вести процес, знаючи, що право, про яке він стверджує, насправді не існує. Такий позов завжди передбачав недобросовісність позивача. Але навіть за його добросовісності легковажність, з якою позивач розпочав процес, мала результатом для нього штрафні санкції. Так, у випадку пред'явлення позову про образ, виправданий відповідач, у свою чергу, міг переслідувати свого обвинувача, навіть якщо той був добросовісним, і змусити його сплатити собі десяту частину того, що вимагалося з нього першочергово [0].

Таким чином, римські юристи вперше розробили чіткий механізм реалізації концепції добросовісності в цивільних правовідносинах та скерували розвиток обороту від правил незручного та консервативного «суворого» права до нового, більш універсального стану, що відповідав динамічним інтересам учасників договірних правовідносин.

Принцип добросовісності став також безпосереднім джерелом значної кількості цивільно-правових конструкцій і правил, передусім тих, що опосередковані зобов'язальним правом. Юридична досконалість та ефективність таких норм були перевірені часом і сприйняті сучасними правовими системами, в тому числі, цивільним законодавством України.

Принцип добросовісного виконання міжнародних зобов'язань є одним із семи основних принципів, закріплених у Статуті ООН [0]. У п. 2 ст. 2 Статуту зазначено, що всі члени ООН добросовісно виконують узяті на себе за цим Статутом зобов'язання, щоб забезпечити всім їм у сукупності права та переваги, які випливають із належності до ООН. У преамбулі Статуту підкреслюється рішучість членів ООН «створити умови, за яких можна додержувати справедливості й поваги до зобов'язань, що випливають з договорів та інших джерел міжнародного права». Як універсальний принцип міжнародного права принцип добросовісного виконання міжнародних зобов'язань набув розвитку в низці міжнародно-правових документів. Так, у Декларації про принципи міжнародного права [0], що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН 1970, підкреслюється, що добросовісне додержання принципів міжнародного права, які стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами, має найважливіше значення для підтримання міжнародного миру і безпеки. Кожна держава зобов'язана добросовісно виконувати зобов'язання, прийняті нею відповідно до Статуту ООН, зобов'язання, що випливають із загальновизнаних норм та принципів міжнародного права, а також зобов'язання, що випливають з міжнародних договорів, чинних відповідно до загальновизнаних принципів і норм міжнародного права. Держави-учасниці ОБСЄ підтвердили таке значення цього принципу в Заключному акті Наради з безпеки і співробітництва в Європі [0] 1975 р. Відповідно до Віденської конвенції про право міжнародних договорів [0] 1969 р., добросовісна поведінка держав полягає, зокрема, в тому, що вони не можуть ухилятися від виконання зобов'язань, які випливають з міжнародно-правових норм, і не можуть посилатися ні на положення свого внутрішнього права, ні на інші обставини як на підставу невиконання або відмови від виконання своїх зобов'язань. Як випливає із Заключного акта ОБСЄ, держави повинні узгоджувати своє законодавство та адміністративні правила зі своїми міжнародними зобов'язаннями і можуть відмовлятися від їх виконання лише на основі міжнародного права [0].

При виконанні договірних зобов'язань, що виникають у міжнародному комерційному обороті, Принципами міжнародних комерційних договорів УНІДРУА [0] обов'язковими також визнаються засади «добросовісності і чесної ділової практики». Можна виділити такі обов'язки, що визнаються добросовісними принципами:

- обов'язок сторони не вести переговори без дійсної мети укласти договір з іншою стороною (стаття 2:301);
- обов'язок не розголошувати конфіденційну інформацію, надану іншою стороною в процесі переговорів (стаття 2:302);
- обов'язок не отримувати несправедливих переваг від залежності іншої сторони, ставити її в економічно несприятливі умови та послаблювати іншим чином (стаття 4:109);
- надання боржнику права усунути недоліки виконання його обов'язку до моменту такого виконання (стаття 8:104);

– право боржника відмовитися від нестандартного виконання договірних зобов'язань, якщо таке виконання призведе до несправедливих зусиль та витрат (стаття 9:102).

Один із загальних принципів Віденської Конвенції ООН «Про міжнародну купівлю-продаж товарів» [0] 1980 р. – принцип дотримання добросовісності в міжнародній торгівлі (п. 1 ст. 7), який розкривається також і в інших її нормах.

Щодо визначення самого поняття «добросовісності», то єдиного підходу в науці не сформувалося. Наприклад, Г. Люк (H. Luck) розуміє добросовісність як «справедливість, чесну поведінку, розумний стандарт чесного ведення справ, порядність, розумність, порядну поведінку, загальний етичний сенс, розумність, дух солідарності, громадські стандарти справедливості, і врешті-решт, як фактичну чесність» [0].

В. Ємельянов пропонує розглядати певну особу добросовісною власне у розумінні її невинуватості, а саме в тому випадку, коли вона діє без умислу завдати шкоду іншій особі, а також не допускає легковажності (самовпевненості) та недбалості стосовно можливого заподіяння шкоди [0].

На думку В. Вітрянського, в жодному законі визначити будь-які підходи, параметри, поняття добросовісності (як і справедливості та розумності) в принципі неможливо [0].

У літературі виділяють суб'єктивну і об'єктивну сторони принципу добросовісності. На думку М. Агарова, «добра совість» в об'єктивному значенні є не що інше, як чесність у відносинах між особами. Р. Емерсон вказує на те, що інвестиційний інструмент використовується добросовісно, якщо особа діє чесно. Отже, на його думку, критерій добросовісності є суб'єктивним: чи дійсно особа вважає, що інструмент є правомірним та належним? При цьому не повинен братися до уваги «об'єктивний» критерій, адже в цьому випадку немає значення, яким чином використовувала би такий інструмент розумна та добросовісна особа в аналогічних умовах. Отже, в переддоговірних правовідносинах добросовісність їх суб'єктів має об'єктивно-суб'єктивний характер, який виявляється у наступному. Об'єктивна сторона визначає, що дії суб'єкта мають відповідати об'єктивним загальноприйнятим стандартам добросовісності, які виражаються, зокрема, у правилах ділового обороту, а суб'єктивна сторона відображає його внутрішнє ставлення до своїх дій як до правомірних та усвідомлення того, що такими діями не порушуються права та інтереси інших осіб [0].

Варто зазначити і місце принципу добросовісності в українському договірному праві. Цивільний кодекс України [0] від 16 січня 2003 р. визнав добросовісність, справедливість та розумність загальними засадами цивільного законодавства (п. 6 ст. 3 ЦК України).

Відповідно до ч. 3 ст. 27 Цивільного процесуального кодексу [0] України від 18 березня 2004 р., особи, які беруть участь у справі, зобов'язані добросовісно здійснювати свої процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки. Відповідно до ч. 3 ст. 240 ЦПК України, суд, установивши, що

заявник діяв недобросовісно без достатньої для цього підстави, стягує із заявника всі судові витрати.

Згідно з ч. 3 ст. 22 Господарського процесуального кодексу [0] України, сторони зобов'язані добросовісно користуватися належними їм процесуальними правами.

Таким чином, українське законодавство містить норми, які фактично реалізують у собі принцип добросовісності.

Як зазначає Д. Павленко, принципом добросовісного виконання зобов'язань обумовлена поява однієї з тенденцій розвитку судової практики в країнах континентальної системи права. Ця тенденція, спрямована на усунення деяких прогалин оферти, найбільш чітко прослідковується стосовно укладених договорів, виконання яких сторони вже розпочали і вже частково виконали, але в процесі виконання стала наявною прогалина в оферті. Суди намагаються зберегти такі договори і створити умови для їх належного виконання, використовуючи для цього критерії добросовісності та розумності. Так, якщо в оферті було вказано порядок оплати та спосіб вирахування належної кредиторі суми, а при настанні строку оплати виявилось, що вказаний спосіб не може бути застосований через різні юридичні та фактичні причини, суди не вважають, що сторони не досягли згоди щодо питання ціни та, відповідно, не уклали договору. В результаті іноземні суди в таких випадках зобов'язують боржника сплатити ринкову або розумну ціну [0].

Взагалі, деякі науковці висловлювалися проти закріплення принципу добросовісності на законодавчому рівні, пояснюючи це тим, що принцип занадто розмитий і його важко застосувати на практиці.

Про практику застосування принципу добросовісності. Зокрема, французький арбітраж розглянув спір, що впливав із виконання договору міжнародної купівлі-продажу. Покупець продав партію джинсів в Іспанії в порушення договірної обов'язку з їх продажу в Північній Америці та Африці. Продавець відмовився приймати продукцію і покупець подав позов до арбітражу. Проте суд визнав, що, відповідно до ст. 25 Віденської конвенції, продавець суттєво порушив умови договору тим, що не повідомив про країну реалізації товару, відправляючи його до Іспанії, замість країн, передбачених у договорі, та наклав на покупця штраф. При цьому поведінка покупця, коли він подав позов до суду, будучи стороною, яка сама порушила договір, була визнана такою, що «не відповідає принципу добросовісності в міжнародній торгівлі, як передбачено статтею 7 (1)» [0].

Міжнародний комерційний арбітражний суд при ТПП РФ, розглядаючи справу, пов'язану з неякісно поставленим товаром, дійшов висновку, що вимоги покупця щодо першої партії товару можуть бути взяті до уваги лише щодо тієї кількості товару, яка реально була перевірена експертом і в якій були виявлені дефекти. Разом з тим, керуючись загальним принципом Віденської конвенції 1980 р. про необхідність дотримання добросовісності в міжнародній торгівлі, МКАС не погодився з позицією продавця про те, що покупець узагалі

не довів, що на заводах перевірявся товар з першої партії товару, поставленого продавцем [0].

Прикладами застосування цього принципу як загального принципу Співтовариства при вирішенні спору Судом ЄС є рішення у справі № 36/72 «Меганк проти Комісії ЄС» [0], рішення у справі № 25/76 «Сегоура проти Бонакдаріан» [0], а також справа «courgettes perishing» – «зіпсовані кабачки» [0].

Існує і українська практика застосування судами принципу добросовісності. Зокрема, ще 2004 р. Конституційний Суд України у своєму рішенні зазначив: «Одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства» [0]. Серед різноманітних форм взаємодії моралі й права центральне місце відведено саме принципу добросовісності та визначенням відповідно до його змісту моральним і пов'язаним з ними інтелектуально-вольовим характеристикам суб'єктивної сторони поведінки учасників цивільних відносин. Доцільність закріплення засади добросовісності прямо випливає з моральних засад суспільства, яке зацікавлене у формуванні у всіх учасників цивільних відносин усвідомленого прагнення спрямовувати свою діяльність на досягнення винятково правомірних цілей та у встановленні режиму взаємного захисту й забезпечення правомірних інтересів усіх членів соціуму через їх власні, «зустрічні» щодо один одного, вчинки. Тому було б не тільки несправедливо, а й нерозумно відмовлятися від використання найбільш доцільних правових форм забезпечення дії принципу добросовісності у тих випадках, коли вони виявляються придатними для визначення правового становища учасників охоронних цивільних відносин.

Список використаних джерел

1. Статут Організації Об'єднаних Націй від 26 червня 1945 р. // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_010.
2. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_118.
3. Декларація про принципи міжнародного права від 24 жовтня 1970 р. // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_569.
4. Заключний акт Наради з безпеки та співробітництва в Європі від 1 серпня 1975 р. // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_055.
5. Конвенція ООН «Про міжнародну купівлю-продаж товарів», 1980 // http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html.
6. Принципи міжнародних комерційних договорів (принципи УНІДРУА) // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_920.
7. Господарський процесуальний кодекс України № 1798-XII // Відомості Верховної Ради України, 1992. – № 6. – Ст. 56.

8. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України, 2003. – №№ 40-44. – Ст. 356.

9. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України, 2004. – № 40-42. – Ст. 492.

<http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1618-15>.

10. Рішення Конституційного Суду України у справі про призначення судом більш м'якого покарання від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 // <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v015p710-04>.

11. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга 1. Общие положения. – М. : Статут, 2002.

12. Денисов В. Н. Принцип добросовісного виконання міжнародних зобов'язань // <http://cyclop.com.ua/content/view/1269/58/1/1/>.

13. Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. – М. : Лекс-Книга, 2002.

14. Павленко Дмитро. Добросовісність сторін як принцип господарського процесуального права // <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2040>.

15. Павленко Д. Реалізація принципу добросовісності в договірних правовідносинах в контексті судової практики // Наука і практика. – 2009. – № 8.

16. Розенберг М. Г. Из третейской практики МКАС РФ. – С.-Пб., 2000. – № 2 // <http://arbitrage.spb.ru/jts/2000/2/art05.html>.

17. Черничук Я. В. Добросовісність як важлива засада переддоговірних відносин // http://azov-academy.ucoz.org/publ/dobrosovisnist_... -124.

18. Case number 93/3275. Cour d'appel (Appeal Court), Grenoble, France. Decided on 22 February 1995 // <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950222fl.html>.

19. E. Hondius. Good faith in European Contract Law – a first publication of the Trento common core project // European Review of Private Law 3. 2002. – P. 471-472.

20. Judgment of the Court (Second Chamber) of 30 May 1973, Case 36-72. François Meganck v Commission of the European Communities // European Court reports. 1973. – P. 00527.

21. Judgment of the Court of 14 December 1976, Case 25-76. Galeries Segoura SPRL v Societe Rahim Bonakdarian // European Court reports. 1976. – P. 01851.

22. Luck H.K. Good Faith and Contractual Performance, in P. Finn (ed.), Essays on Contract, The Law Book Company Limited. – Sydney, 1987.

*Маловичко С. П.,
заступник голови з правової роботи
Донецької обласної організації
профспілки працівників охорони
здоров'я України, ст. викладач
кафедри цивільного права і процесу
економіко-правового факультету
Донецького національного університету,
адвокат*

«МІНИ УПОВІЛЬНЕНОЇ ДІЇ» ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА: СИСТЕМНІ ПОМИЛКИ ПРАКТИКИ ЗАСТОСУВАННЯ

Конституційне право кожного на працю включає: можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується; право на своєчасне одержання винагороди за працю. Дане право захищається законом. [1] Дієвість цих одних з найважливіших положень Основного Закону залежить як від досконалості відповідних норм трудового законодавства, так і від безпомилковості їх застосування на практиці. Останнє, у свою чергу, вказує на актуальність теми дослідження, тим більше, що мова піде про масовий характер однакових помилок правозастосування, які повною мірою можна вважати «системними». На системність наведених нижче помилок вказує те, що окрім великої кількості суб'єктів, чиї права порушуються, цьому додатково сприяють деякі суб'єкти владних повноважень.

Питання трудових правовідносин, тлумачення правових актів та застосування права ґрунтовно висвітлені у наукових працях учених-правознавців: С. В. Венедіктова, Б. В. Малишева, П. Д. Пилипенка, В. Г. Ротаня та багатьох інших. Об'єднання досягнень юридичної науки та досвіду правозахисної роботи дозволило виявити низку помилок практики застосування трудового законодавства, які мають системний характер.

Мета цієї статті – визначити проблемні правовідносини та системні помилки практики застосування трудового законодавства, розширити коло інформованих про це осіб, а також запропонувати шляхи мінімізації негативних наслідків порушень трудових прав працівників.

Приклади деяких системних помилок практики застосування трудового законодавства:

1. Правовідносини, пов'язані з проходженням інтернатури деякими категоріями випускників медичних вищих закладів освіти.

Спеціальний нормативно-правовий акт, який регулює такі правовідносини: Положення про спеціалізацію (інтернатуру) випускників вищих медичних і фармацевтичних закладів освіти III-IV рівнів акредитації медичних факультетів університетів (затверджене наказом Міністерства охорони здоров'я України від 19 вересня 1996 р. № 291 (зі змінами) [2].

Суть системної помилки правозастосовної практики: неоформлення фактично трудових правовідносин між базою стажування та деякими лікарями-інтернами з випускників, які навчалися в медичному вищому закладі освіти за кошти юридичних та фізичних осіб (за контрактною основою); ситуація має підтримку з боку Міністерства охорони здоров'я України шляхом надання листів із зазначеною позицією.

Негативні наслідки: під час проходження інтернатури та, незважаючи на те, що зазначені особи на базі стажування (переважно у комунальних закладах охорони здоров'я) підпорядковуються правилам внутрішнього трудового розпорядку такого закладу, виконують трудову функцію лікаря-інтерна та ін., – на відміну від лікарів-інтернів, які навчалися у вказаних вищих навчальних закладах за бюджетні кошти, – не отримують заробітну плату, стаж такої роботи не зараховується до трудового стажу, право на відпустки не надається, не застраховані у системі загальнодержавного соціального страхування і т. д.

Додаткові особливості проблеми. Строк звернення до суду за поновленням порушених прав змішаний: стосовно неоформлення трудових відносин – три місяці з дня, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про порушення своїх трудових прав; щодо вимагання заборгованості з заробітної плати – необмежений.

2. Перерахунок заробітної плати деяких працівників (переважно бюджетної сфери) у травні 2010 р.

Спеціальні нормативно-правові акти: Закон України «Про індексацію грошових доходів населення» від 3 липня 1991 р. (зі змінами), Кодекс законів про працю України (стаття 127) [3, 4].

Суть системної помилки правозастосовної практики: Закон України «Про Державний бюджет України на 2010 рік» був прийнятий 27 квітня 2010 р., але нові розміри мінімальної заробітної плати та прожиткового мінімуму (більші, ніж установлені до його ухвалення) були введені в дію з 1 січня 2010 р. [5] У результаті з'явилися консультації у фахових бухгалтерських виданнях за підписами керівництва на той час Міністерства праці і соціальної політики України та експертів, які посприяли перерахунку заробітної плати деяких працівників шляхом утримання з неї сум індексацій заробітної плати, отриманої за січень, лютий, березень і квітень 2010 р. [6, 7].

3. Обмеження права на допомогу на оздоровлення одночасно з наданням щорічної основної відпустки медичним і фармацевтичним працівникам державних та комунальних закладів.

Спеціальний нормативно-правовий акт: постанова Кабінету Міністрів України «Питання оплати праці працівників установ, закладів та організацій окремих галузей бюджетної сфери» № 524 від 11 травня 2011 р. (далі – Постанова) [8].

Суть системної помилки правозастосовної практики: неврахування норм Постанови до вказаних працівників, якщо вони працюють за сумісництвом, завдяки такій позиції Міністерства охорони здоров'я України та консультаціям

спеціалістів центрального органу виконавчої влади з трудових відносин [9, 10, 11].

Негативні наслідки щодо двох останніх проблемних питань однакові: масові порушення конституційного права на оплату праці та трудового законодавства, обмеження (складності) функціонування юридичних осіб-роботодавців у разі численних звернень працівників (у тому числі й колишніх) за стягненням заборгованості з заробітної плати (особливо небезпечне для комунальних закладів охорони здоров'я, які надають медичну допомогу населенню).

Таким чином, наведені системні помилки практики застосування трудового законодавства можна порівняти з «мінами уповільненої дії» для роботодавців, у яких працюють (працювали) зазначені категорії працівників та для економіки держави (оскільки переважна частина порушень відбулася у бюджетній сфері). Вирішення зазначених проблемних питань полягає передусім у визнанні їх певними суб'єктами владних повноважень; припиненні порушень трудових прав працівників (відносно 1 та 3 прикладів); централізованому (на державному рівні) плануванню та поверненні сум заборгованості з заробітної плати працівникам (і колишнім працівникам) бюджетних закладів, із додатковим урахуванням необхідності сплати відповідних сум до Міністерства доходів і зборів України.

Список використаних джерел

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. Наказ «Про затвердження Положення про спеціалізацію (інтернатуру) випускників вищих медичних і фармацевтичних закладів освіти III-IV рівня акредитації медичних факультетів університетів» [Електронний ресурс] / Наказ «Про затвердження Положення про спеціалізацію (інтернатуру) випускників вищих медичних і фармацевтичних закладів освіти III-IV рівня акредитації медичних факультетів університетів» від 19 вересня 1996 р. – № 291. – Міністерство охорони здоров'я України. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z0696-96>.

3. Закон України «Про індексацію грошових доходів населення» [Електронний ресурс] / Закон України «Про індексацію грошових доходів населення» від 3 липня 1991 р. – № 1282-XII. – Верховна Рада України. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1282-12>.

4. Науково-практичний коментар до законодавства України про працю / Відп. ред. В. І. Ротань. – 12-те вид., перероб. і доп. – Х. : Фактор, 2010. – 816 с.

5. Закон України «Про Державний бюджет України на 2010 рік» [Електронний ресурс] / Закон України «Про Державний бюджет України на 2010 рік» від 27 квітня 2010 р. № 2154-VI. – Верховна Рада України. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2154-17>.

6. Іванкевич В. Відносно перерахунку заробітної плати / В. Іванкевич // Баланс-Бюджет від 24 травня 2010 р. – № 21. – С. 7.

7. Циганенко В. Перерахунок зарплати за січень-квітень і індексація у прикладах / В. Циганенко // Все про бухгалтерський облік від 24 травня 2010 р. – № 48. – С. 17-18.

8. Постанова «Питання оплати праці працівників установ, закладів та організацій окремих галузей бюджетної сфери» [Електронний ресурс] / Постанова «Питання оплати праці працівників установ, закладів та організацій окремих галузей бюджетної сфери» від 11 травня 2011 р. – № 524. – Кабінет Міністрів України. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/524-2011-%D0%BF>.

9. Дереза І. Про щорічні відпустки та допомогу на оздоровлення / І. Дереза // Праця і зарплата від 7 листопада 2012 р. – № 41. – С. 14.

10. Коновал С. Щодо виплати допомоги на оздоровлення / С. Коновал // Праця і зарплата від 8 серпня 2012 р. – № 30. – С. 11.

11. Коновал С. Щодо допомоги на оздоровлення / С. Коновал // Праця і зарплата від 19 червня 2013 р. – № 23. – С. 16.

*Петров Р. А.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри галузевих
правових наук НАУКМА*

ПРИНЦИП РІВНОГО СТАВЛЕННЯ ДО ПРАЦІВНИКІВ В УГОДІ ПРО ПАРТНЕРСТВО І СПІВРОБІТНИЦТВО МІЖ ЄС ТА УКРАЇНОЮ

Угоди про партнерство і співробітництво (УПС) між ЄС та країнами СНД було підписано з Казахстаном, Киргизстаном, РФ, Україною, Білоруссю та Молдовою 1994 року, із Азербайджаном, Вірменією, Узбекистаном та Грузією – 1996 р., із Таджикистаном – 2010 р. Тільки десять із дванадцяти УПС сьогодні набрали чинності. Водночас строк дії більшості угод УПС (10 років) вже сплинув та щорічно пролонгується. Політичні мотиви є перепорою для набрання чинності УПС із Білоруссю та Туркменістаном (останню підписано в березні 1998 р.).

У преамбулах УПС спеціально відсутні будь-які згадування про «процеси європейської інтеграції» або «цілі членства ЄС», як це міститься в УАЦСЄ та УСА. Головною метою УПС є: розвиток тісних політичних відносин; сприяння торгівлі, інвестиціям та гармонійним економічним відносинам між сторонами, які підписали їх; підтримка співробітництва та зусиль країни, яка підписала УПС, після завершення її переходу до ринкової економіки. Створення зон вільної торгівлі між колишніми радянськими країнами та ЄС можливе лише за умови успішних економічних реформ. Інакше кажучи, УПС готують базу для

подальшого політичного та економічного співробітництва між сторонами з метою «створення основ взаємовигідного економічного співробітництва»; сприяння розвитку торгівлі, інвестицій та гармонійних економічних відносин». Цілі УПС опосередковано наголошують на перехідному характері угод, які зрештою можуть перейти в нову і досконалішу форму співробітництва.

УПС визнають існування історичних зв'язків та спільних цінностей, які поділяють Сторони, що їх підписали. В кожній УПС містяться «вагомі елементи», принципи захисту демократичних свобод і прав людини, а також принципи ринкової економіки. Недотримання цих принципів вважається серйозним порушенням угоди і може призвести до зупинення дії УПС в односторонньому порядку. Принцип вільного транзиту товарів є суттєвою умовою для досягнення цілей УПС, хоча його порушення не є наслідком тимчасового припинення дії УПС. Саме тому не дивно, що зміст «вагомих елементів» точно не сформульований в УПС. «Вагомі елементи» УПС містять міжнародні договори та документи загального характеру, тим самим залишаючи для ЄС широкі можливості політичного маневрування у відносинах із країнами СНД.

Перелік джерел міжнародного права, які підлягають імплементації сторонами УПС, представлений у багатьох міжнародних документах. Наприклад, УПС закріплює обов'язки сторін із визнання та застосування міжнародних принципів, які містяться в Підсумковому акті ОБСЄ, підсумкових документах наступних Мадридської та Віденської нарад, Документі Боннської конференції ОБСЄ з економічного співробітництва, Паризької хартії для нової Європи та Гельсінському документі ОБСЄ «Виклик часу змін» 1992 р.

Принцип недопущення дискримінації сторін відіграє суттєву роль у досягненні цілей УПС. Цей принцип застосовується щодо недискримінації громадян країн СНД та ЄС державних монополій комерційного характеру¹. Принцип недопущення дискримінації посідає суттєве місце серед зобов'язань в УПС. Цей принцип стосується практично всіх сфер секторального співробітництва УПС: оподаткування²; застосування захисних торговельних заходів³; умов, за яких товари купуються або реалізуються⁴; ставлення до працівників за ознакою громадянства стосовно умов праці, нагороди або звільнення, порівняно із [їх] власними громадянами⁵; заснування та діяльності компаній⁶; вільного надання послуг у сфері міжнародних морських перевезень⁷; доступу до судів та адміністративних органів сторін⁸.

¹ Див., наприклад, статтю 49 (2.4) УПС між ЄС та Україною. Відповідні заяви набирають чинності, починаючи з третього року після набрання чинності УПС між ЄС та РФ, та починаючи із четвертого року після набрання чинності УПС відповідно з Україною та Молдовою. Сторони УПС, що домовляються, «заявляють про свою готовність» забезпечити недопущення дискримінації громадян сторін та їх компаній.

² Див., наприклад, статтю 52 (7) УПС між ЄС та РФ.

³ Див., наприклад, статтю 19 УПС між ЄС та РФ.

⁴ Див., наприклад, статтю 53 (2.4) УПС між ЄС та РФ.

⁵ Див., наприклад, статтю 23 УПС між ЄС та РФ.

⁶ Див., наприклад, статтю 29 (3) УПС між ЄС та РФ.

⁷ Див., наприклад, статтю 39 (2) УПС між ЄС та РФ.

⁸ Див., наприклад, статтю 98 УПС між ЄС та РФ.

За рішенням у справі «*Simutenkov v Ministerio de Educación y Cultura, Real Federación Española de Fútbol*» Суд ЄС визнав, що положення про недопущення дискримінації працівників в УПС між ЄС та РФ мають пряму дію в правовій системі⁹. Більше того, в цьому рішенні Суд ЄС однозначно заявив, що обмежені цілі УПС між ЄС та РФ, які не передбачають ані асоціації, ані подальшого вступу РФ до ЄС, не перешкоджають тому, щоб «окремі його норми мали пряму дію» в правовій системі ЄС. УПС між ЄС та Україною містить схожі положення. Таким чином, норми про недопущення дискримінації працівників в УПС між ЄС та країнами СНД можуть мати пряму дію в правовій системі. Більше того, можна уявити, що норми УПС, які потенційно задовольняють усі умови прямої дії міжнародних договорів у правовій системі ЄС, можуть застосовуватися громадянами колишніх радянських країн у національних судах держав-членів ЄС. До таких норм УПС належать норми, які регулюють право доступу «ключового персоналу» компаній третіх країн на внутрішній ринок ЄС, права на вільне пересування територією ЄС з метою укладення контракту на надання послуг, а також норми про надання сторонам УПС РНС¹⁰. Пряма дія норм УПС у правових системах країн СНД залежить від їхнього конституційного законодавства. Проте, як свідчить практика, країни СНД не завжди зацікавлені у прямій дії норм УПС у національних правових системах. Це пояснюється тим, що країни СНД доволі часто застосовують неправомірний захист своїх слабких і вразливих галузей національної промисловості (виробництво автомобілів; електроніка; професійні послуги) від проникнення європейських конкурентів. З цією метою колишні радянські країни часто використовують сумнівні протекційні захисні схеми. Одна із таких схем мала місце в Україні, коли український уряд надав значні податкові пільги корейській компанії-інвестору «Деу» (англ. «Daewoo») на збанкрутілому національному автомобілебудівному заводі з метою виключення європейських конкурентів із ринку автомобілебудування в Україні¹¹.

УПС можна розглядати як доволі успішний інструмент зовнішньої політики ЄС. На теперішній час УПС уже вичерпали свій потенціал як правовий інструмент підтримки довгострокових відносин із країнами СНД. Зміст «acquis» ЄС у межах УПС сформовано таким чином, щоб забезпечити якнайшвидшу інтеграцію країн СНД у світову ринкову економіку. УПС містить великий обсяг «acquis» ЄС у сфері демократичних свобод та прав людини. Принципи ліберальної торгівлі, взаємодії та чесної конкуренції становлять основу двостороннього співробітництва між ЄС та країнами СНД. Крім того, компанії колишніх радянських країн можуть розраховувати на недискримінаційне ставлення до себе на внутрішньому ринку ЄС, якщо захочуть відкрити свої офіси в країнах-членах ЄС. В УПС заохочується

⁹ Справа C-265/03, *Simutenkov v. Ministerio de Educacion y Cultura, Real Federacion Espanola de Futbol* [2005] ECR I-2579.

¹⁰ R. Petrov, "Rights of third country / NIS nationals to pursue economic activity in the EC", 4 (2) EFA Rev. 235-253 (1999).

¹¹ C. Hillion "Trade dispute overshadows entry into force of EC agreement", 6 EU Focus (1998).

зближення законодавства країн СНД із релевантним «acquis» ЄС, особливо у таких сферах, як конкурентне право та захист інтелектуальної власності. Правила СОТ повинні застосовуватися в торговельних відносинах між сторонами, незважаючи на те, що деякі із колишніх радянських країн досі не отримали членства у СОТ. На завершення можна зробити висновок, що УПС є угодами про партнерство початкового рівня без серйозних перспектив поглиблення двостороннього співробітництва.

Розвиток відносин між ЄС та країнами СНД передбачає постійне розширення обсягу «acquis» ЄС, що підлягає імплементації країнами СНД. Це є результатом додаткових ініціатив ЄС у межах своєї зовнішньої політики. Прикладом таких ініціатив є: 1) Загальні стратегії (не застосовуються в сучасній практиці ЄС із моменту набрання чинності Лісабонського договору)¹²; 2) Європейська політика сусідства (ЄПС) та політика «Східне Партнерство».

Таким чином, обсяг «acquis» ЄС, який належить імплементувати країнами СНД, не є статичним, а містить елементи, які віддзеркалюють динамічний характер зовнішньої політики ЄС щодо країн-сусідів. Така політика дотримується цілей утвердження демократичних свобод та принципів ринкової економіки в колишніх радянських країнах.

*Посполітак В. В.,
кандидат юридичних наук,
доцент, завідувач кафедри
гуманітарного розвитку
ПВНЗ «Міжнародний
інститут менеджменту»,*

НОВЕЛИ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ІНСТИТУТИ СПІЛЬНОГО ІНВЕСТУВАННЯ»: ПОЗИТИВИ І НЕГАТИВИ

Питання спільного інвестування стало актуальним в Україні після завершення сертифікатної приватизації державних підприємств. У другій половині 90-х років відбулося «розпорошення» невеликих пакетів акцій акціонерних товариств серед мільйонів фізичних осіб – громадян України. Це стало передумовою для того, щоб фахівці заговорили про ознаки «американської моделі» фондового ринку в Україні, головною з ознак якого є значна участь громадян США в інвестиційних процесах. Для ефективного функціонування фондового ринку було запропоновано започаткувати в Україні

¹² Статті 26, 28 та 29 Договору про ЄС. Загальна стратегія Європейської ради у відносинах із РФ (О J. 1999 L 157/1). Загальна стратегія Європейської ради щодо України (О J. 1999 L 331/1). Детальнішу інформацію про процедуру затвердження та прийняття загальних стратегій, а також їхню історію можна дізнатися з: C. Hillion, "Institutional Aspects of the Partnership Between the European Union and the Newly Independent States of the Former Soviet Union: Case Studies of Russia and Ukraine", 37 CML Rev. 1211-1235 (2000).

діяльність інституційних інвесторів, серед яких основне місце посіли інститути спільного інвестування (далі – ІСІ). Таку загальну назву отримали пайові та корпоративні інвестиційні фонди, основним завданням яких стало укрупнення інвестицій багатьох людей (саме в основному – фізичних осіб) для створення більших пакетів цінних паперів, які могли б торгуватися на фондових біржах та представляти інтерес для стратегічних інвесторів. Однак, станом на 2012 рік почали відчуватися значні зміни у структурі власності акціонерних товариств. Крім того, завершення приватизації сприяло якісній зміні інвесторів – фізичних осіб. Інвестори «мимоволі», яким акції дісталися поза їх бажанням, так і не виявили інтересу до фондового ринку. Проте з'явилися люди, які вміють і хочуть інвестувати в економіку України. Це сприяло прийняттю нового закону, що регулює діяльність ІСІ. У зв'язку з цим, серед фахівців ринку капіталів виникла потреба розібратися в новелах законодавства про ІСІ. Спробуємо розібратися у цих новелах і ми.

Отже, з 1 січня 2014 р. набрав чинності Закон України «Про інститути спільного інвестування» (надалі – ЗУ «Про ІСІ»), який був прийнятий Верховною Радою України 5 липня 2012 р. [1]. Цим Законом було відмінено Закон України «Про інститути спільного інвестування (про пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» [2] від 15 березня 2001 р.

Незважаючи на те, що ЗУ «Про ІСІ» прийнятий уже більше року тому, будь-яких ґрунтовних наукових досліджень цього Закону досі не було здійснено. А публікації з цього питання, які побачили світ, фактично просто переписують норми Закону і не містять ґрунтовного його аналізу [3]. Проте сподіваймося, що в недалекому майбутньому такі дослідження усе ж з'являться. Проте вже сьогодні варто хоча б для правильного розуміння ЗУ «Про ІСІ» порівняти його з попереднім Законом і показати його новели, які мають як позитивний, так і негативний характер.

Отже, на нашу думку, до *позитивних складових* ЗУ «Про ІСІ» належать:

1. Діяльність на фондовому ринку є ризиковою. Саме тому певне обмеження щодо участі фізичних осіб в ІСІ є доцільним (ч. 2 та 3 ст. 4).

2. Класифікація складу і структури активів ІСІ дозволить чітко регламентувати діяльність ІСІ при інвестуванні та має допомогти інвесторові прийняти чітке рішення щодо того, у якому ІСІ йому бути учасником (ст. 48).

Це ж стосується класифікації ІСІ: фонди можуть бути тепер спеціалізовані та кваліфікаційні (ст. 7).

Насправді в даний час ІСІ у багатьох випадках дотримувалися подібної класифікації. Однак, як випливає зі змісту ст.ст. 7 та 48, інвесторам має стати простіше вибрати ринок активів і спосіб діяльності ІСІ, у цінні папери яких здійснюється інвестування. Структурованість на види та класи фондів буде сприяти гнучкому реагуванню інвесторів на умови ринку та потреби інвесторів.

3. Позитивом можна вважати виведення корпоративних фондів з-під юрисдикції Закону України «Про акціонерні товариства». ІСІ мають специфіку, тому це не «в повній мірі» акціонерні товариства. Вважасмо нерозповсюдження на корпоративні фонди Закону України «Про акціонерні товариства»

позитивом, оскільки такі фонди мають більше відмінностей (особливостей) від класичних акціонерних товариств, ніж подібностей (розділ 2 ЗУ «Про ІСІ»). Якби не існувало попередньої практики таких фондів в організаційно-правовій формі акціонерних товариств, то їх треба було б створювати як «непідприсмницькі товариства» (за зразком недержавних пенсійних фондів). Але КФ (раніше – КІФ) вважаються акціонерними товариствами, тому недоцільно було міняти їх форму.

4. Конвертація цінних паперів різних фондів у межах одного КУА дає інвесторові свободу прийняття рішень при інвестуванні у цінні папери ІСІ (ст. 60).

5. Відміна в пайових фондах наглядової ради буде сприяти оперативності їх діяльності. Раніше КУА, приймаючи рішення, потребували узгодження з наглядовою радою ПФ. Цей орган не оперативний у прийнятті рішень. А на фондовому ринку рішення слід приймати оперативно, поки не змінилася ціна на цінні папери.

6. У перехідних положеннях передбачено зміни у Цивільний та Господарський кодекс України, Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок». Такі зміни сприяють гармонізації аналізованого Закону з іншим масивом законодавства. Винятком є тільки Закон України «Про депозитарну систему України», з яким уніфікація не проведена.

Вказавши на позитивні моменти, необхідно зазначити і ті *негативи* або *проблемні питання*, які, на нашу думку, закріплені у ЗУ «Про ІСІ»:

1. Змінено порядок розміщення, викупу цінних паперів ІСІ. Передбачено, що учасник одночасно з подачею заявки вносить кошти на придбання цінних паперів. Після того КУА здійснює розрахунок кількості цінних паперів, що припадає на внесену кількість коштів. І лише після цього власник отримує певну кількість цінних паперів ІСІ, що припадає на внесену суму коштів. Інвестори на момент подачі заявки не знатимуть, скільки цінних паперів ІСІ отримають.

Аналогічна ситуація з викупом цінних паперів ІСІ. Передаючи цінні папери ІСІ для погашення, власники цінних паперів не знають, яка кількість грошей (який дохід) припаде на їхні цінні папери (ст.ст. 55-58).

Однозначно оцінити це нововведення як негативне чи позитивне неможливо. Однак воно є незвичним для України.

2. ЗУ «Про ІСІ» та Закон України «Про депозитарну систему в Україні» не узгоджені між собою в частині діяльності депозитарної установи. Сталося так, що ці закони розроблялися паралельно. ЗУ «Про ІСІ» узгоджувався з Законом України «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні» (який втрачає чинність восени 2014 р.). При цьому вже почав діяти Закон України «Про депозитарну систему України» (протягом року закони про депозитарну систему діятимуть паралельно – перехідний період).

Є потреба адаптувати норми нового депозитарного закону та ЗУ «Про ІСІ» (зокрема, ст.ст. 68, 69 і 71). Пов'язане це крім технологічних питань

укладення та виконання договорів через депозитарну систему також змінами функцій депозитарної установи (за старим законом – зберігача): з контролю за операціями ІСІ – на нагляд за операціями ІСІ (коли зберігач мав можливість не виконувати сумнівні операції – на ситуацію, коли він зобов'язаний їх виконувати, повідомляючи про свої сумніви наглядову раду корпоративного фонду чи КУА пайового фонду, а також регулятора (ст. 69).

3. Чимало питань Закону виглядають зарегламентованими. Забагато технологічних питань (які могли бути в актах Комісії) винесено на рівень закону. Внести зміни у Закон складніше, аніж у підзаконні акти. Це може вплинути на швидкість виправлення недоліків закону.

4. Запровадження нового акцизного податку на операції з цінними паперами негативно впливає на розвиток фондового ринку в цілому, а тому і не буде сприяти розвитку ІСІ (п. 14.1.4 Податкового кодексу України).

І насамкінець слід указати, що остаточно оцінити ЗУ «Про ІСІ» можливо буде лише після півроку чи року з моменту набрання ним чинності. Також важливу роль у реалізації даного Закону будуть мати прийняті нормативно-правові акти Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку. Крім того, усі позитиви цього Закону неможливо буде оцінити, якщо і надалі відбуватиметься стагнація фондового ринку України.

Також варто вказати на те, що усі позитиви ЗУ «Про ІСІ» можуть бути знівельовані податковим законодавством.

І дуже важливе значення для функціонування ІСІ матиме узгодження ЗУ «Про ІСІ» із Законом України «Про депозитарну систему України».

Узагальнюючи сказане, можемо стверджувати, що прийняття нового ЗУ «Про ІСІ» сприятиме розвитку ІСІ в Україні, а проблемні питання або навіть причини занепаду фондового ринку України слід шукати у загальному стані економіки та у недосконалості податкового законодавства.

Список використаних джерел

1. Закон України «Про інститути спільного інвестування» // Відомості Верховної Ради України, 2013. – № 29. – Ст. 337.

2. Закон України «Про інститути спільного інвестування (про пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» // Відомості Верховної Ради України, 2001. – № 21. – Ст. 103.

3. Моніторинг законодавства: новий закон про інститути спільного інвестування. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.finrep.kiev.ua/download/lmonitoring_cii_draftlaw_21aug2012_ua.pdf;

Про новації Закону «Про інститути спільного інвестування». – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://blog.liga.net/user/oslobodvan/article/13236.aspx>;

Закон про ІСІ: хороші і погані новини. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://legalaid.ua/zakon-pro-isi-horoshi-i-pohani-novyny/>.

ЗАСТОСУВАННЯ РЕСТИТУЦІЇ В РИМСЬКОМУ ПРАВІ

Інститут реституції бере свій початок у сивій давнині римського права. Він і сьогодні залишається традиційним інститутом цивільного права, що продовжує розвиватися та вдосконалюватися. У зв'язку з цим звернення цивілістів різних часів до питань дослідження інституту реституції в римському праві й досі залишається актуальним.

Реституція в римському праві (*restitutio in integrum*) – за визначенням М. Бартошека, – це «поновлення в попереднє положення, надзвичайний засіб [*auxilium extraordinarium*], за допомогою якого претор з причин, які заслуговують на особливу увагу [*iusta causa restitutionis*], усуває деякі шкідливі наслідки цивільного права так, як нібито вони взагалі не наставали». Така реституція виникає як адміністративний інститут та набуває матеріально- і процесуально-правових ознак шляхом відмови від можливості претора діяти на власний розсуд, а також визначення в преторському едикті каузи та інших передумов реституції, якими претор, сторони і суддя стають обмежені.

У Дигестах реституція описується так: ««Поверни в попередній стан», – говорить претор. Вважається, що в попередній стан повертає той, хто відновлює попереднє положення. Це відбувається в тому випадку, якщо хтось знищує те, що було зроблено, або відновлює те, що було знищено» (D. 43.8.2.43.).

Коли ж виникла реституція в римському праві? Реституція – це екстраординарний інститут преторського права, а отже, він не міг виникнути раніше встановлення посади міського претора (*praetor urbanus*) (367 р. до н.е.) або претора перегринів (*praetor peregrinus*) (242 р. до н.е.). Остання дата також визначається досить просто, зважаючи на те, що титул 10 ч. 1 постійного едикту Юліана за реконструкцією А. Ф. Рудорфа і О. Ленеля називається *de in integrum restitutionibus*, а звідси елементарне поняття реституції, яке в VI ст. було взято за основу юристами Юстиніана, сформулювалося не пізніше середини II ст., оскільки кінцева редакція постійного едикту (*edictum perpetuum*) була створена в 130 р. за дорученням імператора Адріана.

Чи можна сказати, що в цей час існував хоча б один з декількох різновидів реституції? Відповідь на це запитання можна надати позитивну: в середині II ст. до н.е. уже існувала *restitutio in integrum propter absentiam*, тобто реституція через відсутність із поважної причини. Те, що це найдавніша реституція, доводить М. Шпальтенштайн, посилаючись на текст Теренція, який помер у 595 р. від заснування Риму, тобто 158 року до н.е., а саме: «*quod te absente hic filius egit, restitui te in integrum aequum est et bonum, et id impetrabis*» (*Phormio* II, 4 v. 10-12). Це найперша збережена згадка про реституцію у римському праві.

Поняття реституції тісно пов'язано з ідеєю справедливості, яка є уособленням преторського права в цілому. Реституцією в чистому вигляді будуть тільки ті випадки повернення в попередній стан, які є вирішенням колізії між справедливістю та вимогами позитивного права за допомогою тих чи інших способів захисту інтересів кредитора і боржника.

У римському праві ці способи поділялися на ординарні та екстраординарні: віндикація, кондикції як різновиди *actio* належать до перших, а ексцепції та реституція – до останніх. Так виникає необхідність розрізняти відношення реституції та ординарних способів захисту, а також відношення реституції та ексцепцій.

Оскільки реституція є преторським правом, а віндикація є складовою частиною *ius civile*, то реституція в римському праві не могла збігатися з віндикацією. Щодо кондикційного позову, то сфера його застосування «визначається в самій його назві: *condictio* – це особистий позов про перенесення власності – *dare*» (Д. В. Дождев).

Проблема узгодження реституції як преторського захисту з іншими інструментами захисту в Стародавньому Римі вирішувалася трьома способами: а) субсидіарне застосування реституції як загальне правило, б) елективна конкуренція реституції та в) застосування реституції як виняток із правила субсидіарності. Субсидіарне застосування означає, що реституція буде мати місце тільки тоді, коли немає ординарного способу захисту (*D.4.4.16*), елективна, тобто на вибір, конкуренція – тоді, коли зацікавлена особа може обрати інший спосіб захисту крім реституції – щодо *actio* та *exemptio metus*, виняток із правила субсидіарності – щодо *actio doli*.

Таким чином, беручи до уваги в першу чергу твердження Дигест: «бо якщо він захищений загальними засобами допомоги і звичайним правом, то не варто надавати йому надзвичайної допомоги» (реституції – В. С.) (*D.4.4.16 pr.*), реституція стосовно віндикації та кондикції застосовувалася в римському праві субсидіарно.

Реституція застосовувалась у римському згідно з висновком Г. К. Бурхарді, за наявності таких умов:

«1. Доказове порушення закону (*laesio*, втрата);

2. Сам по собі придатний до реституції, як і категорично із неї не виключений випадок;

3. Наявність легально або звичаєво-правово визнаної якої-небудь справедливої підстави для припинення порушення закону. Таких справедливих підстав є шість: а) малоліття з деякими аналогічними поширеннями; в) примус; с) обман; d) помилка; е) *capitis deminutio* (зміна правового статусу особи); f) підстава, яка дуже часто позначається як відсутність, під якою однак розуміється, власне, будь-яка вибачлива зовнішня перепона для користування або здійснення прав». Аналогічно у А. Хайзе: *justa causa* (законна умова, підстава), *laesio* (втрата, порушення як наслідок певних дій) та придатне до реституції відношення.

Таким чином, реституція в класичному римському праві означала повернення в попередній стан, який існував до укладення правочину та не була позовом, незважаючи на те, що в Дигестах та Сентенціях вживається термін *actio* (його вживання є інтерполяцією) і застосовувалася тоді, коли вона нівелювала суперечність між справедливістю та правом шляхом установлення точно визначених передумов для її субсидіарного застосування як нормального випадку. Таких умов застосування реституції було три: *laesio, iusta restitutionis causa* та випадок, придатний до реституції.

Список використаних джерел

1. Бартошек М. Римское право (Понятия, термины, определения) / М. Бартошек ; [пер. с чешск.]. – М. : Юрид. лит., 1989. – 448 с.
2. Дигесты Юстиниана / Перевод с лат.; Отв. ред. Л. Л. Кофанов. – Т. I. – М. : Статут, 2002. – 584 с.
3. Дигесты Юстиниана / Перевод с лат.; Отв. ред. Л. Л. Кофанов. – Т. II. – М. : Статут, 2002. – 622 с.
4. Дигесты Юстиниана / Перевод с лат.; Отв. ред. Л. Л. Кофанов. – Т. III. – М. : Статут, 2003. – 780 с.
5. Дигесты Юстиниана / Перевод с лат.; Отв. ред. Л. Л. Кофанов. – Т. VI. – Полутом 1. – М. : Статут, 2005. – 728 с.
6. Дождев Д. В. Римское частное право : учебник для вузов / Д. В. Дождев ; под общ. ред. В. С. Нерсисянца. – [изд. 2-е, изм. и доп.]. – М. : НОРМА-ИНФРА М, 1999. – 766 с.
7. Санфилиппо Ч. Курс римского частного права : учебник / Ч. Санфилиппо ; под ред. Д. В. Дождева. – М. : БЕК, 2000. – 400 с.
8. Франчози Дж. Институционный курс римского права / Дж. Франчози ; [перевод с итальянского ; отв. ред. Л. Л. Кофанов]. – М. : Статут, 2004. – 428 с.
9. Burchardi G. Ch. Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand / Eine civilistische Abhandlung von Georg Christian Burchardi. – Göttingen Dieterich, 1831. – XXIV, 600 S.
10. Heise A. Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen / von Arnold Heise. 3. verb. Ausg. – Heidelberg Mohr u. Winter, 1819. – XVI, 216 S.
11. Spaltenstein M. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Ein römischrechtlicher Versuch / von Michael Spaltenstein. – Berlin Vahlen, 1873. – IV, 222 S.

ЮРИДИЧНІ ГАРАНТІЇ ПРИ УКЛАДЕННІ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ

У науковій юридичній літературі неодноразово порушувалося питання про реалізацію особою права на працю. Наука трудового права вивчає суспільні відносини найманої праці, коли право на працю реалізується через укладення трудового договору як правочину, з учиненням якого сторони набувають правового статусу роботодавця або працівника.

Як відомо, у ст. 43 Конституції України закріплено право кожного на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується [1]. З метою забезпечення реалізації права на працю законодавець передбачив низку норм забезпечувального характеру, за допомогою яких гарантується право на працю. Так, Конституцією передбачено створення державою умов для повного здійснення громадянами права на працю, тобто йдеться про організаційні гарантії реалізації права на працю, а також гарантує рівні можливості у виборі професії та роду трудової діяльності, тобто юридичні гарантії реалізації права на працю.

Однак, юридичні трудові гарантії та гарантії права на працю – поняття не тотожні. Так, гарантії права на працю – це «сукупність політичних, економічних, соціальних і правових засобів, способів і умов, за допомогою яких забезпечується безперешкодне, реальне здійснення громадянами свого права на працю.» [2, с. 158]. Тоді як юридичні трудові гарантії включають у себе не лише гарантію права на працю як основоположну гарантію, а ще й цілу низку інших гарантій як складових системи юридичних гарантій щодо праці, відпочинку, прийняті на роботу, звільненні з роботи, соціального забезпечення, ставлення до працівника, захист та самозахист прав працівника тощо.

Правові гарантії рівності у реалізації права на працю через укладення трудового договору тісно пов'язані з принципом заборони дискримінації в трудових відносинах, який конкретизується у відповідних нормах-гарантіях як національного законодавства, так і міжнародно-правових актів.

У правовій науці розроблено різні класифікації юридичних гарантій. Так, автори монографії «Гарантії в трудовому праві України» пропонують класифікувати юридичні гарантії за двома критеріями – загальним та спеціальним [3, с. 51-52].

Структура юридичних гарантій включає в себе, по-перше, юридичні акти, тобто закони, підзаконні та інші нормативні акти, які містять норми про права і свободи людини, по-друге, організаційно-правову діяльність суб'єктів права, по-третє, спеціальні гарантуючі методи впливу на суспільні відносини, тобто

правотворчі, правореалізуючі та контрольно-наглядові процеси, спрямовані на забезпечення прав і свобод людини [4].

Вітчизняні науковці розробили також класифікацію юридичних гарантій, передбачених основним джерелом трудового права – Кодексом законів про працю України. Так, Ю. А. Джепа розглядає юридичні гарантії в трудовому праві як складну систему і пропонує класифікацію юридичних гарантій, передбачених КЗпП України, як підсистему в загальній системі трудових юридичних гарантій [5, с. 127], елементом якої є юридичні гарантії при укладенні трудового договору.

Кодексом законів про працю України встановлено гарантії під час укладення, зміни та припинення трудового договору, зокрема, забороняється необґрунтована відмова у прийнятті на роботу; не допускається будь-яке пряме або непряме обмеження прав чи встановлення прямих або непрямих переваг під час укладення, зміни та припинення трудового договору залежно від походження, соціального й майнового стану, расової та національної приналежності, статі, мови, політичних поглядів, релігійних переконань, членства у професійній спілці чи іншому об'єднанні громадян, роду й характеру занять, місця проживання; вимоги щодо віку, рівня освіти, стану здоров'я працівника можуть установлюватися законодавством України (ст. 22) [6].

Важливою гарантією реалізації права на працю є заборона необґрунтованої відмови у прийнятті на роботу, що прямо передбачено ч. 1 ст. 22 КЗпП. З урахуванням практики необґрунтованою відмовою слід вважати: по-перше, незаконну відмову, причини якої належать до заборонених законодавством; по-друге, ту, що не належить до професійних та ділових якостей особи, яка приймається на роботу; по-третє, немотивовану відмову, тобто відмову без посилання на будь-які мотиви (в тому числі і законні). Наприклад, незаконною слід вважати відмову, пов'язану з порушенням принципу рівності людей, наголошеного Загальною декларацією прав людини та закріпленого у ст. 21 Конституції України, або пов'язану з досягненням пенсійного віку (ст. 11 Закону України від 16 грудня 1993 р. «Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні»).

На жаль, сьогодні чинне законодавство не повною мірою регулює питання необґрунтованої відмови в укладенні трудового договору. Як правильно підкреслював М. Й. Бару, саме поняття необґрунтованої відмови у прийнятті на роботу є оцінним [7, с. 63]. А тому на практиці і в теорії трудового права є неоднозначні підходи до поняття необґрунтованої відмови у прийнятті на роботу. В науковій літературі підкреслюється, що необґрунтованою вважається немотивована відмова у прийнятті працівника на роботу за наявності вакантних робочих місць, а також з мотивів, які не стосуються ділових якостей працівника [8, с. 272].

На думку В. С. Венедиктова, необґрунтованою відмовою є відмова у прийнятті на роботу за мотивами вагітності, наявності малої дитини,

засудження родичів, судимість у минулому [9, с. 29]. Інші вчені вважають, що вичерпний перелік випадків необґрунтованої відмови в прийнятті на роботу передбачити неможливо, оскільки практика завжди ширша та більш різноманітна порівняно з положеннями законодавства, а тому більш доцільним буде визначити законні підстави відмови в укладенні трудового договору [10, с. 69].

У чинному законодавстві сьогодні відсутній єдиний перелік осіб, яким забороняється відмовляти у прийомі на роботу. Найбільш повно цей перелік представлений у постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів», до якого внесено: працівників, запрошених на роботу в порядку переведення з іншого підприємства, установи, організації; молодих спеціалістів, які закінчили вищий навчальний заклад і в установленому порядку направлені на роботу на дане підприємство, в установу, організацію; вагітних жінок, жінок, які мають дітей віком до трьох років або дитину-інваліда, а одиноких матерів – за наявності дитини віком до 14 років; виборних працівників після закінчення строку повноважень; працівників, яким надано право поворотного прийняття на роботу; інших осіб, з якими роботодавець відповідно до чинного законодавства зобов'язаний укласти трудовий договір (наприклад, коли у випадках, передбачених законодавством, роботодавець зобов'язаний приймати в порядку працевлаштування інвалідів і неповнолітніх, направлених на роботу в рахунок броні; осіб, які були звільнені в зв'язку з направленням на роботу за кордон, призовом на строкову чи альтернативну військову службу і повернулись після закінчення цієї роботи чи служби) [11].

Вважаємо доцільною пропозицію, висловлену в науковій літературі, про закріплення обов'язку роботодавця повідомляти про причини відмови у прийнятті на роботу в письмовій формі усім без винятку категоріям працівників [12, с. 19]. На даний час такий обов'язок закріплений відносно прийняття на роботу вагітних жінок та жінок, що мають дітей (ч. 2 ст. 184 КЗпП).

Водночас, чинним законодавством про працю передбачено низку випадків, коли роботодавець зобов'язаний відмовити в укладенні трудового договору, адже Кодексом законів про працю заборонено укладати трудовий договір з особами, яким за медичним висновком ця робота протипоказана за станом здоров'я (ч. 6 ст. 24), заборонено застосовувати працю неповнолітніх на важких і шкідливих роботах (ст. 190 КЗпП).

Покращенню гарантування права на працю, його реалізації сприяло б законодавче закріплення можливості виплати вимушеного прогулу у зв'язку з необґрунтованою відмовою в укладенні трудового договору. Проте чинний КЗпП України передбачає порядок і розмір оплати вимушеного прогулу тільки в разі незаконного звільнення або переведення і поновлення працівника на попередній роботі. Подібне положення роз'яснив Пленум Верховного Суду України в п. 6 Постанови від 6 листопада 1992 р., з наступними змінами і доповненнями, «Про практику розгляду судами трудових спорів»: «Якщо внаслідок відмови у прийнятті на роботу або несвоєчасного укладення

трудового договору працівник мав вимушений прогул, його оплата провадиться згідно з правилами ч. 2 ст. 235 КЗпП України про оплату вимушеного прогулу незаконно звільненому працівникові» [11].

Як вважає Н. М. Хуторян, варто передбачити матеріальну відповідальність роботодавця за незаконну відмову в прийнятті на роботу в повному розмірі [13, с. 222-223]. З практичної точки зору було б доцільним обмежити можливий строк вимушеного прогулу у зв'язку з необґрунтованою відмовою у прийнятті на роботу, наприклад, до фактичного працевлаштування, але не менше, ніж три місяці, і не більше, ніж один рік.

Таким чином, юридичні гарантії при укладенні трудового договору сприяють більш повній реалізації конституційного права особи на працю та спрямовані на нормативно-правове забезпечення його реалізації. Чинне трудове законодавство не містить узгодженого та систематизованого переліку юридичних трудо-правових гарантій реалізації права на працю. Основним такими гарантіями є заборона дискримінації та заборона необґрунтованої відмови в укладенні трудового договору як основної форми реалізації фізичною особою права на працю.

Список використаних джерел

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України, 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Грицишина Л. Юридичні гарантії права на працю та їх значення в умовах ринкової економіки // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2003. – Вип. 3-4 (7-8). – С. 157-159.
3. Заржицький О. С., Левенець Ю. В., Литвин О. П., Скіпенко Р. Е. Гарантії в трудовому праві України: монографія. – Д.: АРТ-ПРЕС, 2008. – 288 с.
4. Малихіна Я. А. Юридичні гарантії за трудовим законодавством України // Форум права. Наукове електронне фахове видання. – 2007. – № 2. – С. 136. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2007-2/07mjatzu.pdf>.
5. Джепа Ю. А. Система юридичних гарантій, передбачена Кодексом законів про працю // Південноукраїнський правничий часопис. – 2009. – № 2. – С. 127-129.
6. Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 р. // Відомості Верховної Ради УРСР від 17 грудня 1971 р. – Додаток № 50.
7. Бару М. Чи потребують судового захисту трудові спори до виникнення трудових правовідносин? // Право України. – 1996. – № 5. – С. 61-65.
8. Болотіна Н. Б. Трудове право України: Підручник. – К.: Знання, 2008. – 860 с.
9. Венедиктов В. С. Трудовой договор (контракт) по законодательству Украины. – Х.: Консум, 1996. – 136 с.

10. Жернаков В. Запрет необоснованного отказа в приеме на работу как гарантия реализации права на труд // Підприємництво, господарство і право. – 2000. – № 7. – С. 68-71.

11. Про практику розгляду судами трудових спорів : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 1992 р. № 9 // Дебет-Кредит (Галицькі контракти) від 21 липня 2008 р. – № 29. – С. 279.

12. Кохан Н. В. Гарантії трудових прав працівників та шляхи їх удосконалення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2008. – 20 с.

13. Хуторян Н. М. Теоретичні проблеми матеріальної відповідальності сторін трудових правовідносин : Монографія. – К. : Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, 2002. – 264 с.

Частина 2

Матеріали круглого столу «Сучасні проблеми теорії і практики кримінального та кримінального процесуального права України» (27 січня 2014 року, м. Київ, НаУКМА)

*Галаган В. І.,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри галузевих
правових наук НаУКМА*

ПРОТОКОЛ ЯК ФОРМА ФІКСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Відповідно до ч. 1 ст. 103 Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2014 р. (далі – КПК), однією з форм фіксування кримінального провадження є протокол. Складання цього процесуального документа при проведенні процесуальних дій є важливою передумовою дотримання процесуальної форми кримінального провадження. Саме у протоколах здебільшого фіксуються фактичні дані, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. Тож винятково важливе значення протоколу полягає у тому, що у ньому закріплюються докази та інші важливі обставини, які у подальшому досліджуються слідчим, прокурором, підозрюваним, обвинуваченим, їхнім захисником, судом, іншими учасниками кримінального провадження.

Підставам та процесуальному порядку складання протоколу присвячується окрема ст. 104 КПК. У ч. 1 цієї процесуальної норми визначається, що у випадках, передбачених КПК, хід і результати проведення процесуальної дії фіксуються у протоколі. Його структура визначена у ч. 2 ст. 104 КПК, однак норма щодо описової частини, на наш погляд, є досить загальною і включає у себе лише висвітлення послідовності дій та отриманих в результаті процесуальної дії відомостей, важливих для кримінального провадження, у тому числі щодо виявлених та/або наданих речей і документів.

Враховуючи викладене, звертаємо увагу на два важливих положення щодо складання протоколів кримінального провадження.

1. Низка випадків проведення процесуальних дій передбачає складання протоколів без посилання на загальну норму ст. 104 КПК. До таких випадків, зокрема, належать докладне описання у протоколі огляду вилучених речових доказів (ч. 2 ст. 100), засвідчення у протоколі факту передання тимчасово вилученого майна кожною особою, яка здійснила законне затримання (ч. 1 ст. 168), про необхідність складання протоколу йдеться при проведенні обшуку (ч. 8 ст. 236), освідкування (ч. 5 ст. 241 КПК) тощо.

У інших випадках у диспозиції процесуальної норми вказується про необхідність складання протоколу та визначення у ньому, крім відомостей, передбачених ст. 104 КПК, інших важливих обставин.

Скажімо, щодо затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, це місце, дата і точний час (година і хвилини) затримання; підстави затримання; результати особистого обшуку; клопотання, заяви чи скарги затриманого, якщо такі надходили; повний перелік процесуальних прав та обов'язків затриманого (ч. 5 ст. 208).

Фіксація ходу та результатів пред'явлення для впізнання передбачає описання у протоколі докладних ознак, за якими особа впізнала особу, річ чи труп, або зазначення, за сукупністю яких саме ознак особа впізнала особу, річ чи труп (ч. 1 ст. 231 КПК). Принагідно слід підкреслити, що вказана норма є єдиною у чинному КПК, у якій визначається процесуальний порядок складання протоколу окремо визначеної слідчої (розшукової) дії – пред'явлення для впізнання. У інших випадках про необхідність складання протоколу йдеться у текстах відповідних статей КПК, що врегульовують проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій.

Після проведення слідчого експерименту слідчий, прокурор складає протокол, у якому, крім вимог КПК, докладно викладаються умови і результати слідчого експерименту (ч. 6 ст. 240).

При огляді, виїмці або затриманні кореспонденції підлягає описанню, які саме відправлення були оглянуті, що з них вилучено і що має бути доставлено адресату або тимчасово затримано, з яких відправлень знято копії чи отримано зразки, а також проведення інших дій, передбачених ч. 2 ст. 262 КПК (ч. 4 ст. 262 цього Кодексу).

Відмінним від вказаних випадків є унормування у КПК складання протоколу ексгумації трупа, оскільки посилення на загальну норму ст. 104 КПК взагалі відсутнє. Відповідно до ч. 6 ст. 239 КПК, у протоколі цієї слідчої (розшукової) дії зазначається все, що було виявлено, у тій послідовності, в якій це відбувалося, і в тому вигляді, у якому спостерігалось під час проведення ексгуслідчої (розшукової) дії. Якщо при ексгумації вилучалися речі та об'єкти для досліджень, про це зазначається в протоколі.

2. Важливим з точки зору дотримання прав громадян, які беруть участь у кримінальному провадженні, є одержання копій протоколів окремих процесуальних дій, зокрема, проведених в умовах застосування заходів процесуального примусу. У чинному КПК серед таких випадків визначаються затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, якій негайно під розпис вручається копія протоколу затримання (ч. 5 ст. 208), а також примусове проведення освідкування (ч. 4 ст. 241 КПК). Інші випадки надання учасникам кримінального провадження копій протоколів проведення процесуальних, у тому числі слідчих (розшукових) дій, у КПК не вказується. Що ж до протоколів проведення негласних слідчих (розшукових) дій у ч. 3 ст. 254 чітко зазначається, що виготовлення з них копій не допускається.

До передбачених процесуальних прав окремих учасників кримінального провадження належить, зокрема, право одержувати копії процесуальних документів, до яких, на наш погляд, повною мірою відноситься протокол. Зазначеним правом володіють підозрюваний, обвинувачений (п. 15 ч. 3 ст. 42), потерпілий (п. 13 ч. 1 ст. 56) та деякі інші визначені у КПК особи. Однак реалізувати це право вони можуть, крім зазначених випадків затримання підозрюваного чи примусового проведення освідування, лише при відкритті матеріалів іншої стороні по закінченню досудового розслідування. Так, відповідно до ч. 4 ст. 290 КПК, надання доступу до матеріалів включає в себе можливість робити копії або відображення матеріалів. Тож при ознайомленні з матеріалами кримінального провадження реальним є виготовлення копій будь-якого документу, у тому числі й протоколу.

Водночас, таке досить запізніле одержання протоколу може призвести до порушення окремих засад кримінального провадження, як-от недоторканність житла чи іншого володіння особи та недоторканність права власності. Насамперед маються на увазі унормовані у чинному КПК випадки проведення обшуку за відсутності осіб у житлі чи іншому володінні особи. У такому разі копія ухвали слідчого судді відповідно до ч. 4 ст. 236 КПК повинна бути залишена на видному місці у житлі чи іншому володінні особи. Але проведення цього виду обшуку передбачає можливе вилучення речей і документів, які мають значення для кримінального провадження, а також предметів, які вилучені законом з обігу та підлягають вилученню незалежно від їх відношення до кримінального провадження (ч. 7 ст. 236). Тож з метою дотримання прав особи, тимчасово відсутньої у житлі чи іншому володінні, крім копії ухвали слідчого судді, на видному місці має залишатися також копія протоколу обшуку. Саме цей процесуальний документ містить у собі відомості про те, чи дійсно вилучалися з приміщення речі і документи, які саме, у якій кількості та якої якості, де вони знаходяться і хто був присутній при проведенні обшуку житла чи іншого володіння.

Розглянутими положеннями КПК не вичерпуються проблемні ситуації фіксації у протоколі ходу і результатів проведених слідчих (розшукових) дій. Однак вони зайвий раз наочно свідчать про необхідність ґрунтовного аналізу змісту протоколів проведення різних процесуальних дій, подальше визначення їх недоліків і розробку аргументованих пропозицій з тим, щоб складати їх відповідно до процесуальної форми та використовувати у кримінальному провадженні як документи – джерела доказів відповідно до ч. 2 ст. 84 та п. 3 ч. 2 ст. 99 КПК.

ІНСТИТУТ ПОНЯТИХ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Інститут понять у кримінальному провадженні має свою давнішу історію. У багатьох стародавніх правових джерелах можна знайти згадування про участь у провадженні процесуальних дій окремих осіб, які не є учасниками кримінально - процесуального провадження. Вперше про понять вказано у Соборному Уложенні 1649 року, згідно з яким поняті були присутні при вилученні доказів приставами, скріплювали своїми підписами факти виявленої воєводами протидії їх діяльності.

У «Зводі законів Російської імперії» зазначалося, що поняті залучалися під час допитів для захисту допитуваних від насильства та неправильного запису їх показань. Згідно Статуту кримінального судочинства 1864 року, поняті брали участь при складанні протоколу про порушення, провадженні судовими слідчими обшуку, виїмки, огляду арешту, розтині трупів та інших діях з боку судового слідчого. Кількість понять визначалась не менше двох. Ст. 109 Статуту вказує «Понятими запрошуються здебільшого господарі домівок, лавок, промислових і торговельних закладів або їх управляючі та повірені, а також волосні і селянські посадові особи та церковні старости». Таким чином, законодавець орієнтував на пошук понять з числа найбільш порядних та достойних членів суспільства, таких, що користувалися громадською довірою та сприяли у провадженні слідчих дій за їх участю своїми знаннями про певних осіб та місцеві умови, що сприяло зміцненню зв'язків між населенням і правосуддям.

У Сполучених штатах Америки інститут понять зовсім не існує, бо закон покладає повну довіру за законність і об'єктивність виконання процесуальних дій на слідчого та поліцейського. У Кримінально-процесуальному Кодексі ФРН вказано на те, що коли обшук житла, службових приміщень або майна, що знаходиться на огороженій території, провадиться без участі судді чи прокурора, то за можливості повинні залучатися чиновник общини або два члени тієї общини, в окрузі якої провадиться обшук. При цьому члени общини не можуть бути поліцейськими або допоміжними чиновниками прокуратури. Згідно ст. 57 та ст.96 Кримінально-процесуального Кодексу Франції передбачено, що обшук житла здійснюється у присутності особи, яка там проживає. Якщо це неможливо, то посадова особа судової поліції пропонує особі, у помешканні якої провадиться обшук, запросити понятого за своїм вибором, а за відсутності такого, посадова особа судової поліції сама вибирає з цієї метою двох осіб за винятком тих, які перебувають у її підпорядкуванні. В інших випадках у КПК Франції участь понять не передбачена. Слід також

зазначити, що у більшості країн Європи участь понятих передбачена лише при обшуку житла.

Згідно ч. 7 ст. 223 КПК України слідчий, прокурор зобов'язаний запросити не менше двох незаінтересованих осіб (понятих) для пред'явлення особи, трупа чи речі для впізнання, огляду трупа, в тому числі пов'язаного з екстумацією, слідчого експерименту, освідкування особи. Винятками є випадки застосування безперервного відеозапису ходу проведення відповідної слідчої (розшукової) дії. Поняті можуть бути запрошені для участі в інших процесуальних діях, якщо слідчий, прокурор вважатиме це за доцільне.

В той же час обшук або огляд житла чи іншого володіння особи, обшук особи здійснюються з обов'язковою участю не менше двох понятих незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної слідчої (розшукової) дії. Понятими не можуть бути потерпілий, родичі підозрюваного, обвинуваченого і потерпілого, працівники правоохоронних органів, а також особи, заінтересовані в результатах кримінального провадження.

На думку практичних працівників, інститут понятих є баластом, що уповільнює, ускладнює розслідування кримінальних проваджень, спонукає до формалізму та фальсифікацій. Виникає питання – чому держава не має довіри до слідчого, приставляючи до нього понятих, які по суті є випадковими особами, байдужими до засад кримінального процесу, ускладнюючи тим самими проведення процесуальних дій, надаючи зайвий привід знаходити в них якісь ознаки незаконності, тим самими нівелюючи їх юридичну силу зібраних доказів.

Таким чином на підставі особистого практичного досвіду, дослідження історичних та сучасних питань ролі інституту понятих у вітчизняному та зарубіжному кримінальному процесі, проаналізувавши доцільність та регламентацію участі понятих при провадженні окремих процесуальних дій на окремих стадіях кримінального процесу вважаємо, що участь понятих у провадженні окремих процесуальних дій є зайвою.

*Баулін О. В.,
кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри кримінального
процесу та криміналістики
Національної академії
прокуратури України*

*Мазур О. С.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального
процесу та криміналістики
Національної академії
прокуратури України*

ПРО ГАРАНТІЇ ПРАВ І ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ОСІБ, ЗАТРИМАНИХ ЗА ПІДОЗРОЮ У ВЧИНЕННІ ЗЛОЧИНУ

Після набрання чинності Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК 2012 р.) минуло вже більше року, але з приводу застосування під час практичної діяльності органів кримінальної юстиції його норм, що стосуються прав та законних інтересів особи, яку затримано за підозрою у вчиненні злочину (ст. 42, § 2 гл. 18), виникає чимало запитань. Деякі з них обумовлені тим, що реалізація визначених у Конституції України, Цивільному, Сімейному та в інших кодексах та законах України прав, свобод і законних інтересів особи у випадку затримання її за підозрою у вчиненні злочину регулюється нормативно-правовими актами відомств, у складі яких функціонують органи досудового розслідування та/або приміщення, призначені для тимчасового утримання в ізоляції затриманих осіб.

Залежність правового становища особи від відомчих інтересів органів виконавчої влади, уповноважених здійснювати правоохоронну діяльність, була невід'ємною властивістю Радянського Союзу впродовж усього періоду його існування. Саме тоді невеличкою групою лідерів КПРС були закладені традиції без широкої участі депутатів парламенту визначати межі фактичної дії конституційних та інших особистих прав як майнового, так і немайнового характеру. Підзаконний рівень такого унормування з часом був замаскований шляхом доповнення республіканського кримінального процесуального законодавства відповідними бланкетними нормами. Так, за п. 1 Указу Президії Верховної Ради Української РСР від 16 лютого 1978 р. «Про внесення доповнень і змін до Кримінально-процесуального кодексу Української ССР» Кримінально-процесуальний кодекс УРСР (далі - КПК 1960 р.) було доповнено ст. 106¹ такого змісту: «Порядок короткочасного затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, визначається Положенням про порядок короткочасного затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, затвердженим Указом Президії Верховної Ради СРСР від 13 липня

1976 року» (далі – Положення 1976 р.). А за п. 52 Указу Президії Верховної Ради УРСР від 16 квітня 1984 р. з аналогічною назвою з тексту ст. 106¹ КПК 1960 р. було виключено слова «затвердженим Указом Президії Верховної Ради СРСР від 13 липня 1976 року», що означало цілковиту згоду українського законодавця на дію цього Положення. Тому вважалося, що після розвалу СРСР та прийняття 28 червня 1996 р. Конституції України в силу ст. 3 Закону «Про правонаступництво України» саме це Положення і ст. 106 КПК 1960 р. регламентували питання щодо реалізації процесуального рішення про затримання підозрюваного [1, с. 41].

Прийняття Положення 1976 р. покликане тим, що Основи кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік, прийняті 28 грудня 1958 р. Верховною Радою СРСР, та КПК союзних республік, зокрема і УРСР 1960 р., передбачали лише умови правомірності затримання (хто вправі затримувати, до кого воно може застосовуватись, тривалість і процесуальне оформлення затримання тощо). Щодо самого порядку тримання затриманого в ізоляції (місця тримання затриманих, режим тримання в цих місцях, правове становище затриманих, підстави і порядок їх звільнення тощо), то вони не були визначені у кодифікованому законодавстві. Положення усувало ці нормативні прогалини. Наприклад, його ст. 10, назва якої: «Права і обов'язки затриманих», визначила такі права підозрюваних: 1) знати в чому вони підозрюються; 2) вимагати перевірки прокурором правомірності затримання; 3) оскаржити дії осіб, які провадять дізнання, слідчого чи прокурора, давати пояснення і заявляти клопотання тощо. Також це Положення передбачало повідомлення сім'ї про затримання (ст. 5), визначило правове становище затриманих (ст. 8), порядок направлення скарг і заяв затриманих (ст. 13), деталізувало зміст протоколу про затримання, початок строку затримання тощо.

Після проведення в Україні малої судової реформи, яка відбулася влітку 2001 р., Положення 1976 р. фактично втратило значення джерела права, оскільки майже всі його норми через невідповідність законам України вже не могли діяти, а реалізація прав затриманих осіб визначалася відомчими інструкціями [2, с. 17].

Проте, й досі питання щодо чинності Положення 1976 р. залишається актуальним. Принаймні дане Положення згадується у пам'ятці про процесуальні права та обов'язки підозрюваного, що вручається кожному підозрюваному згідно з ч. 8 ст. 42 КПК 2012 р. [3, с. 55-56, 59, 61].

Як відомо, джерелами права є державно-офіційні способи закріплення і зовнішнього прояву правових норм, що засвідчують їх загальнообов'язковий характер [4, с. 51]. Роль джерел кримінального процесуального права відіграють нормативно-правові акти, в яких закріплені норми права, що регулюють кримінальні процесуальні відносини. На відміну від інших суспільних відносин кримінальне провадження регулюється лише відповідними положеннями Конституції України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, КПК та іншими законами України (ч. 2 ст. 1 КПК 2012 р.).

Положення про порядок короткочасного затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину 1976 р. – це законодавчий акт минулого. Відповідно до ст. 3 Закону «Про правонаступництво України» це положення як акт, ухвалений Верховною Радою УРСР, діяв на території України поки не суперечив законам, ухваленим після проголошення незалежності України. У ст. 9 КПК 2012 р. прямо передбачено, що нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати цьому КПК. Аналіз же Положення 1976 р. дає підстави констатувати, що його статті не відповідають КПК 2012 р. Так, наприклад, у його ст. 4 зазначено, що прокурор повинен дати санкцію на взяття під варту підозрюваного, а відповідно до ч. 4 ст. 176 КПК 2012 р. будь-який запобіжний захід застосовується лише слідчим суддею чи судом. Стаття 17 Положення 1976 р. відсилає до норм Положення про попереднє ув'язнення 1969 р., але в Україні діє Закон «Про попереднє ув'язнення» від 30 червня 1993 р. Також статті 6, 7, 8, 11, 14, 17 і 18 Положення 1976 р. відсилають до кримінального та кримінально-процесуального законодавства СРСР, Статуту Збройних Сил СРСР, законодавства про громадян СРСР, міністерств внутрішніх справ і охорони здоров'я СРСР тощо. В таких випадках потрібно застосовувати відповідне законодавство України, оскільки ні СРСР з його збройними силами і міністерствами, ні радянського права, зокрема тої його частини, яка стосувалася регулювання правовідносин, учасником яких була фізична особа, і яка значною частиною не відповідала Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., вже як юридично чинного не існує. До набрання чинності КПК 2012 р. Положення 1976 р. «*de jure*» діяло на території України, бо низка його норм не суперечила зазначеному в законах України, а в ст. 106¹ КПК 1960 р. про нього йшлося як чинний нормативно-правовий акт, але «*de facto*» використання закладених у ньому нормативних положень працівниками органів досудового розслідування, прокуратури і суду було ускладнено неоднозначним їх ставленням до їхньої юридичної сили і різними підходами до їхнього тлумачення. Частіше службовець кримінальної юстиції звертався до нормативних приписів, зазначених у відомчих інструкціях, а норми Положення 1976 р., у супереч прямого посилання на них ст. 106¹ КПК 1960 р, ігнорував.

Отже, на момент підписання КПК 2012 р., Положення 1976 р. частково відповідало вимогам джерела кримінально-процесуального права України і частково було складовою цього права. Але це Положення було дійсним, доки діяла ст. 106¹ КПК 1960 р. Із набранням чинності КПК 2012 р. (з 19 листопада 2012 р.) стаття, в якій було посилання на це Положення, чинність втратила. Такі обставини дають підстави для висновку про втрату чинності й цього підзаконного нормативно-правового акта.

Визначення ж прав затриманих осіб у відомчих інструкціях, зокрема в Інструкції про роботу ізоляторів тимчасового тримання органів внутрішніх справ України, затвердженої наказом МВС України від 20 січня 2005 р. № 60дск, Інструкції про порядок і умови утримання засуджених, узятих під варту та затриманих військовослужбовців, затвердженої наказом Міністерства

оборони України від 26 вересня 2013 р. № 656, Інструкції про порядок тримання осіб у спеціально відведених місцях для тимчасового тримання (ізоляторах тимчасового тримання) Служби безпеки України, затвердженої наказом СБУ України від 26 липня 2008 р. № 589, у дійсно демократичному суспільстві не може являти надійної системи правових гарантій усіх конституційних, цивільних, сімейних та інших прав, свобод і законних інтересів особи, невід'ємних від неї, незалежно від її затримання і перебування в спеціально пристосованих для її утримання ізоляційних установах правоохоронних органів державної влади. Тому якнайшвидше в Україні потрібно прийняти відповідний закон, що врегулює порядок реалізації прав, свобод і законних інтересів затриманої особи в даних установах, і нормам якого мають відповідати усі інші підзаконні нормативно-правові акти, що стосуються організації роботи ізоляторів тимчасового тримання затриманих осіб.

Список використаних джерел

1. Нове у кримінально-процесуальному законодавстві України : Навч. посібник / За ред. Ю. М. Трошевого. – Х. : Право, 2002. – 151 с.

2. Баулін О. В., Мазур О. С. Щодо посилення гарантій прав і законних інтересів осіб, затриманих за підозрою у вчиненні злочинів // Международные стандарты прав человека и проблемы их реализации в уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве стран СНГ : Материалы междунар. науч.-практ. конф., 28-29 мая 2011 г. : [в 2 кн.]. – Кн. 1. – Х. : Право, 2011. – С. 16-24.

3. Збірник вірців процесуальних документів та коментарі до них : [С. М. Алфьоров, С. М. Міщенко, О. Ю. Татаров, В. І. Фаринник та ін.]; за заг. ред. В. І. Сліпченка. – К. : ТОВ «АРТ-Дизайн», 2012. – 196 с.

4. Гусарєв С. Д. Тематичний словник термінів та визначень з курсу теорії держави і права / С. Д. Гусарєв, А. Ю. Олійник, О. Л. Слюсаренко : Навч. посібник. – К. : УАВС, 1996. – 100 с.

*Врубель О. Р.,
аспірант факультету
права та адміністрації
Ягеллонського університету
(м. Краків, Польща)*

НОВЕЛИ СТАТТІ 178a КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ ПОЛЬЩІ ТА НАСЛІДКИ ЇЇ ЗАСТОСУВАННЯ

Ст. 178a була введена до Кримінального Кодексу Польщі (далі – КК) законом від 14 квітня 2000 р. Відповідно до цієї норми КК було визначено два види нових злочинів: керування механічним транспортним засобом у стані алкогольного, наркотичного або ж іншого сп'яніння з покаранням за це у вигляді штрафу, обмеження волі або позбавлення волі до двох років (§ 1

ст. 178а), а також керування іншим, ніж механічний, транспортним засобом у стані алкогольного, наркотичного або ж іншого сп'яніння з покаранням у вигляді штрафу, обмеження волі або ж позбавлення волі до року (§ 2 ст. 178а). Перед уведенням цієї статті відповідальність за ці діяння була передбачена лише у Кримінальному Кодексі Польщі про дрібні правопорушення (далі – ККДП). На сьогоднішній день ця конструкція сама по собі залишається врегульованою одночасно у КК та у ст. 87 ККДП. Головним чинником, який вказує на дію статті КК чи статті ККДП, є ступінь алкогольного сп'яніння.

Для кращого розуміння цього поділу слід уявити короткий опис § 16 ст. 115 КК, який вказує, коли має місце стан алкогольного сп'яніння в розумінні КК. Отже, коли вміст алкоголю у крові більший ніж 0,5 проміле чи призводить до вмісту, який більший за це значення або ж вміст алкоголю в 1 дм³ видихуваного повітря перевищує 0,25 мг чи призводить до вмісту, який більший за це значення. Що ж з вмістом алкоголю у крові до 0,5 проміле або ж до 0,25 мг на 1 дм³? Цьому стану у польському кримінальному праві надано назву «вказування на алкогольне сп'яніння» і має він місце згідно з пунктом 1 і 2 ст. 46 закону про протидію алкоголізму, коли вміст алкоголю у крові не менший ніж 0,2 проміле і не більший ніж 0,5 проміле або ж за іншим визначником не менший ніж 0,1 мг і не більший ніж 0,25 мг в 1 дм³ видихуваного повітря чи веде до вмісту більшого за це значення. Такий підхід до визначення меж сп'яніння був розвинутий теоретиками польського кримінального права протягом ХХ ст. [1, с. 538-542].

Першою нормою, яка ввела кримінальну відповідальність за керування транспортним засобом у стані алкогольного або ж іншого сп'яніння, було Розпорядження Міністра Комунікації, Внутрішніх справ та Військових справ [2, с. 538]. Водієві заборонялося під час керування або ж під час зупинки вживати чи бути у стані, з якого вбачається, що він раніше вживав алкогольні напої чи інші подібні діючі речовини.

Після II світової війни обговорювану у цій статті відповідальність перенесено до КК, однак не через внесення змін до закону, а через розширення інтерпретації ст. 215 КК з 1932 р. У практиці прийнято надзвичайно критикований підхід, згідно з яким водій, який керує транспортним засобом у стані сп'яніння, відповідав за небезпеку створення аварії під час дорожнього руху. Цей неприпустимий підхід скасовано через врегулювання питання у законі про боротьбу з алкоголізмом, куди було включено три нові злочини, на підставі яких наставала відповідальність водіїв, які керували транспортним засобом у стані сп'яніння. У практиці після введення нових законів було прийнято, що стан алкогольного сп'яніння розпочинається від вмісту 0,5 проміле алкоголю у крові. Вміст алкоголю, який перевищував 0,2, але не більший ніж 0,5 проміле, тягнув за собою відповідальність за дрібне правопорушення. Після введення КК з 1969 р. скасовано відповідальність за керування транспортним засобом у стані сп'яніння як за злочин і залишено тільки відповідальність на підставі ст. 87 ККДП. Відомо, що це діяння

зазнавало багатьох змін і було предметом багатьох дискусій серед теоретиків кримінального права [3, с. 541].

Еволюція змін відповідальності за керування транспортними засобами у стані сп'яніння була закінчена введенням нової ст. 178а до КК та внесенням змін до ст. 87 у ККДП. Ще перед її введенням була вона предметом великої критики і, як показав час, частково така критика мала підстави.

Для кращого розуміння наслідків і тим самим причин критики ст. 178а слід навести статистичні дані щодо кількості осіб, яким призначили покарання, передбачені цією статтею КК. Загалом від 2001 до 2010 р.р. призначено покарання за порушення § 1 ст. 178а КК – 671 544 осіб та 601 625 осіб за порушення § 2 ст. 178а [4]. Як § 1 цієї статті знаходив і знаходить своїх прихильників, так і § 2 призвів до створення у Польщі найбільш репресивної системи покарань у Європі щодо однієї конкретної групи порушників – велосипедистів, які керують цим транспортним засобом у стані сп'яніння. Такі особи в переважній більшості, звісно, не отримували покарання у вигляді фактичного позбавлення волі – найчастіше це було позбавлення волі зі звільненням від відбування покарання з одночасним випробуванням, а також облігаторійна заборона керувати будь-якими або ж конкретними транспортними засобами на час від одного до 10 років. Однак проблема була не в самій статті, а у наслідках, які тягнули за собою призначення покарання.

Найчастіше такі порушники й надалі керували велосипедами, навіть у стані алкогольного сп'яніння. Першим наслідком такої ситуації була потреба скерування особи для відбування покарання у вигляді позбавлення волі на строк до одного року на підставі § 2 ст. 178а КК. Другим наслідком було порушення ст. 244 КК, яка передбачає покарання у вигляді позбавлення волі на 3 роки за невиконання обов'язків, покладених на особу судом. Це у практиці призвело до того, що особи, які після рішення суду знову керували, наприклад, велосипедом, окрім покарання згідно з § 1 ст. 178а КК, отримували також покарання у формі позбавлення волі навіть до 3 років, а при наступних порушеннях цієї ж ст. 178а КК або подібних отримували більш суворе покарання та, як наслідок, рецидиви на підставі ст. 64 КК.

З іншої сторони, судова і пенітенціарна система не мали можливості опрацювати таку кількість справ. Тож у результаті порушник міг чекати на виконання покарання навіть декілька років.

Усі зазначені причини сприяли тому, що 17 жовтня 2013 р. Президент Польщі підписав закон про зміну КК, який скасував § 2 ст. 178а КК та ввів новий § 1а ст. 87 ККДП, який, у свою чергу, передбачає покарання у вигляді арешту (позбавлення волі) або штрафу, не меншого ніж 50 злотих [5] за керування іншим транспортним засобом у стані сп'яніння. Ця законодавча дія розв'язала низку розглянутих проблем, уводячи відповідальність за це саме діяння, але вже на підставі ККДП. Цим Кодексом передбачається, що максимальне покарання не може бути більшим, ніж один місяць арешту згідно зі ст. 20 ККДП та не більшим, ніж 5000 злотих згідно зі ст. 24 ККДП.

Описувана зміна не ліквідує однак відповідальності згідно з § 1 і 2 ст. 177 КК за вчинення дорожньо-транспортної події (далі – ДТП), наслідком якої є наявність тілесних ушкоджень або ж настання смерті людини внаслідок керування іншим транспортним засобом у стані сп'яніння. § 1 ст. 177 КК передбачає відповідальність за ДТП, наслідком якої є легкі тілесні ушкодження, натомість § 2 цієї норми передбачає відповідальність за ДТП, наслідком якої була смерть або ж тяжке тілесне ушкодження потерпілому.

Підсумовуючи викладене, відповідальність осіб, які керували транспортними засобами у стані сп'яніння, пройшла довгу дорогу свого розвитку і з великою долею впевненості можна сказати, що й у майбутньому вона стане предметом багатьох дискусій. Наразі вона можлива завдяки тому, що § 2 ст. 178а КК є наочним прикладом невдалого формування кримінальної політики і показником впливу практики як на теорію кримінального права, так і на законодавчу діяльність у Республіці Польща.

Список використаних джерел

1. Marek Bojarski, Wojciech Radecki Kodeks Wykroczeń. Komentarz., C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 538-542.
2. Marek Bojarski, Wojciech Radecki Kodeks Wykroczeń. Komentarz., C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 538.
3. Marek Bojarski, Wojciech Radecki Kodeks Wykroczeń. Komentarz., C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 541.
4. Statystyka.policja.pl.

*Галаган О. І.,
кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник,
професор кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

*Письменний Д. П.,
кандидат юридичних наук, доцент,
заслужений юрист України,
професор кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

ОСОБЛИВОСТІ РОЗГЛЯДУ СУДОМ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕНЬ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ МЕДИЧНОГО ХАРАКТЕРУ

На сучасному етапі розвитку нашої держави особливої уваги потребує захист прав і законних інтересів осіб, які через свій психічний стан не можуть самотійно його здійснити. Водночас іноді вони є соціально небезпечними

через можливість скоєння суспільно-небезпечних діянь. До таких осіб можуть бути застосовані примусові заходи медичного характеру, що мають на меті захистити суспільство від дій психічно хворих людей і вилікувати їх.

Ст. 19 КК України передбачає, що не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка під час вчинення суспільно небезпечного діяння перебувала в стані неосудності. Не підлягає покаранню також особа, яка вчинила кримінальне правопорушення у стані осудності, але захворіла на психічну хворобу до постановлення вироку, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії або керувати ними.

Принципові положення, що стосуються підстав для здійснення кримінального провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру, сформульовані у ст. 503 КПК. У ній вказується, що можна застосовувати лише ті примусові заходи медичного характеру, які передбачені ст. 92 КК, а саме: надання амбулаторної психіатричної допомоги або поміщення особи в спеціальний лікувальний заклад з метою її обов'язкового лікування [1, с. 430].

Правом застосування примусових заходів медичного характеру до осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння в стані неосудності або захворіли після вчинення злочину на душевну хворобу, яка включає кримінальне покарання, користується лише суд першої інстанції (п. 21 ст. 3 КПК).

Підставами застосування судом примусових заходів медичного характеру є: 1) наявність суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК; 2) доведеність вчинення цього діяння даною особою; 3) встановлення того факту, що особа в момент вчинення суспільно небезпечного діяння була в стані неосудності чи захворіла після цього на психічну хворобу, яка виключає застосування кримінального покарання; 4) визнання цієї особи небезпечною для суспільства через її хворобливий стан і характер вчиненого нею діяння.

Відсутність хоча б однієї з цих підстав не дає суду права застосовувати вказані заходи. Вони також не можуть застосовуватися у разі вчинення малозначного діяння.

Суд першої інстанції, даючи кримінально-правову оцінку суспільно небезпечного діяння, вчиненого у стані неосудності, повинен ґрунтуватися лише на відомостях, які характеризують суспільну небезпеку вчинених дій. Відповідно до ч. 3 ст. 503 КПК, при цьому не враховуються попередня судимість, факт вчинення раніше кримінального правопорушення, за який особу звільнено від відповідальності або покарання, факт застосування до неї примусового заходу медичного характеру.

Суд може визнати недоцільним застосування заходів медичного характеру до особи, яка вчинила суспільно-небезпечне діяння. В цьому випадку психічно хворий передається на піклування родичам або опікунам з обов'язковим лікарським наглядом.

Законодавець визначає особливий порядок судового розгляду, який передбачає додаткові гарантії прав і свобод особи, стосовно якої є необхідність у застосуванні примусових заходів медичного характеру.

Судовий розгляд у справах такої категорії, зберігаючи свою специфіку, відбувається за загальними правилами судового розгляду (гл. 27-29 КПК), але з урахуванням особливостей провадження, передбачених главою 39 КПК.

Судовий розгляд таких кримінальних проваджень здійснюється суддею одноособово. В судовому засіданні обов'язково повинні брати участь прокурор, законний представник та захисник згідно з загальними правилами розгляду кримінального провадження.

У випадку розладу психічної діяльності чи психічного захворювання особи, яка перешкоджає її участі у судовому засіданні, суд має право прийняти рішення про проведення відповідних процесуальних дій без участі такої особи [2, с. 1035].

Ст. 513 КПК передбачає, що під час постановлення ухвали про застосування примусових заходів медичного характеру суд з'ясовує такі питання:

- 1) чи мало місце суспільно небезпечне діяння, кримінальне правопорушення;
- 2) чи вчинено це суспільно небезпечне діяння, кримінальне правопорушення особою;
- 3) чи вчинила ця особа суспільно небезпечне діяння, кримінальне правопорушення у стані неосудності;
- 4) чи не захворіла ця особа після вчинення кримінального правопорушення на психічну хворобу, яка виключає застосування покарання;
- 5) чи слід застосовувати до цієї особи примусові заходи медичного характеру і якщо слід, то які саме.

Суд повинен вирішити послідовно всі зазначені питання.

Розглянувши в судовому засіданні кримінальне провадження про застосування примусових заходів медичного характеру, суд у нарадчій кімнаті може постановити ухвалу:

- про застосування примусового заходу медичного характеру;
- про відмову в застосуванні примусового заходу медичного характеру та закриття кримінального провадження.

Суд, визнавши необхідним застосування примусових заходів медичного характеру, призначає його вид залежно від характеру і тяжкості психічної хвороби, тяжкості вчинення суспільно небезпечного діяння, з урахуванням ступеня небезпеки психічно хворого для себе або інших осіб.

Призначивши примусове лікування, суд одночасно повинен прийняти рішення про скасування з часу доставки неосудного для госпіталізації до психіатричного закладу запобіжного заходу, якщо такий був до нього застосований.

Питання про відшкодування збитків, заподіяних неосудним, вирішується в порядку цивільного судочинства, про що повинно бути зазначено в ухвалі суду.

Якщо суд встановить, що суспільно небезпечне діяння, кримінальне правопорушення не було вчинено або вчинено іншою особою, він постановляє

ухвалу про відмову в застосуванні примусового заходу медичного характеру та закриває кримінальне провадження. У випадку, коли не доведено, що ця особа вчинила суспільно небезпечне діяння, кримінальне правопорушення, суд постановляє аналогічне рішення.

Не можна застосовувати примусові заходи медичного характеру, якщо буде встановлено, що суспільно небезпечне діяння особа вчинила в стані неосудності, а на момент судового розгляду видужала або внаслідок змін у стані її здоров'я відпала потреба в їх застосуванні.

У разі закриття кримінального провадження, суду необхідно повідомити про це органи охорони здоров'я для взяття такої особи на облік і здійснення необхідного лікарського нагляду за нею.

Якщо неосудність особи на момент вчинення суспільно небезпечного діяння не була встановлена, а так само в разі видужання особи, яка після вчинення кримінального правопорушення захворіла на психічну хворобу, кримінальне провадження має бути закрито судом. У цьому випадку, після закриття судом кримінального провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру, прокурор повинен розпочати кримінальне провадження в загальному порядку.

Ст. 514 КПК регулює продовження, зміну або припинення застосування примусових заходів медичного характеру лише щодо осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння у стані неосудності. Питання продовження, зміни або припинення застосування примусових заходів медичного характеру вирішується судом, у межах територіальної юрисдикції якого застосовується такий захід чи відбувається лікування [3, с. 415].

Суд за місцем лікування такої особи вирішує ці питання в тому випадку, коли ухвала суду виконується поза місцем діяльності суду, який застосовував заходи медичного характеру.

Зміна або припинення застосування примусових заходів медичного характеру може бути тоді, коли особа видужала або коли в результаті змін у стані її здоров'я відпала потреба в раніше застосовуваних заходах медичного характеру і вона не становить більше небезпеки для суспільства.

Приводом до розгляду кримінального провадження відповідно до ч. 3 ст. 514 КПК є подання представника медичного закладу, де тримається дана особа, у відповідності зі ст. 95 КК та в порядку, передбаченому ст. 512 КПК. До такого подання додається висновок комісії лікарів-психіатрів, який обґрунтовує необхідність продовження, зміни або припинення застосування таких примусових заходів.

На судові засідання викликаються: прокурор, захисник, представник медичного закладу, представник лікарської комісії, що дала висновок, особа, щодо якої вирішується питання про продовження, зміну або припинення застосування примусових заходів медичного характеру (якщо дозволяє стан її здоров'я). При зміні примусових заходів медичного характеру суд вправі змінити тип психіатричного закладу, перевести особу в психіатричний заклад з

менш суворим наглядом, скоротити строк перебування у відповідному психіатричному закладі.

За результатами розгляду справи суд виносить ухвалу, якою скасовує примусовий захід медичного характеру, змінює його; відмовляє в задоволенні подання представника медичного закладу, де тримається особа.

У випадку припинення застосування примусових заходів медичного характеру в зв'язку з видужанням особи, яка після вчинення кримінального правопорушення захворіла на психічну хворобу або в неї настав тимчасовий розлад психічної діяльності чи інший хворобливий стан психіки, суд на підставі висновку комісії лікарів-психіатрів виносить про це свою ухвалу. Постановлення ухвали суду є підставою для проведення досудового розслідування чи судового провадження [4, с. 690].

Порядок вирішення цих питань такий же, як і при вирішенні питань про застосування примусових заходів медичного характеру (ст. 512 КПК).

Якщо під час розгляду питання про відновлення кримінального провадження закінчився строк давності притягнення до кримінальної відповідальності або прийнято закон, який усуває кримінальну відповідальність, таке кримінальне провадження підлягає закриттю, якщо особа не заперечує проти цього.

Оскарження ухвали суду про застосування чи відмову в застосуванні примусових заходів медичного характеру, продовження, зміну, припинення застосування примусових заходів медичного характеру або відмова у цьому регулюються за загальними правилами (відповідними статтями глав 31, 32 КПК – подача апеляцій, розгляд кримінального провадження за апеляціями і касаційне провадження).

На вказану ухвалу може бути подана апеляційна скарга законним представником чи захисником особи, щодо якої вирішувалося питання про це, протягом тридцяти днів із моменту її проголошення.

Касаційна скарга може бути подана законним представником та захисником особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусових заходів медичного характеру, у строки, передбачені ст. 426 КПК, тобто протягом трьох місяців із моменту проголошення судового рішення суду апеляційної інстанції.

Список використаних джерел

1. Кримінальний процес [текст] : Підручник /За заг. ред. В. В. Коваленка, Л. Д. Удалової, Д. П. Письменного. – К. : Центр учбової літератури, 2013. – 544 с.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар / за ред. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. С. Шумила. – К. : Юстиніан, 2012. – 1217 с.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар : у 2 т. Т. 2 / Є. М. Блажівський, Ю. М. Грошевий, Ю. М. Дьомін та

ін. ; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х. : Право, 2012. – 664 с.

4. Кримінальний процес : підручник / Ю. М. Groшевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін. ; за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Groшевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. – Х. : Право, 2013. – 824 с.

*Дячук С. І.,
кандидат юридичних наук,
суддя Святошинського
районного суду м. Києва*

СТАДІЯ ПІДГОТОВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ ТА ЇЇ ОСОБЛИВОСТІ (ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ ПРАКТИКИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНУ)

Досвід першого року формування практики застосування Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) [1] однозначно вказує на те, що Україна отримала потужний ресурс на шляху реформ кримінальної юстиції. Новація кримінального процесу відбулася не тільки за формою, але і принципово за духом. Змінилася сама філософія процесу, який із прийняттям нового КПК вийшов на принципово новий рівень, гідний найкращих гуманістичних правових ідей сучасності.

Передбачене гл. 27 КПК **підготовче провадження** є важливою самостійною стадією кримінального процесу, в якій суд, якщо немає підстав для спрощеного провадження, у судовому засіданні за участю сторін провадження зобов'язаний у розумні строки, критерії яких визначені ст. 28 КПК, на підставі ретельного вивчення процесуальних актів закінчення досудового розслідування та доданих до них документів перевірити, чи достатньо підстав для призначення за даним провадженням судового розгляду конкретним складом суду, для закриття провадження чи вирішення справи шляхом затвердження відповідної угоди та постановлення вироку.

Водночас, як свідчить практика застосування закону, звертають на себе увагу окремі особливості цієї стадії процесу, які, на наш погляд, потребують більш чіткого регламентування.

Першим є **питання про склад суду** підготовчого судового засідання.

Системний аналіз положень нового КПК (ст. 314, п. 22 ч. 1 ст. 3, ч.ч. 1-3, 8 ст. 31, ч. 1 ст. 33 та ст. 35), прямо вказує на те, що підготовче провадження в суді першої інстанції здійснюється не тільки суддею одноособово, а й у передбачених випадках – колегіально у складі трьох професійних суддів.

Як свідчить практика, реалізація цих приписів закону щодо формування в місцевих судах колегіального складу суду інколи ускладнена. Йдеться не лише про недостатню кількість суддів, а про ситуації іншого характеру – коли, наприклад, один суд розміщений територіально в декількох приміщеннях, відстань між якими значна (судді витрачають робочий час на поїздки за місцем

знаходження головуєчого), – ситуації, коли в суді сформовано з огляду на судове навантаження великий колектив суддів, які спеціалізуються на розгляді кримінальних справ, як наслідок – судді розглядають справи у хаотично сформованих колегіальних складах, у яких один суддя бере участь одночасно в різних складах колегій. У таких випадках виникає проблема з формуванням і періодичністю засідань колегіальних складів суду, що негативно впливає на процесуальні строки.

У цьому контексті виникло питання щодо повноважень зборів суддів місцевих судів у межах компетенції, визначеної ст. 115 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», формувати відповідні колегії суддів, виходячи з їх спеціалізації щодо розгляду справ кримінальної юрисдикції. Наприклад, аналогічним способом вирішено це питання рішенням зборів суддів Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 27 грудня 2010 р. № 10 «Про визначення засад формування колегії суддів та особливостей розподілу справ...».

При цьому, на наш погляд, автоматичний розподіл кримінальних проваджень має здійснюватися звичайно між усіма суддями кримінальної судової спеціалізації, а колегія суддів чисельністю, скажімо, п'ять чи шість суддів повинна формуватися з оптимального до умов діяльності суду складу суддів, який визначається зборами суддів. До речі, такий досвід вже існує.

Не менш важливим є **питання процедури відкриття підготовчого провадження** в суді першої інстанції. Закон передбачає вичерпний перелік процесуальних документів, надходження яких до суду першої інстанції є належним процесуальним приводом для відкриття підготовчого провадження, незалежно від того, чи відповідають такі документи вимогам закону щодо форми і змісту. Визначений автоматизованою системою суд не пізніше п'яти днів з дня надходження таких документів до суду призначає підготовче судове засідання (ч. 1 ст. 314 КПК). Виникає три питання, які на практиці вирішуються неоднозначно: а) що мається на увазі під категорію «суд»; б) у якій спосіб відбувається призначення підготовчого засідання; в) чи зобов'язаний суд у вказаний п'ятиденний термін його розпочати. На наш погляд, вирішення цих питань полягає у наступному.

Нормативне тлумачення положень ч. 1 ст. 31 КПК та ст. 15 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» дає підстави стверджувати, що судом, який має призначити підготовче провадження, є відповідний склад суду, тобто суддя або колегіальний склад суду, визначений у порядку ч. 3 ст. 35 КПК. Ураховуючи викладене, хоча дійсно постановлення ухвали про призначення підготовчого судового засідання законом не вимагається, проте колегіальне рішення з цього приводу складу суддів важко уявити в усній формі. Крім того, враховуючи складність справи, суд, що здійснюватиме підготовче провадження, може дійти висновку про необхідність призначення запасного судді (ст. 320 КПК). У такому випадку, на наш погляд, судом також має бути постановлена мотивована ухвала, яка слугуватиме підставою для призначення запасного судді в порядку ч. 3 ст. 35 КПК.

Таким чином, слід підтримати позицію Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ, який рекомендував постановляти ухвалу про призначення підготовчого судового засідання [2, п. 1]. Наявність такої ухвали, яка захищена електронним підписом судді, у свою чергу захищає його самого від можливих звинувачень з приводу порушення ним встановленого законом 5-денного строку для призначення підготовчого засідання, а також відповідає загальному принципу правової визначеності.

Нарешті, третє питання. Ми вважаємо, що строк, протягом якого має відбутися підготовче судове засідання, у КПК не визначений, проте він має відповідати критеріям розумності (ст. 28 КПК). Якщо суддя має можливість призначити підготовче судове засідання на наступний день після отримання обвинувального акта, або до такого рішення його спонукають конкретні обставини провадження (неповнолітній обвинувачений, особа перебуває під вартою, і строк дії такого заходу забезпечення закінчується, клопотання сторін – ч. 5-6 ст. 28 КПК тощо), він може прийняти таке рішення. Заборон з цього приводу КПК не містить, якщо при цьому нічий права не порушуються, що є домінуючим. Водночас критерії розумності допускають можливість призначення підготовчого засідання, скажімо, і на двадцятий день після отримання обвинувального акта. Гнучкість у цьому питанні, яку виявив законодавець, заслуговує тільки на підтримку, оскільки суду надано право дати власну оцінку розумності строку на вчинення процесуальної дії, виходячи з умов провадження та об'єктивних можливостей, з одночасним взяттям на себе відповідальності за своє рішення.

Наступна група питань стосуються окремих сторін самої процедури підготовчого судового засідання.

У підготовчому судовому засіданні **участь прокурора** є обов'язковою. За змістом п. 15 ч. 1 ст. 3 КПК таким прокурором може бути лише віднесена до категорії «прокурор» службова особа органу прокуратури, яка діє виключно в межах повноважень, визначених КПК. З огляду на правила п.п. 14 та 15 ч. 2 ст. 36 КПК, звертатися до суду з обвинувальним актом і підтримувати державне обвинувачення в суді має право тільки прокурор, який здійснював процесуальне керівництво досудовим розслідуванням. Оскільки дані про прокурора обов'язково зазначаються в обвинувальному акті (п. 4 ч. 2 ст. 291 КПК), тому ця вимога має поширюватися і на випадки, коли діє група прокурорів. Оскільки здійснення повноважень іншим прокурором у кримінальному провадженні можливе лише в порядку заміни, тому формування групи прокурорів після направлення провадження до суду, на нашу думку, є неприпустимим, хоча, на жаль, такі випадки є поширеними. Зазначимо, що правова позиція з цього приводу остаточно не сформована.

За результатами підготовчого судового засідання суд має право своєю мотивованою ухвалою **повернути обвинувальний акт**, якщо він не відповідає вимогам КПК (п. 3 ч. 3 ст. 314 КПК).

У КПК не конкретизовано підстав для повернення цього документа прокуророві. Законодавець обмежився лише загальною вказівкою на його

невідповідність вимогам КПК. До того ж не уточнюється, яким саме вимогам КПК має відповідати таке рішення сторони обвинувачення.

Виходячи зі змісту ст. 283 КПК, звернення прокурора з обвинувальним актом до суду є самостійною формою закінчення досудового розслідування. Дотримання вимог закону при складанні та затвердженні обвинувального акта є гарантією права на справедливий суд, оскільки забезпечує можливість встановити обґрунтованість висунутого проти особи обвинувачення.

Вирішуючи питання меж відповідності такого акта вимогам КПК, слід мати на увазі закріплений у ст. 19 Конституції України правовий порядок, відповідно до якого слідчий, прокурор мають діяти виключно з підстав, у спосіб та порядок, визначені законом. Такому порядку корелює зміст ч. 1 ст. 9 КПК. Отже, обвинувальний акт як ключове процесуальне рішення сторони обвинувачення має відповідати всім вимогам, встановленим КПК, як щодо порядку його подання до суду, так і форми та змісту цього документа.

Так, щодо порядку звернення до суду з обвинувальним актом, то закон не передбачає можливості подання такого документа без жодного додатку, навпаки, вказує на обов'язковість приєднання до нього окремих документів, надаючи їм статусу невід'ємних додатків (реєстру матеріалів досудового розслідування – ст. 109 КПК; розписки підозрюваного, його захисника, законного представника про отримання обвинувального акта та реєстру матеріалів досудового розслідування – ст. 293 КПК; цивільного позову – ст. 128 КПК, розписки про його отримання – ст. 291 КПК; письмового роз'яснення прокурора підозрюваному про його право на суд присяжних – ст. 384 КПК тощо). Такі додатки можна поділити на обов'язкові та умовно обов'язкові, складання яких обумовлено певними визначеними у законі обставинами.

Наявність і належне оформлення додатків до обвинувального акта, виходячи зі змісту ч. 4 ст. 291 КПК, слід розуміти як одну з вимог КПК. Отже, системний аналіз дає підстави стверджувати, що відсутність передбачених КПК додатків до обвинувального акта в тих випадках, коли їх складання і подання до суду є обов'язковим, а так само невідповідність цих додатків визначеним КПК формі та змісту свідчить про невідповідність у цілому обвинувального акта вимогам КПК. Практика такою невідповідністю визнає відсутність у реєстрі матеріалів досудового розслідування реквізитів процесуальних рішень, даних про окремі процесуальні дії чи процесуальні рішення, про місце знаходження вилучених предметів, долучення замість реєстру опису матеріалів досудового розслідування, відсутність інформації про застосування чи незастосування заходів забезпечення тощо).

Разом з тим, слід підкреслити, що предметом перевірки на цій стадії не можуть бути зміст та форма цивільного позову, причини незастосування заходів забезпечення під час досудового розслідування.

Щодо форми та змісту обвинувального акта судова практика визнає невідповідністю вимогам КПК такі порушення закону, які виключають можливість здійснення особою свого захисту і можливість прийняття судом законного рішення у справі. Зокрема, такі порушення мають місце, коли:

обвинувальний акт не містить усіх необхідних відомостей, передбачених ч. 2 ст. 291 КПК (скажімо, відсутнє формулювання обвинувачення), або ці відомості є неповними (відсутня інформація про місце реєстрації, у випадках коли останнє не збігається з місцем проживання обвинуваченого, про призначену у справі групу прокурорів, про потерпілих), обвинувальний акт не підписаний слідчим або прокурором, не затверджений прокурором; не виконано вимоги ч. 4 ст. 29 КПК щодо його перекладу іншою мовою за наявності клопотання про такий переклад; виклад фактичних обставин правопорушення, які прокурор вважає встановленими, є неконкретним чи із застосуванням недопустимої натуралізації опису злочину.

Натомість аналіз практики діяльності судів апеляційної інстанції вказує на неоднозначність вирішення питання невідповідності обвинувального акта вимогам КПК, коли в ньому містяться положення, що суперечать одне одному (наприклад, не ставиться у провину кваліфікована ознака, наявність якої описана прокурором серед фактичних обставин, чи навпаки – ставиться у провину те, про що відсутня інформація серед фактичних обставин; суперечливість між фактичними обставинами та наведеними в акті обставинами, що обтяжують чи пом'якшують покарання; суперечливість між сформульованим обвинуваченням та правовою кваліфікацією тощо).

На нашу думку, коли в обвинувальному акті містяться положення, які стосуються істотних для конкретного кримінального провадження обставин і очевидно суперечать одне одному, усунення таких суперечностей не вимагає додаткового проведення слідчих (розшукових) дій, обвинувальний акт не можна визнати таким, що відповідає вимогам КПК, оскільки цей недолік унеможливорює реалізацію обвинуваченим свого права на захист у контексті права знати, у вчиненні якого конкретно кримінального правопорушення його обвинувачують, та унеможливорює визначення меж судового розгляду.

І ще одне зауваження з цього приводу. Залишається незрозумілим, чому законодавець у випадку, коли суддя безпідставно повернув обвинувальний акт прокуророві і таке його рішення скасоване, не передбачив необхідність повернення цього провадження після перегляду справи апеляційним судом саме цьому судді, адже жодних рішень по суті звинувачення він не виносив. Якщо у такого судді виникнуть підстави для самовідводу, то це питання може бути вирішено в загальному порядку.

Виникли питання і під час вирішення угод. Так, за результатами підготовчого судового засідання суд має право затвердити угоду або відмовити в її затвердженні, при цьому участь сторін угоди в судовому засіданні є обов'язкова (ч. 2 ст. 474 КПК). Натомість на практиці виникли ситуації, коли сторона угоди свідомо ухиляється від прибуття до суду.

Якщо угода укладена в межах приватного обвинувачення, то повторне неприбуття в судові засідання належно поінформованого потерпілого без поважних причин чи без повідомлення причини прирівнюється до відмови від обвинувачення, що має наслідком закриття провадження (п. 7 ч. 1 ст. 284, ч. 6 ст. 340 КПК). В інших випадках систематичного ухилення, скажімо

обвинуваченого, від явки в судове засідання, ми вважаємо слід керуватися ст.ст. 469-472, ч. 6 ст. 474 КПК, які вказують на те, що укладання угоди має бути виключно добровільним. Тому вказані вище обставини фактично унеможлиблюють прийняття судом рішення про затвердження угоди, оскільки на момент її розгляду в суді відсутні дані про намір і бажання обвинуваченого дотримуватися її умов (беззастережно визнати винуватість чи у певний строк відшкодувати шкоду, вчинити інші дії на користь потерпілого тощо), відтак і про добровільність взятих на себе зобов'язань. У зв'язку з цим актуальним стає питання щодо права суду за таких умов відмовити в затвердженні угоди у відсутності її сторони, що злісно ухиляється від суду.

Згідно з правилами ст. 347 КПК, **інші матеріали досудового розслідування**, ніж процесуальні документи його закінчення, не можуть бути передані до суду на стадії підготовчого провадження, а надаються суду виключно під час судового розгляду, крім випадку, передбаченого ст. 302 КПК у зв'язку із клопотанням про спрощене провадження щодо кримінального проступку. Наведене положення докорінно змінює суть підготовчого провадження, під час якого суддя позбавлений можливості вивчати справу, а відтак і формувати на цій підставі власну думку з приводу можливої перспективи судового розгляду. Такий підхід законодавця, а також його вимоги щодо змісту обвинувального акта, в якому не наводяться докази, на яких ґрунтується обвинувачення, створюють реальні умови для змагальності процесу, який проводитиме неупереджений суд, а також для реалізації сторонами провадження всіх переваг принципу диспозитивності.

Ураховуючи викладене, заслуговує на підтримку практика суддів, які в підготовчому судовому засіданні відмовляють у долученні за клопотанням прокурора матеріалів досудового розслідування. Разом з тим, на наше глибоке переконання, суд в окремих випадках, усе ж таки повинен мати право заздалегідь зобов'язати прокурора надати матеріали досудового провадження для їх дослідження під час підготовчого судового засідання. Це стосується двох ситуацій: провадження на підставі угоди та вирішення клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності, тобто, коли є можливість закінчити підготовче судове засідання постановленням судового рішення по суті справи. Адже закон вимагає від суду у першому випадку переконатися, що укладення угоди є добровільним, і надає для цього право витребувати певні документи (ч. 6 ст. 474 КПК), а у другому – перевірити обґрунтованість клопотання (ч. 4 ст. 288 КПК – чи дійсно діяння, яке поставлено особі у провину, мало місце, чи містить воно склад злочину, чи наявні правові підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності).

Заслуговує на особливу увагу і вирішення під час підготовчого судового засідання **питання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою**.

Під час підготовчого судового засідання суд за клопотанням його учасників має право обрати, змінити чи скасувати запобіжний захід. За відсутності таких клопотань застосування запобіжного заходу, обраного під час досудового розслідування, вважається продовженим. Щодо цього існує

проблема визначення строку, на який може бути у такий спосіб судом продовжено тримання під вартою.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ зорієнтував суди на те, що таке «автоматичне» продовження строку тримання під вартою відбувається виключно в межах дії ухвали слідчого судді [3, п. 21]. Водночас згідно з приписами ст. 197 КПК строк дії ухвали слідчого судді про тримання під вартою не може перевищувати 60 днів, а строк тримання під вартою може бути продовжено виключно в межах строку досудового розслідування.

На практиці виникають ситуації, коли на момент отримання судом обвинувального акта, що надійшов від прокурора, залишилося два-три дні тримання обвинуваченого під вартою. За таких обставин постає питання: чи має право суд під час підготовчого провадження застосовувати положення ст. 331 КПК за аналогією і розглядати питання доцільності продовження тримання обвинуваченого під вартою у зв'язку із закінченням строку дії ухвали слідчого судді на загальних підставах, і за наявності правових підстав своєю мотивованою ухвалою скасувати, змінити або продовжити строк дії тримання під вартою до двох місяців з дня надходження до суду обвинувального акта. Судова практика свідчить, що окремі судді діють саме у такий спосіб, забезпечуючи право кожного на свободу та особисту недоторканність у контексті реалізації принципу правової визначеності, хоча зрозуміло, що законом для цього не надано очевидної правової підстави.

Нарешті, потребує чіткої правової регламентації **доля позову** у разі звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності, скажімо, у зв'язку з передачею на поруки (ст. 47 КК) чи у зв'язку із закінченням строків давності, адже гл. 9 КПК відповіді на таке питання не дає.

Підсумовуючи викладене, можна зробити такі висновки. Запроваджена новим КПК процесуальна конструкція підготовчого судового засідання на стадії підготовки справи до судового розгляду дозволяє належним чином здійснити всі необхідні процесуальні дії з підготовки справи, підвести підсумки проведення підготовки за участю сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, забезпечити виконання вимог процесуального законодавства і гарантувати права та інтереси учасників кримінального провадження шляхом правильного і своєчасного судового розгляду справи. Підготовче провадження в кримінальному процесі є також і тим етапом, на якому досягається врегулювання правового конфлікту до початку судового розгляду. Разом з тим, потребують вирішення окреслені спірні питання.

Список використаних джерел

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : прийнятий Верховною Радою України Законом № 4651-VI від 13 квітня 2012 р. – Х. : Право, 2012. – 392 с.
2. Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 223-1430/0/4-12 від 3 жовтня 2012 р. «Про порядок

здійснення підготовчого судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2012. – № 6. – С. 8.

3. Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 511-550/0/4-13 від 4 квітня 2013 р. «Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» // Кримінальне судочинство (судова практика у кримінальних справах). – 2013. – № 2. – С. 39.

*Канфуї І. В.,
начальник Управління безпеки
АТ (публ.) «Український банк
реконструкції та розвитку», м. Київ*

ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОДІЇ СЛІДЧОГО, ПРОКУРОРА ТА СЛІДЧОГО СУДДІ НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

У чинному законодавстві України чільне місце посідає регламентація діяльності органів прокуратури, досудового слідства і суду на досудовому розслідуванні. При цьому на одних напрямках їх кримінально-процесуальної діяльності виникають суперечності, у той час як на інших має місце недостатність правового врегулювання. Як наслідок, створюється можливість прийняття працівниками зазначених органів рішень, що не відповідають вимогам Конституції України та чинного законодавства України, а у низці випадків їм суперечать.

Розвиток кримінального процесу обумовив необхідність збільшення питомої ваги об'єктивних факторів, що впливають на результати вирішення справи. Однією з форм досягнення цього стало створення відокремлених слідчих структур. Таке відокремлення викликане необхідністю створення функціонально стабільного кримінального процесу.

Оскільки досудове розслідування є діяльністю динамічною, то стабільність її функціонування може бути забезпечено двома методами:

- жорстким домінуванням одного відомства, якому фактично мають бути підпорядковані інші структури, які діють на цьому напрямку;
- створенням конструкції, основною ознакою якої є чітке розмежування функцій та відповідних їм повноважень, дотримання меж яких гарантується ефективною системою противаг, стримувань та компенсаторів.

Застосування першого методу безумовно призводить до утворення диктаторської, тоталітарної моделі, характерної для недемократичних суспільств.

Запровадження другого методу створює функціонально самостійну, практично саморегулюючу систему, яка містить у собі елементи протидії

корупції, перевищенню повноважень тощо. Така система має визначати чіткі межі повноважень органів, що здійснюють досудове розслідування та беруть участь у ньому, і забезпечувати суворе їх дотримання всіма учасниками процесу. Надання будь-яких переваг будь-якому з органів матиме негативні наслідки: від порушення функціонування такої системи до практичного нівелювання її ефективності.

Чинний Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК) на стадії досудового розслідування передбачає процесуальну діяльність працівників низки державних установ та служб: слідчий суддя, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий органу досудового розслідування, співробітник оперативного підрозділу (за дорученням слідчого, прокурора). І якщо перевищення ними своїх повноважень, спрямовані проти сторони захисту, потерпілого та інших учасників, досить ефективно усуваються шляхом застосування передбачених чинним законодавством процедур, то правовідносини між слідчим суддею, прокурором та органом досудового розслідування з цього питання чинним кримінально-процесуальним законодавством урегульовані недостатньо, а прийняття нового КПК ще більше їх ускладнило.

При цьому слід зауважити, що зазначені у переліку посадовці та органи, працівниками яких вони є, окрім слідчого судді, віднесені законодавцем до сторони обвинувачення [1, с. 117-144], що не є, на нашу думку, безсумнівним і достатньо аргументованим.

Для органів досудового розслідування обов'язком є не змагання зі стороною захисту, а перевірка всіх обставин події, в тому числі й тих, які надаються стороною захисту та виправдовують підозрювану особу. При цьому однаково результативними слід вважати висновки, які як обвинувачують, так і виправдовують підозрюваного. В останньому випадку обов'язком слідчого є безумовне прийняття таких результатів, оскільки завдання слідчого – установлення істини.

Враховуючи викладене, віднесення органів досудового розслідування до сторони обвинувачення законодавчо закріплює обвинувальний уклін у їх діяльності і є проявом тоталітаризму в кримінальному процесі.

Коло учасників кримінального провадження доцільно розглянути крізь призму функцій, які вони виконують.

1. Функція обвинувачення. Її можуть виконувати державний обвинувач (прокурор), потерпілий, приватний обвинувач, позивач, представник позивача чи потерпілого.

2. Функція захисту. Її можуть виконувати захисник, підозрюваний, його законний представник, відповідач, представник відповідача.

3. Функція досудового розслідування. Її виконують слідчі, керівники слідчих органів, оперативні працівники, прокурори.

Також для цієї стадії можна виокремити три основні напрямки діяльності зазначених осіб: безпосередньо досудове розслідування; здійснення прокурорського нагляду за додержанням законності при здійсненні досудового

розслідування; забезпечення судового контролю за дотриманням прав, свобод і інтересів осіб у кримінальному провадженні на стадії досудового розслідування.

Новий КПК у ч. 2 ст. 36 надає прокурору повноваження на здійснення нагляду за дотриманням законності «у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням». Таке формулювання не є достатньо чітким та зрозумілим з кількох позицій.

По-перше, будь-яке «керівництво» може здійснюватися органом або службовою особою лише щодо суб'єкта, який перебуває в організаційно-підпорядкованому стані.

Положення ст.ст. 38 та 39 чинного КПК не визначають прокурора ні органом досудового розслідування, ні керівником органу досудового розслідування. Більше того, органи досудового слідства (окрім слідчих органів прокуратури, які відповідно до Конституції України діють тимчасово, до створення самостійної системи органів досудового слідства) перебувають у штатах інших міністерств та відомств. Тож є юридично неправильним покладати функції будь-якого «керівництва» ними на органи або службових осіб інших відомств. Така конструкція створює подвійну підпорядкованість для службової особи, яка займає відповідальне або особливо відповідальне становище, що, у свою чергу, може призводити до зменшення керованості та контрольованості її діяльності.

По-друге, вимоги ст. 121 Конституції України взагалі не передбачають такої функції органів прокуратури, обмежуючи її «наглядом за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство» [2, с. 57].

По-третє, абсолютно невизначеним залишається зміст терміна «процесуальне керівництво».

На нашу думку, процесуальне керівництво передбачає наявність усього комплексу повноважень органу чи службової особи відносно суб'єкта, який підлягає управлінню. У зв'язку з цим такі повноваження може мати керівник органу досудового розслідування щодо підлеглих йому співробітників. Повноваження прокурора мають бути обмежені обсягом, що забезпечує доступ до документів кримінального провадження з метою їх перевірки на предмет відповідності вимогам закону при їх складанні, дотриманні законності під час проведення слідчих дій та прийняття процесуальних рішень, а також внесення відповідних актів прокурорського реагування.

Надмірне збільшення повноважень прокурора призводить до безумовного виникнення конфлікту інтересів, оскільки фактично прокурор на стадії досудового розслідування може виконувати три процесуальні функції: керівника досудового розслідування; особи, що здійснює безпосереднє розслідування; особи, що наглядає за дотриманням при цьому законності. Тобто, прокурор має здійснювати нагляд за дотриманням законності самим собою. При тому, що, за словами експерта Венеціанської комісії Генрі Брука, «прокуратурі не повинні бути властиві функції, які не є сумісними з її

незалежністю або можуть призвести до конфлікту інтересів між роллю прокурора та якоюсь іншою функцією» [3, с. 17].

Розширення повноважень прокурора при здійсненні нагляду за дотриманням законності під час проведення досудового слідства призводить до надмірної концентрації влади в руках Генерального прокурора і підлеглих йому прокурорів. За таких умов маємо повне право для характеристики чинного Кримінального процесуального кодексу у частині процесуального статусу органів прокуратури використати оцінку, дану Венеціанською комісією проекту Закону України «Про внесення змін до закону України «Про прокуратуру»: «Діючий закон створює дуже потужну інституцію. Її повноваження суттєво виходять за межі функцій, які прокурор виконує у демократичній правовій державі. По суті, цей закон зберігає прокуратуру радянського стилю» [4, с. 39].

Діяльність органів судової гілки влади на стадії досудового розслідування кримінального провадження організовується на засадах посилення функції судового контролю на цьому етапі боротьби зі злочинністю.

На стадії досудового розслідування саме на суд покладено функцію вирішення питань, пов'язаних з обранням щодо особи запобіжних заходів, проникненням до її житла чи іншого володіння, обмеженням права громадян на володіння, користування та відчуження належного їм майна тощо.

Загальна засада, викладена у ст. 124 Конституції України, не дозволяє перекладати на будь-кого іншого здійснення правосуддя [2, с. 58].

Чинний КПК не містить детального правового визначення ролі та місця слідчого судді, викладених в окремій нормі права або блоці таких норм, що негативно відрізняє його від органів досудового розслідування та органів прокуратури, які його мають.

Відсутність нормативного визначення позиціонує судові органи на стадії досудового розслідування взагалі та слідчого суддю особливо як органи другорядного значення, що є неприпустимим та не відповідає їх соціальному призначенню.

За визначенням, наведеним у п. 18 ст. 3 КПК, слідчого суддю слід вважати органом здійснення «судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні» [1, с. 8-11]. У зв'язку з цим виникає низка запитань щодо правового статусу слідчого судді та обсягу його повноважень.

По-перше, чи є слідчий суддя особою, що здійснює правосуддя відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. та ст. 30 КПК?

По-друге, чи є предметом його контролю дотримання у кримінальному провадженні прав, свобод і інтересів **усіх** його учасників? Якщо так, то чи мають повноваження слідчого судді розповсюджуватися на розгляд питань з приводу розбіжних оцінок дій та рішень, що приймаються різними органами сторони обвинувачення?

На нашу думку, виконання слідчим суддею покладених на нього обов'язків є одним із проявів здійснення правосуддя в розумінні ст. 124 Конституції України, ст. 1 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та ст. 30 КПК. Звідси випливає, що жоден з інших органів чи посадових осіб не вправі перебирати на себе повністю або частково виконання його повноважень. Таким чином, вирішення прокурорами питань, віднесених законом до повноважень слідчого судді, є необґрунтованим.

Як приклад, відсутність згоди прокурора на обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою не може бути причиною неприйняття слідчим суддею до розгляду клопотання слідчого про обрання особі такого запобіжного заходу, як зазначається у відповідній постанові Пленуму Верховного Суду України [5, с. 3].

Слід вважати доцільним та логічним, щоб повноваження слідчого судді щодо здійснення судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні розповсюджувалися і на відносини між прокурором, керівником органу досудового розслідування, слідчим, працівником оперативного підрозділу.

Відповідно до чинного кримінально-процесуального законодавства, рішення прокурора не можуть бути переглянуті у судовому порядку. Але «це суперечить принципу верховенства права. В законі треба з повною ясністю зазначити, що всі дії чи бездіяльність прокурорів перебувають під судовим контролем» [3, с. 16]. Тож логічно припустити, що будь-які питання, щодо яких позиція або рішення слідчого та прокурора не збігаються, мають розглядатися слідчим суддею.

Список використаних джерел

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Науково-практичний коментар : у 2 т. Т. 1 / О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін. ; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Шортнова. – Х. : Право, 2012. – 768 с.
2. Конституція України : текст відповідає офіц. стану на 10 грудня 2012 р. – К. : Видавництво «Майстер-клас», 2013. – 80 с.
3. Експертний висновок щодо Закону України «Про прокуратуру». Звіт Генрі Брука, лорда Слінн оф Хедлі, Президента Фонду Європейського права // «Перспективи реформи кримінального судочинства в Україні : Реформування прокуратури». Матеріали науково-практичної конференції. – К., 2010. – 60 с.
4. Висновок Венеціанської комісії від 12 жовтня 2004 р. щодо проекту Закону України «Про внесення змін до закону України «Про прокуратуру» // «Перспективи реформи кримінального судочинства в Україні : Реформування прокуратури». Матеріали науково-практичної конференції. – К., 2010. – 60 с.
5. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 25 квітня 2003 р. № 4 «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства» [Електронний ресурс]. – Режим доступу :

*Карпенко Н. Б.,
старший викладач кафедри
криміналістичних експертиз
навчально-наукового інституту підготовки фахівців
для експертно-криміналістичних підрозділів
Національна академія внутрішніх справ*

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ СУДОВО-ПОЧЕРКОЗНАВЧОЇ ДІАГНОСТИКИ

Почерком слід вважати індивідуальний і динамічно сталий зорово-руховий образ графічної техніки письма, що реалізується за допомогою системи рухів у рукописах.

Таке визначення почерку відображає його психофізіологічну природу й може слугувати основою для використання його у різноманітних галузях знань. Воно утворює основний зміст уявлення про почерк як об'єкт криміналістичного дослідження взагалі й ідентифікаційного, зокрема.

Говорячи про індивідуальність як якість, що обумовлює можливість ідентифікації виконавця рукопису, не можна не сказати ще про одну суттєву властивість почерку – відносну сталість.

Слід зауважити, що сталість почерку динамічна. Динамічність почерку проявляється як у статистичній стереотипності рухів особи, які реалізують зорово-руховий образ букв, їх сполучень, слів і рукопису в цілому, у варіаційності ознак почерку і почерку в цілому, так і у вибірковій мінливості, що настає у почерку під впливом різних умов виконання.

Саме завдяки такій властивості почерку, як вибіркова мінливість, вчені-криміналісти дійшли висновку про те, що письмо є носієм не тільки ідентифікаційної інформації про особу, яка пише.

В ньому відображуються й психофізіологічні властивості особи й умови, в яких протікає процес письма. Будучи продуктом вищої нервової діяльності людини, письмо чуттєво реагує на зовнішні й внутрішні зміни. Таким чином, почерк містить у собі своєрідно закодовану інформацію про особистість людини, про обставини й умови виконання рукопису (підпису). Задача експерта, який досліджує рукопис, полягає в тому, щоб отримати максимальний об'єм відомостей, які необхідні для розслідування й судового розгляду справ.

Властивість почерку реагувати на різні психофізіологічні фактори проявляється тоді, коли зміни умов письма настільки значні, що успішне пристосування до них механізму письма за ходом рухів виявиться неможливим. У результаті виникне порушення звичного автоматизованого процесу письма й наступлять зміни в почерку, які не можна вважати варіаційними.

Фактори, які викликають порушення звичного процесу письма, називають “збиваючими” обставинами. У теорії та практиці судово-почеркознавчої експертизи “збиваючі” обставини поділяють на “природні”, до яких відносять причини, які не пов'язані з бажанням виконавця змінити почерк і частіше за все створювані зовнішньою обстановкою письма, й “штучні”, які пов'язані з прагненням виконавця змінити свій почерк.

На даний час почеркознавча експертиза спроможна вирішувати діагностичні задачі.

Носіями об'єктивної інформації, яка використовується для вирішення задач такого типу, є діагностичні ознаки почерку. У процесі діагностування експерт виділяє такі ознаки й оцінює їх з точки зору відповідності або невідповідності заздалегідь відомим (загальноприйнятим) нормам цих властивостей для певної групи почерків, а також як невідповідність нормі властивостей письма конкретної особи.

Разом з тим, як в теорії, так і в практиці проведення діагностичних досліджень виникає ряд проблем, що стосуються діагностичних досліджень у судовому почеркознавстві.

Зокрема, на даний час відсутнє однозначне трактування предмета судово-почеркознавчої діагностики.

Разом з тим, незвичні умови письма, а також встановлення виконання рукописів навмисно зміненням почерком або з наслідуванням він відносить до ситуаційних досліджень.

Вирішення на основі ознак почерку залежностей почерку від типологічних властивостей, якостей і особливостей особи відносяться до задач психологічної діагностики, хоча можливо припустити, що їх вирішення буде сприяти рішенню криміналістичних задач діагностичного характеру (орієнтувати, наприклад, пошуковий процес підозрюваного тощо). Це своєрідний метод психологічного моделювання особистості за почерком на основі графологічних ознак. Практичне значення графології досить велике. Вивчення графології вносить багато нових міркувань в такі науки як історія, педагогіка, психологія, медицина. Не можна відкидати значення графології і для судових досліджень. Проте графологія є самостійною наукою і включати її до числа діагностичних задач, які вирішуються сьогодні при проведенні почеркознавчих експертиз, передчасно.

Також до діагностичних досліджень відносить встановлення стану виконавця рукопису та умов, в яких він виконувався, і не включає в предмет діагностики встановлення властивостей особи.

На наш погляд, діагностичними дослідженнями в судово-почеркознавчій експертизі слід вважати встановлення факту незвичайності письма, визначення характеру цієї незвичайності, групи чи різновиду обставин, що вплинули на виконавця почеркового об'єкту, а іноді й встановлення конкретної причини, яка викликала зміни у звичайному почерку даної особи.

*Козак О. В.,
кандидат юридичних наук,
старший слідчий Будоуннівського РВ
Донецького МУ ГУМВС України
в Донецькій області*

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК ОТРИМАННЯ ЗРАЗКІВ ДЛЯ ЕКСПЕРТИЗИ ЗА КПК УКРАЇНИ

Новий Кримінальний процесуальний Кодекс України (далі – КПК), що набрав чинності 20 листопада 2012 р., вніс суттєві зміни у процесуальну форму кримінального провадження та повністю змінив деякі його інститути.

Зокрема, згідно з ч. 1 ст. 242 КПК, така слідча (розшукова) дія, як експертиза проводиться експертом за зверненням сторони кримінального провадження або за дорученням слідчого судді чи суду, якщо для з'ясування обставин, що мають значення, необхідні спеціальні знання. У багатьох випадках для проведення експертизи необхідні зразки, отримання яких наразі регламентується ст. 245 КПК. Згідно з ч. 1 цієї норми у разі необхідності отримання зразків для проведення експертизи вони відбираються стороною кримінального провадження, яка звернулася за проведенням експертизи або за клопотанням якої експертиза призначена слідчим суддею. У випадку, якщо проведення експертизи доручено судом, відібрання зразків для її проведення здійснюється судом або за його дорученням залученим спеціалістом.

Як зазначено у вказаній статті, отримання зразків для експертизи відбираються стороною кримінального провадження, яка звернулася за проведенням експертизи. Відповідно до ст. 3 КПК сторонами кримінального провадження є: з боку обвинувачення – слідчий, керівник органу досудового розслідування, прокурор, а також потерпілий, його представник та законний представник у випадках, установлених цим Кодексом; з боку захисту – підозрюваний, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданий, особа, щодо якої передбачено застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники.

Проте у чинному КПК процесуально врегульовано, і то не в повному обсязі, лише отримання зразків для експертизи стороною обвинувачення, а саме: слідчим, керівником органу досудового розслідування та прокурором. Незрозумілим залишається питання отримання зразків для експертизи іншими учасниками кримінального провадження: як вони повинні діяти у цих ситуаціях, у тому числі конфліктного характеру, коли особа заперечує надати зразки, які документи при цьому повинні складатися і ким та інші нагальні насамперед з практичної точки зору питання.

При здійсненні кримінального провадження це питання вирішується наступним чином: наприклад, сторона захисту заявляє клопотання органу досудового розслідування, у якому зазначає необхідність проведення певного

виду експертизи. Якщо орган досудового розслідування задовольняє клопотання, то саме він у повному обсязі бере на себе обов'язки проведення цієї експертизи та отримання відповідних зразків для її проведення, якщо в їх наявності існує необхідність.

Відповідно до ст.ст. 332, 369 КПК України, якщо у судовому засіданні вирішується питання про проведення експертизи, то суд виносить ухвалу. Проте у ст. 332 КПК України нічого не зазначено про порядок отримання зразків для експертизи.

Досить цікавим у цьому відношенні є положення ч. 1 ст. 245 КПК України, відповідно до якої, як було вказано раніше, відібрання зразків для проведення експертизи здійснюється судом або за його дорученням залученим спеціалістом. У практичній діяльності при розгляді кримінальної справи у судовому засіданні, коли виникала необхідність проведення будь-якої експертизи, суд найчастіше доручав її призначення слідчому підрозділу відповідного органу, який здійснював кримінальне провадження, або експертній установі і лише у більш рідкісних випадках сам залучав спеціаліста у судові засідання.

У ч. 2 ст. 245 КПК зазначено, що порядок відібрання зразків із речей і документів устанавлюється згідно з положеннями про тимчасовий доступ до речей і документів (ст.ст. 160-166 КПК), тобто за ухвалою слідчого судді, оскільки випадки невідкладності при цьому не передбачені. Тож сторони кримінального провадження під час досудового розслідування повинні звернутися до слідчого судді із клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів для отримання зразків, необхідних для проведення експертизи.

Проте не зовсім зрозуміло, яким є порядок отримання зразків для експертизи, коли вони є, наприклад, результатом опосередкованої діяльності людини (почерк, підпис тощо). Нагальним є, зокрема, запитання, чи необхідно звертатися з клопотанням до суду про тимчасовий доступ до речей і документів, коли особа добровільно надає відповідні зразки? Законодавець не дає чіткої відповіді на це запитання, що є суттєвою прогалиною у чинному КПК, не сприяє оптимізації розслідування злочинів і, як наслідок, викликає багато сумнівів як у науковців, так і у практичних працівників. Також у вказаній нормі не зазначено, який документ повинен складатися, коли отримуються зразки для експертизи – протокол про отримання зразків для експертизи чи протокол про тимчасовий доступ до речей і документів з їх описом відповідно до визначеного КПК процесуального порядку оформлення тимчасового доступу до речей та документів тощо.

Наразі визначений порядок отримання зразків для експертизи у багатьох випадках призводить до затягування досудового розслідування та проведення експертизи, коли для цього необхідно отримати зразки у найкоротший час. На нашу думку, якщо особа добровільно надає будь-які зразки для експертизи, вона повинна власноруч написати про це заяву з проханням долучити такі зразки до матеріалів кримінального провадження, що жодною мірою не буде затягувати процес розслідування кримінального правопорушення та не призведе до

порушення процесуальних прав учасників кримінального провадження.

Відповідно до ч. 3 ст. 245 КПК біологічні зразки у особи можуть бути отримані добровільно, а у разі відмови особи у наданні біологічних зразків – за ухвалою слідчого судді. Порядок отримання біологічних зразків здійснюється за правилами, передбаченими ст. 241 КПК. Водночас, у вказаній статті КПК регламентується освідування особи, проте у цій нормі нічого не зазначено про отримання зразків для експертизи, тим паче про біологічні зразки. Також одразу звернемо увагу на те, що в освідування як слідчої (розшукової) дії зовсім інша мета – виявлення на тілі підозрюваного, свідка або потерпілого слідів кримінального правопорушення або особливих прикмет, якщо для цього не потрібно проводити судово-медичну експертизу.

Аналіз ст. 245 КПК засвідчує, що повною мірою виконати вказані у ній приписи вкрай важко. Отримання зразків для експертизи – це досить складне з теоретичної та практичної сторін питання, яке повинно бути ґрунтовно досліджене науковцями із висвітленням аргументованих пропозицій і рекомендацій щодо його проведення відповідно до процесуальної форми кримінального провадження. Тож існують усі підстави констатувати, що чинний КПК необхідно доопрацьовувати, розробляти до нього певні зміни, які б уточнювали та чітко й зрозуміло регламентували отримання зразків для експертизи як досить складну з процесуальної та криміналістичної точок зору слідчу (розшукову) дію.

*Кравченко Н. С.,
ад'юнкт кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

КЛАСИФІКАЦІЯ СУБ'ЄКТІВ ДОКАЗУВАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПОЗОВУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Головним обов'язком держави є утвердження, забезпечення і охорона прав і свобод людини та громадянина. Тому вся діяльність держави повинна бути спрямована на реальне забезпечення та охорону прав і свобод людини, поваги до особи та якнайширшого визнання загальнолюдських цінностей. Особливої уваги такий обов'язок держави набуває у випадку порушення прав особи в державі – вчинення кримінального правопорушення, а також у разі прийняття незаконних рішень, дій чи бездіяльності правоохоронних органів чи суду.

Доказування є серцевиною кримінальної процесуальної діяльності, воно посідає в ній чільне місце. Доказування відбувається на всіх стадіях кримінального процесу, починаючи з моменту прийняття слідчим, прокурором заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або самостійного виявлення ними будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про його вчинення [1, с. 120].

У свій час проблеми доказування розглядалися та аналізувалися такими вченими, як Ю. І. Азаров, Ю. П. Аленін, В. П. Бож'єв, В. І. Галаган, Ю. М. Грошев, О. В. Капліна, О. М. Ларін, Є. Д. Лук'янчиков, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, В. О. Попелюшко, С. М. Стахівський, Л. Д. Удалова, С. А. Шейфер, М. Є. Шумило та іншими. Проте, лише деякі з них проводили дослідження суб'єктів доказування в комплексі або окремих їх учасників. З прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) змінилось як коло суб'єктів доказування, так і їх повноваження, що потребує ґрунтовного вивчення й аналізу їх діяльності в умовах дії нового кримінального процесуального закону.

Доказування в кримінальному провадженні як різновид процесу пізнання є діяльністю розумовою, що здійснюється відповідно до законів логіки, у визначених логічних формах. Але, разом з цим, це є і практична діяльність, суворо регламентована кримінальним процесуальним законом та здійснювана визначеними цим законом суб'єктами доказування.

Погоджуємося з М. Розіним, який зазначав: процес доказування природно є вільним процесом логічного переконання, що складається по мірі розгляду усієї сукупності обставин певного випадку і на підставі такого розгляду [2, с. 11]. Тобто, доказування – це засіб обґрунтування встановленого, що є його основним призначенням.

Відповідно до ст. 91 КПК у кримінальному провадженні підлягають доказуванню:

1) подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення);

2) винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення;

3) вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розмір процесуальних витрат;

4) обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження;

5) обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання [3, с. 49].

Обов'язок доказування обставин, що становлять предмет доказування, покладається на слідчого, прокурора та, в установлених цим Кодексом випадках, – на потерпілого.

Ми вважаємо, що обов'язок доказування має дійсно покладатися саме на сторону обвинувачення і в жодному разі не на підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного. Протилежна ж точка зору суперечить засадам кримінального провадження і кримінальному законодавству взагалі.

У вітчизняній юридичній літературі суперечливим є питання щодо мети доказування, здійснюваного у кримінальному провадженні.

Відповідно до традиційної концепції метою доказування є об'єктивна істина. Проте, поява концепції практичної достовірності, за якою метою доказування визнають достовірність знань, дає можливість прийняти обґрунтоване рішення у кримінальному провадженні.

Противники об'єктивної істини стверджують, що:

- її сучасні прибічники обстоюють ідеологію інквізиційного кримінального процесу (з об'єктивною істиною тісно пов'язаний постулат про те, що жодне правопорушення не повинно залишатися нерозкритим, а винний – непокараним);

- вимога щодо встановлення об'єктивної істини є красивою на папері, проте рідко реалізується на практиці.

Певна річ, концепція об'єктивної істини є вразливою як з теоретичного, так і з практичного погляду.

Теоретична вразливість цієї концепції полягає в тому, що вона дійсно виправдовує інквізиційну конструкцію процесу. Адже остання вимагає встановлення істини будь-якою ціною.

У практичному плані концепція об'єктивної істини є вразливою через те, що вона оперує абстрактними схемами, тоді як під час кримінального провадження треба керуватися прагматичними міркуваннями [4, с. 117].

Відомо, що досудове розслідування кримінальних правопорушень здійснюється уповноваженими суб'єктами кримінального процесу у формі доказування.

Законодавче (ст. 3 КПК) унормування інституту учасника кримінального і судового провадження та його змістовного наповнення лише у формі дефініції, тобто короткого визначення, обумовило поляриність думок, тривалі і поки що безплідні дискусії у наукових колах про саме поняття «учасник (суб'єкт) кримінального процесу».

Незважаючи на відмінність у підходах до визначення поняття «учасник кримінальної процесуальної діяльності», всі вони зводяться до наступного – це посадові особи і громадяни, які у зв'язку з відкриттям кримінального провадження (внесенням відповідних відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань) вступають у правовідносини відповідно до наданих службових повноважень (прав та обов'язків), обсяги, коло і зміст яких визначається кримінальним процесуальним законодавством [5, с. 25].

Щодо поняття «суб'єкти доказування», то Н. С. Карпов наводить таке визначення: суб'єкти доказування – це державні органи та посадові особи, на яких законом покладено обов'язок щодо збирання, перевірки та оцінки доказів, а також інші особи, які вправі брати участь у такій діяльності [1, с. 129].

У теорії кримінального процесу існує чимало запропонованих науковцями класифікацій суб'єктів кримінального провадження, які за своєю змістовною сутністю мають достатні теоретичні обґрунтування, втім вони не містять істотних відмінностей.

Найбільш усталеною класифікацією слід вважати таку:

1) державні органи і посадові особи, які безпосереднє здійснюють кримінальне провадження та зобов'язані збирати, перевіряти та оцінювати докази: прокурор, слідчий, керівник органу досудового розслідування, співробітник оперативного підрозділу, слідчий суддя, суд;

2) учасники кримінального провадження, що обстоюють особисті інтереси та мають право брати участь у доказуванні: потерпілий; цивільний позивач; підозрюваний, обвинувачений; цивільний відповідач; особа, щодо якої розглядається питання про екстрадицію. Вони можуть представляти докази, заявляти клопотання про проведення процесуальних дій для збирання доказів, висловлювати свою думку з приводу оцінки доказів;

3) учасники кримінального провадження, які захищають (представляють інтереси) інших учасників кримінального провадження: представники та законні представники потерпілого, цивільного позивача; захисник; законний представник підозрюваного, обвинуваченого, цивільного відповідача;

4) інші учасники кримінального провадження, які за своєю участю сприяють його здійсненню, тобто відіграють допоміжну роль у доказуванні, не маючи свого власного правового інтересу: свідки, поняті, спеціалісти, експерти, перекладачі, секретар судового засідання, судовий розпорядник.

Підсумовуючи, необхідно зазначити, що є низка ознак, які об'єднують усіх учасників кримінального провадження, а саме:

- беруть участь у кримінальному провадженні на підставах і в порядку, визначеному кримінальним процесуальним законом з урахуванням деяких випадків, за яких закон виключає таку участь;

- мають права та обов'язки, порядок реалізації яких чітко визначений законом;

- перебувають у суворо регламентованих законодавством процесуальних правовідносинах;

- несуть визначену законом відповідальність за невиконання своїх обов'язків чи порушення прав інших учасників.

При цьому, підкреслимо, що діяльність кожного з вищевказаних суб'єктів кримінального провадження має свою направленість, у тому числі, і в доказуванні цивільного позову.

Список використаних джерел

1. Кримінальний процес [Текст] : підручник / За заг. ред. В. В. Коваленка, Л. Д. Удалової, Д. П. Письменного. – К. : Центр учбової літератури, 2013. – 544 с.

2. Удалова Л. Д., Рибалко О. В. Суб'єкти кримінально-процесуального доказування : навч. посіб. – К. : КНТ, 2012. – 160 с.

3. Кримінальний процесуальний кодекс України. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України». – Х. : Одиссей, 2012. – 360 с.

4. Лобойко Л. М. Кримінально-процесуальне право : Курс лекцій : Навч. посібник. – К. : Істина, 2007. – 456 с.

5. Актуальні питання кримінального процесу України [текст]: навч. посіб. / [С. М. Блажівський, І. М. Козьяков, О. М. Толочко, С. С. Мірошніченко, Г. П. Власова та ін.]; за заг. ред. Є. М. Блажівського. – К.: Національна академія прокуратури України: Центр учбової літератури, 2013. – 304 с.

*Лук'янчиков Б. Є.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри криміналістики
та судової медицини
Національної академії внутрішніх справ*

ФОРМИ ВИКОРИСТАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАНЬ У ПРОТИДІЇ НЕЗАКОННОМУ ОБІГУ НАРКОТИКІВ

Наркоманія – це не лише злочини, пов'язані з її існуванням (виготовлення, зберігання, збут та викрадення наркотичних речовин), але і живильне середовище, яке створює умови для вчинення інших видів тяжких злочинів (вбивств, пограбувань тощо). Небезпека даного соціального явища загострюється у зв'язку з його консолідацією з організованою злочинністю. Таке становище є цілком закономірним, оскільки це один з найприбуткових видів злочинної діяльності, поряд з протигуцією та торгівлею зброєю.

Сучасний стан наукового забезпечення боротьби з цим видом кримінальних правопорушень певною мірою відповідає потребам слідчої практики. Водночас, широке розмаїття способів підготовки, вчинення та приховування таких злочинів вимагає від правоохоронних органів вмілого та активного використання спеціальних знань з метою їх своєчасного виявлення та розслідування.

Поняттю спеціальних знань у науковій літературі приділено багато уваги, але до цього часу воно не вирішене. Найчастіше вчені звертають увагу на такі риси: а) ними володіє обмежене коло осіб; б) вони набуті внаслідок спеціальної освіти, досвіду практичної діяльності, тобто професійної підготовки; в) вони мають відповідати сучасному рівню розвитку природничих, технічних, гуманітарних знань.

Так, П. П. Іщенко відносить до спеціальних будь-які професійні знання, які можуть надати допомогу в процесі виявлення, фіксації та вилучення доказів [1, с. 8]. Перша половина визначення не викликає жодних сумнівів. А от другу, на нашу думку, можна доповнити – спеціальні знання використовуються також і для дослідження об'єктів, процесів, явищ з метою отримання необхідної інформації. Адже форми використання спеціальних знань різноманітні, а результат застосування – не завжди доказ.

У науковій літературі існують різні погляди щодо форм використання спеціальних знань. Так, одні вчені говорять, що непроцесуальні форми

використання спеціальних знань у розслідуванні недопустимі. Обґрунтовуючи це тим, що вся діяльність слідчого з розслідування кримінального правопорушення підпорядковується кримінально-процесуальному закону і завдяки цьому вона процесуальна [2, с. 30]. Інші зазначають, що спеціальні знання можуть використовуватись і у непроцесуальних формах, до яких належать ті, які прямо не вказані у законі [3, с. 131].

Зрозуміло, що всі зазначені думки мають певне право на існування. До того ж, якщо бути послідовними, треба погодитися, що спеціальні знання для розкриття і розслідування кримінальних правопорушень можуть використовуватись як у процесуальних, так і у непроцесуальних формах. По-друге, спеціальні знання можуть використовуватись або безпосередньо особою, яка проводить розслідування, або для цього залучається особа, яка володіє такими знаннями (спеціаліст, експерт).

Слідча практика свідчить, що у боротьбі з незаконним обігом наркотиків широко використовуються спеціальні знання у різних формах. Значне місце у роботі оперативних апаратів займають непроцесуальні форми використання спеціальних знань, у тому числі і безпосередньо їх співробітниками. Це відбувається під час огляду запідозреної особи та її речей, багажу на вокзалах, перевірці транспортного засобу працівниками автоінспекції, тощо. Правоохоронці застосовують на практиці ті спеціальні знання, навички та вміння, які вони отримали під час навчання у закладах освіти МВС України, на заняттях у системі службової підготовки, а також у процесі повсякденної роботи.

Особливого поширення при розслідуванні цих злочинів набуло використання спеціальних знань у формі отримання консультацій, надання довідкових відомостей або допомоги при підготовці до проведення слідчих (розшукових) дій і т.п. Тривалий час дану форму використання спеціальних знань розглядали як непроцесуальну, таку, що здійснюється за межами кримінального провадження. З прийняттям нового КПК України це питання набуло свого вирішення. У ч. 1 ст. 71 КПК зазначено, що особа, яка володіє спеціальними знаннями, може надавати консультації під час досудового розслідування з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок. Отже, консультація є процесуальною формою використання спеціальних знань у кримінальному провадженні.

Допомога спеціаліста буде корисною під час аналізу та оцінки інформації з спеціальних питань і висуванні версій щодо події, у тому числі й пов'язаної з незаконним обігом наркотиків. Завдяки консультації спеціаліста-криміналіста особа, яка проводить розслідування може отримати більш значущу інформацію щодо відношення матеріальних слідів до обставин події кримінального правопорушення, побудувати ймовірну модель механізму вчинення кримінального правопорушення та дій злочинця.

Під час розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із незаконним обігом наркотиків, широко застосовуються також експертні дослідження виявлених і вилучених речовин або інших об'єктів, оскільки

висновок експерта про те, що представлена речовина належить до наркотичних, у багатьох випадках підтверджує правильність розпочатого кримінального провадження.

Новий КПК у ст. 242 передбачає можливість проведення експертизи для вирішення подібних питань безпосередньо після внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань, що сприяє скороченню його термінів. При цьому мають виконуватися всі вимоги щодо забезпечення достовірності та якості матеріалів, представлених для експертного дослідження. Слід дотримуватися усіх вимог і рекомендацій, які розроблено для підготовки і проведення експертиз.

Безперечно, слідчий володіє певними спеціальними знаннями, набутими в процесі навчання і в змозі самотійно застосовувати їх на практиці. Але ці знання переважно обмежуються суто криміналістичними. У кримінальних провадженнях із наркотичними речовинами дуже часто виникає потреба застосування знань з інших галузей (біологія, хімія тощо) у формі судової експертизи. Її результати значною мірою залежать від представленого для дослідження матеріалу, його якості, кількості, упаковки тощо. Саме у цьому реалізується роль спеціаліста, який бере участь у провадженні слідчих (розшукових) дій і, застосовуючи сучасні методики, допомагає слідчому виявляти, вилучати та правильно оформити відповідні матеріали, а також виконує інші завдання, які постають перед слідством.

Стосовно проблеми, яка розглядається в статті, спеціаліст-криміналіст під час провадження слідчих (розшукових) дій приділяє увагу пошукові мікрослідів наркотичних речовин, різноманітних мікрочастин, які після ретельної перевірки можуть вказати на наявність наркотичних речовин (кров, слина та інше); предметів – носіїв запаху. Під час освідування на тілі особи можуть бути встановлені сліди ін'єкцій та інших зовнішніх ознак уживання наркотиків (розширені зіниці, сліди від уколів шприца тощо) [4, с. 220]. Своєчасне виявлення таких слідів надає можливість розширити коло пошуку та спрямувати його на встановлення причетних до кримінального правопорушення осіб.

Провадження слідчих (розшукових) дій вимагає від особи, що проводить розслідування, та спеціаліста виключної уваги та досконалої спеціальної підготовки. Їх головним завданням у цьому є володіння прийомами і засобами виявлення, фіксування та процесуального оформлення усіх слідів, матеріальних утворень і предметів, що можуть бути речовими доказами у кримінальному провадженні. Вирішення цього завдання здійснюється за двох обставин. По-перше, залучення до огляду місця події не тільки працівників експертних підрозділів, а й інших осіб, які володіють спеціальними знаннями певної галузі (фармацевтів, біологів, хіміків). По-друге, ефективним буде здійснення на місці злочину різноманітних експрес аналізів виявлених сумнівних речовин.

Але слід ураховувати, що результати попереднього візуального дослідження зовнішнього вигляду об'єктів, або використання для цього якісних хімічних реакцій у жодному випадку не можуть бути основою для формування

будь-яких доказів. Такі висновки спеціаліста можуть слугувати лише орієнтиром для подальшої роботи. Такої думки дотримується і О. Р. Шляхов. Він каже, що висновки спеціалістів виступають консультацією, порадою для відповідного органу, який проводить розслідування [5, с. 52].

Спеціаліст, якого залучають до розслідування, здійснює візуальне спостереження за поведінкою підозрюваних осіб. При цьому він може звернути увагу на такі ознаки у поведінці і вигляді особи, які вказують на вживання наркотиків, оскільки немедичне вживання наркотиків часто призводить до фізичних і психічних хвороб організму [6, с. 100]. Таким чином, спеціаліст може візуально розпізнати особу, яка тривалий час вживає наркотики за зовнішнім виглядом, тобто за анатомічними, функціональними та супутніми ознаками. Найбільш характерні ознаки, за якими можна розпізнавати наркотичні речовини і осіб, які їх вживають, викладені в різноманітних пам'ятках для правоохоронців. Тому підвищенню результативності роботи підрозділів у боротьбі з незаконним обігом наркотиків значною мірою може сприяти широке використання спеціальних знань у відомих формах. Співробітникам цих підрозділів необхідно постійно підвищувати свій професійний рівень, знайомитися із сучасними науковими розробками, узагальнювати досвід роботи своїх підрозділів, відточувати професійну майстерність на заняттях із службової підготовки. Лише це може сприяти досягненню завдань, які ставить перед ними суспільство.

Список використаних джерел

1. Ищенко П. П. Специалист в следственных действиях. Уголовно-процессуальные и криминалистические аспекты / П. П. Ищенко. – М. : Юрид. лит., 1990.
2. Лисиченко В. К. Виды участия специалистов на предварительном следствии / В. К. Лисиченко, В. В. Циркаль // Криминалистика и судебная экспертиза. – К., 1985. – Вып. 30.
3. Гончаренко В. И. Использование данных естественных и технических наук в уголовном судопроизводстве / В. Г. Гончаренко // Вибране. – К. : Прецедент, 2011.
4. Гусева В. О. Окремі питання щодо методики виявлення та документування правопорушень у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів / В. О. Гусева // Актуальні проблеми застосування нового кримінального процесуального законодавства України та тенденції розвитку криміналістики на сучасному етапі. – Х. : ХНУВС, 2012.
5. Шляхов А. Р. Судебная экспертиза : организация и проведение / Шляхов А. Р. – М., 1979.
6. Музыка А. А. Использование специальных знаний в области наркологии в процессе расследования уголовных дел / А. А. Музыка // Криминалистика и судебная экспертиза. – К., 1985. – Вып. 30.

*Лук'янчиков Є. Д.,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри інформаційного права
Національного технічного
університету України
«Київський політехнічний інститут»*

СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ – ЗАСОБИ ФОРМУВАННЯ ДОКАЗІВ

Розслідування як інформаційно-пізнавальний процес забезпечується проведенням слідчих та інших процесуальних дій, які виступають засобами формування доказів у кримінальному провадженні. Прийняття нового КПК України слід вважати черговим етапом у розвитку інституту слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні. Питання, пов'язані із слідчими діями, завжди привертали увагу науковців. Це стосувалося визначення їх сутності, переліку, класифікації, процесуального порядку проведення. Оскільки попередній КПК України не містив визначення і переліку слідчих дій, деякі автори ототожнювали їх з будь-якими процесуальними. Під слідчими діями І. М. Лузгін розуміє будь-які дії слідчого і поділяє їх на: «дії, змістом яких є головним чином виявлення, дослідження й оцінка доказів» і «дії, змістом яких є управління процесом розслідування, визначення його меж, строків і порядку провадження» [1, с. 96].

У теорії кримінального процесу та криміналістики з широкого кола кримінально-процесуальних дій, які застосовуються у процесі розслідування, виділяють слідчі дії, тобто ту їх частину, яка має пошуково-пізнавальний характер і спрямована на збирання фактичних даних про обставини вчинення суспільно-небезпечного діяння та особу, що його вчинила.

Отже, з загального кола кримінально-процесуальних дій, які використовуються для пізнання події злочину, виділяється лише та їх частина, що має тактичний, пошуково-пізнавальний характер, спрямована на пошук слідів-відображень злочинної події, одержання з них інформації для формування доказів у кримінальному провадженні.

У результаті тривалого обговорення науковцями було сформовано визначення слідчих дій. Під слідчими пропонувалося розуміти передбачені кримінально-процесуальним законом дії щодо збирання, дослідження, оцінки й використання доказів [2, с. 257].

Напрацювання науковців певною мірою знайшли відображення в новому КПК України. Цьому питанню присвячено дві самостійні глави: гл. 20 «слідчі (розшукові) дії» та гл. 21 «негласні слідчі (розшукові) дії». Під слідчими (розшуковими) діями розуміють дії, спрямовані на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні (ст. 223 КПК). Отже, пізнавальна спрямованість слідчих дій визначена на законодавчому рівні.

Крім спрямування таких дій у наведеній дефініції не розкриваються їх визначальні риси. Більше вдалимим слід вважати визначення слідчих (розшукових) дій, сформульоване науковцями. Під слідчими діями пропонують розуміти передбачені процесуальним кодексом заходи, які застосовуються компетентними особами для збирання, дослідження, оцінки та використання доказів під час конкретного кримінального провадження [3, с. 482].

Кожна слідча дія може розглядатися як специфічна сукупність пізнавальних прийомів виявлення та відображення доказової інформації певного виду. Формулюючи поняття слідчих дій, А. Я. Дубинський наголошує на тому, що вони здійснюються у відповідності з визначеними процедурними вимогами [4, с. 46], чим підкреслюється їх правовий характер. Цим акцентується увага на їх сувору регламентацію у законі. Не зменшуючи значимості цієї ознаки для визначення слідчих дій, неможливо не підкреслити й іншу сторону – тактичну, тобто широке використання при провадженні слідчих дій криміналістичних рекомендацій щодо можливості й доцільності застосування тих чи інших тактичних прийомів і комбінацій у відповідних слідчих ситуаціях, які формуються під час розслідування.

Тривалий час точилася дискусія про віднесення тих або інших процесуальних дій до слідчих. Дехто з науковців стверджував, що кримінально-процесуальний закон визначає перелік слідчих дій без посилання на відповідні норми [5, с. 36].

Вирішенню цього питання певною мірою сприяло прийняття нового КПК України. Так, у гл. 20 містяться відомості про підстави і порядок проведення традиційних для судочинства України слідчих (розшукових) дій: допит (у тому числі одночасний двох чи більше вже допитаних осіб), пред'явлення для впізнання, обшук, огляд, слідчий експеримент, освідчування, експертиза, отримання зразків для експертизи. Слід звернути увагу на ст. 233 «Проникнення до житла чи іншого володіння особи». Розглядати таке проникнення як слідчу дію немає підстав. Воно здійснюється для проведення в житлі чи іншому володінні відповідних слідчих дій. Ця норма передуює статті про проведення обшуку і викладені у ній правила можна було б вважати додатковими обмеженнями для осіб, що проводять дану слідчу дію. Проте в ч. 1 цієї статті зазначається, що проникнення до житла чи іншого володіння не може мати місце «з будь-якою метою». Тому положення даної норми мають ураховуватися під час проведення інших слідчих (розшукових) дій, пов'язаних із проникненням до житла чи іншого володіння особи.

Не можна визнати послідовним і логічним викладення ч. 3 цієї ж статті, де зазначається, що у невідкладних випадках, пов'язаних з урятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, слідчий, прокурор мають право увійти до житла чи іншого володіння особи. Після здійснення таких дій прокурор, слідчий за погодженням з прокурором зобов'язані невідкладно звернутися з клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді.

Зважаючи на те, що розкриття злочинів має ситуативний характер, невідкладність проведення слідчих (розшукових) дій обумовлюється конкретними обставинами (врятування життя людей та майна, безпосереднє переслідування осіб, які підозрюються у вчиненні злочину), законодавець слушно дозволяє проводити слідчі дії без рішення слідчого судді. Оскільки така дія вже проведена, навряд чи доцільно звертатися з клопотанням «про проведення обшуку». Скоріше слід звернутися з клопотанням про визнання обшуку (іншої слідчої (розшукової) дії) обґрунтованим, а отриманих під час його проведення результатів доказами у кримінальному провадженні.

Суттєвою новацією нового КПК України є інститут негласних слідчих (розшукових) дій як засобів формування доказів у кримінальному провадженні. Чинний КПК України, зазначає М. А. Погорєцький, дає визначення негласних слідчих (розшукових) дій, під якими слід розуміти такі дії, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню та проводяться у випадках, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати іншим способом. За своїм змістом негласні слідчі (розшукові) дії не відрізняються від оперативно-розшукових заходів, що передбачені законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» та відповідними відомчими правовими актами [6, с. 271].

Проведення негласних слідчих (розшукових) дій покладається на слідчого, який здійснює досудове розслідування злочину. За його дорученням їх можуть проводити уповноважені оперативні підрозділи органів, перелік яких наводиться в ч. 6 ст. 246 КПК України. В. А. Колесник відносить до них оперативні підрозділи органів внутрішніх справ, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, органів Державної пенітенціарної служби, органів Державної прикордонної служби, органів Державної митної служби, співробітники яких при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій користуються повноваженнями слідчого (ч. 2 ст. 41 КПК) [7, с. 131].

Негласні слідчі (розшукові) дії можуть проводитися виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких та особливо тяжких злочинів у випадках, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб (ч. 2 ст. 246 КПК). Підстави, порядок і умови проведення негласних слідчих (розшукових) дій викладені в гл. 21 чинного КПК України. Перші п'ять слідчих (розшукових) дій розміщені в § 2 даної глави, який має назву «втручання у приватне спілкування», а сім наступних включені до підрозділу з назвою «інші види негласних слідчих (розшукових) дій». Переважна більшість негласних слідчих (розшукових) дій проводиться з дозволу слідчого судді (голови чи за його визначенням іншого судді Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційного суду області, м.м. Києва та Севастополя, у межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування (п. 17 ч. 1 ст. 3; ст. 247 КПК).

Єдиною негласною слідчою (розшуковою) дією, яка проводиться виключно за рішенням прокурора (ч. 4 ст. 246 КПК), є контроль за вчиненням

злочину. Ця слідча дія може здійснюватися у випадках наявності достатніх підстав, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин. Формами такого контролю можуть бути: 1) контрольована поставка; 2) контрольована та оперативна закупка; 3) спеціальний слідчий експеримент; 4) імітування обстановки злочину.

У зв'язку з тим, що під час контролю за вчиненням злочину може виникати необхідність тимчасового обмеження конституційних прав особи, воно має здійснюватися в межах, які допускаються Конституцією України, на підставі рішення слідчого судді (ч. 8 ст. 271 КПК).

На завершення зазначимо, що новий Кримінальний процесуальний кодекс України суттєво розширив засоби формування судових доказів, що має сприяти підвищенню результативності роботи правоохоронних органів з виявлення і розкриття тяжких та найбільше небезпечних злочинів.

Список використаних джерел

1. Лузгин И. М. Методологические проблемы расследования. – М. : Юрид. лит., 1973.
2. Кримінальний процес України : [підручник] / за ред. Ю. М. Грошевого та О. В. Капліної. – Х. : Право, 2010. – 608 с.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. – К. : Юстініан, 2012.
4. Дубинский А. Я. Производство предварительного расследования органами внутренних дел. – К. : НИ и РИО КВШ МВД СССР, 1987.
5. Ієрусалимов І. О. Деякі фактори і умови реалізації досягнень науково-технічного потенціалу у слідчій практиці / І. О. Ієрусалимов // Теоретичні та практичні проблеми використання можливостей криміналістики і судової експертизи у розкритті й розслідуванні злочинів. – К. : Українська академія внутрішніх справ, 1996.
6. Погорецький М. А. Негласні слідчі (розшукові) дії : проблеми провадження та використання результатів у доказуванні / М. А. Погорецький // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1 (5).
7. Колесник В. А. Суб'єкти здійснення та класифікація негласних слідчих (розшукових) дій / В. А. Колесник // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1 (5).

*Ляш А. О.,
кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри кримінального
права та процесу
Київського національного університету
культури і мистецтв*

СЛІДЧИЙ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ДЕЯКІ ЗАУВАЖЕННЯ ДО ЙОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТАТУСУ

У кримінальному процесі слідчий є посадовою особою, на яку під час досудового розслідування покладено обов'язок збирати, перевіряти, оцінювати відомості, що можуть бути доказами у кримінальному провадженні, та використовувати їх під час прийняття й обґрунтування процесуальних рішень. Він також несе відповідальність за своєчасність здійснення процесуальних дій.

КПК 2012 року передбачив можливість проведення в рамках кримінального провадження не тільки слідчих (розшукових) дій, які є основним процесуальним засобом збирання відомостей, що можуть бути доказами, а й негласних слідчих (розшукових) дій. Аналіз таких дій, закріплених у гл. 21 (ст.ст. 246-275 КПК) [1], свідчить про те, що вони практично збігаються з оперативно-розшуковими заходами і запозичені із Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [2]. Розробники нового КПК допустили змішування (зроптування) оперативно-розшукових заходів і слідчих дій у кримінальному судочинстві, проти чого застерігали відомі науковці-процесуалісти [3, с. 89]. Таким чином, як зауважує М. Шумило, запропонована модель розслідування включає проведення слідчих дій і оперативно-розшукових заходів, які в новому КПК відповідно називаються слідчими (розшуковими) і негласними слідчими (розшуковими) діями (гл. 20, 21) [4, с. 452].

Незмінним залишився перелік органів, які мають право проводити оперативно-розшукові заходи. Тобто таким правом наділені лише оперативні працівники (оперуновноважені, старші оперуновноважені, заступники начальників, начальники відповідних оперативних підрозділів та ін.) органів, вичерпний перелік яких наведено в ст. 5 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». Отже, органи досудового розслідування, зазначені у ст. 38 КПК, не належать до суб'єктів оперативно-розшукової діяльності. У ст. 5 Закону також закріплено заборону іншим підрозділам названих у цій статті органів, підрозділам інших міністерств, відомств, громадським, приватним організаціям та особам проводити оперативно-розшукові заходи. Оскільки слідчий у переліку органів, які мають право проводити оперативно-розшукові заходи, відсутній, він не має права проводити такі заходи.

Водночас у ч. 6 ст. 246 КПК урегульовано право слідчого, який здійснює досудове розслідування злочину, проводити негласні слідчі (розшукові) дії. На наш погляд, передбачене у ч. 1 ст. 267 КПК право слідчого на таємне

проникнення до житла чи іншого володіння особи, публічно недоступних місць для їх обстеження не може бути реалізовано ним, оскільки це типовий оперативно-розшуковий захід, який може бути проведений винятково оперативним працівником із дотриманням порядку, врегульованого Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» та спеціальними відомчими нормативними актами. В окремих випадках оперативний працівник, який має провести такий захід, як «таємне проникнення», повинен мати спеціальні навички його проведення та вміння застосовувати при цьому необхідні технічні засоби. Законом передбачено, що посадова особа оперативного підрозділу, яка проводить таємне проникнення для обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи, має право використовувати різноманітні технічні засоби, в тому числі засоби фото- та відеофіксації, а носії, на яких зафіксовані з їх допомогою предмети, документи та обстановка, є додатком до відповідного протоколу (ст.ст. 104-105 КПК), що може бути джерелом доказів у кримінальному провадженні.

У процесі проведення таємного проникнення можуть бути виявлені і зафіксовані матеріальні об'єкти, які мають ознаки речових доказів, а також речі (предмети), заборонені в цивільному обігові та зберігання яких є самотійним злочином (вогнепальна зброя, набої до неї, вибухові речовини тощо). Оперативний працівник, який виявив такі об'єкти, є очевидцем злочину і підлягає допиту як свідок у кримінальному провадженні.

Подібні ситуації можуть виникнути, якщо буде проведено візуальне спостереження за особою (ст. 269 КПК), контроль за вчиненням злочину (ст. 271 КПК) та низку інших заходів, під час яких будуть затримані особи, які вчинили дії, що є кримінально караними (купівля-продаж наркотичних засобів, вогнепальної зброї, одержання незаконної винагороди (хабара) тощо).

Якщо такі дії проведе слідчий, він не має права проводити подальше розслідування, оскільки є очевидцем злочину і підлягає допиту як свідок. Ми поділяємо думку науковця Російської Федерації В. Д. Холоденко, що в такому випадку слідчий зв'язаний своєю суб'єктивною думкою, сформованою в результаті безпосереднього сприйняття відповідних обставин, і з цієї причини не може бути повною мірою об'єктивним і беззаперечно неупередженим під час розслідування даних обставин, висунення й обґрунтування обвинувачення. Він не потребує інших (достовірних) доказів і їх достатньої сукупності та налаштований на відстоювання своєї суб'єктивної думки про обставини діяння (злочину), що розслідує [5, с. 15].

У такій ситуації слідчий зобов'язаний заявити самовідвід тому, що є очевидцем кримінального правопорушення і особисто заінтересований у результатах кримінального провадження. Право заявити відвід такому слідчому мають підозрюваний та інші учасники процесу, у яких така ситуація може викликати обґрунтований сумнів у його неупередженості.

На жаль, у новому КПК (п.п. 2-3 ст. 77 КПК), на нашу думку, невдало сформульовано підстави для відводу та/або самовідводу слідчого – коли він брав участь як свідок у кримінальному провадженні. Тобто коли він уже був

залучений як свідок до такого провадження у зв'язку з тим, що йому відомі або можуть бути відомі обставини, які підлягають доказуванню під час кримінального провадження, і був викликаний чи допитаний про ці обставини. Свідком може бути й очевидець кримінального правопорушення.

Вважаємо, що ці норми не повною мірою відповідають ситуаціям, які можуть виникнути під час кримінального провадження, і їх можна тлумачити неоднозначно. Тому пропонуємо в п. 2 ч. 1 ст. 77 КПК словосполучення «*він брав*» замінити на «*він може брати*», а п. 3 цієї статті після слова «*провадження*» доповнити словами «*був очевидцем кримінального правопорушення*».

Слід також звернути увагу на те, що норма закону щодо права слідчого проводити негласні слідчі (розшукові) дії не має прямого відношення до кримінально-процесуальної діяльності, а має безпосередній стосунок до оперативно-розшукових дій, суперечить положенням теорії доказування у кримінальному процесі, зокрема, щодо пізнання слідчим події злочину не особисто, а опосередковано, тобто з інших джерел, передбачених у законі і має бути виключена з КПК [6, с. 271].

Отже, передбачені процесуальним законом негласні слідчі (розшукові) дії (по суті – оперативно-розшукові заходи) мають проводити лише уповноважені оперативні підрозділи відповідних органів за дорученням слідчого (ч. 6 ст. 246 КПК) на підставі ухвали слідчого судді (ч. 2 ст. 246 КПК).

Список використаних джерел

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. // *Голос України*. – 2012. – № 90–91.
2. Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» // *Відомості Верховної Ради України*. – 1992. – № 22. – Ст. 303.
3. Дубинский А. Я. Исполнение процессуальных решений следователя. Правовые и организационные проблемы. – К. : Наукова думка, 1984. – 184 с.
4. Шумило М. Оперативно-розшукові заходи в структурі досудового розслідування в проекті КПК України (проблеми унормування і правозастосування) // *Право України*. – 2012. – № 3-4. – С. 452-462.
5. Холоденко В. Д. На следователя, участвовавшего в проведении оперативно-розыскных мероприятий, нельзя возлагать полномочия по осуществлению предварительного следствия и дознания // *Российский следователь*. – 2005. – № 9. – С. 14-15.
6. Ляш А. О. Використання конфіденційного співробітництва під час проведення досудового розслідування: окремі зауваження // *Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції «Малиновські читання»*, м. Острог, 15-16 листопада 2013 р. – Острог : Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2013. – 366 с.

*Митич С. П.,
слухач 5-го курсу
навчально-наукового інституту
заочного навчання
Національної академії внутрішніх справ*

ОСОБЛИВОСТІ РОЗСЛІДУВАННЯ НЕРОЗКРИТИХ ЗЛОЧИНІВ МИНУЛИХ РОКІВ

За даними офіційного сайту МВС України статистика «Про стан та структуру злочинності в Україні» за 2013 рік, всього по Україні зареєстровано 380809 злочинів, з них було розкрито 241194, а нерозкритими залишилося 137156.

При розслідуванні нерозкритих злочинів минулих років при складанні криміналістичної характеристик виникають певні складності:

- для нерозкритого злочину характерно те, що встановлена подія, виявлені та досліджені матеріальні й інші джерела доказів, але особа, що вчинила злочин, не виявлена;

- значна частина злочинів вчинюється особами, які незнайомі потерпілому (відсутність зв'язку та відносин між потерпілим і стороннім йому злочинцем);

- велика кількість злочинів часто вчинюється особами, які в минулому судимі, є рецидивістами, злочинцями - «гастролерами», а також особами без певних занять, або що не мають певного місця проживання.

Крім названої специфіки, яка властива нерозкритим злочинам минулих років, розслідування їх ускладнюється ще рядом обставин, таких як: складність або неможливість виявлення слідів злочину, перевірки доказів через тривалий час після його вчинення. Тому промахи, допущені раніше внаслідок поверхневих, поспішних або невмілих дій при огляді місця події та при провадженні інших слідчих (розшукових) дій, згодом, після поновлення провадження, як правило, усунути надзвичайно важко.

Проблеми організації розслідування злочинів минулих років полягають, насамперед, у розв'язанні питання про те, кому потрібно доручити нове розслідування нерозкритого злочину: слідчому, що раніше проводив по ньому розслідування та вимушений був зупинити провадження, чи іншому слідчому.

Виявлення промахів і помилок (особливо тактичного плану, що стосуються визначення напрямку розслідування) вимагає «погляду зі сторони». Саме тому рекомендується аналіз матеріалів зупиненого кримінального провадження і подальшу роботу по ній доручати новому слідчому, але при цьому потрібно мати на увазі, що новий слідчий не має в повному обсязі тих безпосередніх даних, які накопичуються в процесі розслідування і не завжди відображаються в матеріалах провадження.

Планування розслідування по зупинених провадженнях залежить від типової слідчої ситуації, яка склалась на даному етапі розслідування та результатів аналітичної діяльності слідчого по зазначеній категорії злочинів.

При плануванні розслідування по нерозкритих злочинах минулих років необхідно використовувати типові методичні рекомендації, але слід враховувати особливості:

Першою особливістю є наявність матеріалів первинного розслідування, зокрема: кримінального провадження; плани первинного розслідування, які включають конспекти і чорнові записи слідчого й оперативних працівників, що брали участь у розслідуванні; письмові вказівки вищестоящих органів МВС і прокуратури, тощо.

Друга особливість планування розслідування по зупинених провадженнях про нерозкриті злочини минулих років полягає у використанні інформації, яка була отримана після зупинення кримінального провадження.

Третя особливість планування розслідування по зупинених провадженнях про нерозкриті злочини минулих років - необхідність використання методів колективного планування.

Підставами для відновлення досудового розслідування згідно ст. 282 КПК України є:

- якщо підстави для зупинення досудового розслідування згідно ч.1 ст.280 КПК України перестали існувати;
- у разі потреби проведення слідчих (розшукових) чи інших процесуальних дій;
- у разі скасування слідчим суддею постанови про зупинення досудового розслідування.

Для більш швидкого та ефективного продовження проведення відновленого після зупинення досудового розслідування доцільним є проведення таких слідчих(розшукових) дій:

- повторний огляд місця події;
- допит свідка та потерпілого;
- пред'явлення особи та речей для впізнання;
- слідчий експеримент;
- призначення експертиз;
- обшук;

Найбільш ефективним для доказової бази досудового розслідування після повідомлення особі про підозру, у вчиненні кримінального правопорушення є **слідчий експеримент**. Проводячи дану слідчу (розшукову) дію ми можемо відтворити обстановку та обставини певної події, провести необхідні дослідження та випробування.

Проаналізувавши слідчу практику можна прийти до висновку, що під час проведення слідчого експерименту на місці події після декількох місяців або навіть років від моменту скоєння правопорушення можливо відшукати сліди, або інші речові докази на місці події, які можуть мати вирішальне значення для провадження. А тому слідчий під час проведення повинен обов'язково

запропонувати підозрюваному самотійно вказати напрямок руху і шлях проходження на місці. Іншим учасникам слідчої (розшукової) дії не можна втручатися у розповідь особи, не допускати підказки у виборі напрямку руху, щоб виключити будь-які сумніви в достовірності проведення слідчої (розшукової) дії. Слідчий вправі дати змогу особі, супроводжувати проведення слідчої (розшукової) демонстрацією якихось дій, навичок, вказати місця знаходження схованок, слідів, окремих прикмет або позначок, які сприяють орієнтації, тощо. Але під час проведення слідчого експерименту слідчий не повинен виключати те, що підозрюваний може своїми діями вводити слідство в оману. А тому перебуваючи безпосередньо на місці вчинення правопорушення слідчий повинен перевіряти не лише ті місця на які вказує підозрюваний, адже можливо огляд місця події проводився не якісно і ретельно перевіривши вдасться знайти нові речові докази.

Важливою умовою провадження слідчого експерименту є його проведення в умовах, максимально наближених до тих, у яких у минулому відбулася дія або подія, можливість існування якої перевіряється. Тому, перш ніж проводити вищевказану слідчу (розшукову) дію, слідчий по можливості повинен відтворити, якщо це можливо, обстановку, в якій вчинялося правопорушення. Адже це також може допомогти відшукати нові сліди.

Слідчий, врахувавши всі вищевказані особливості проведення даної слідчої (розшукової) дії може досягти певних результатів, що значно прискорить термін проведення досудового розслідування.

*Моргун Н. С.,
викладач кафедри досудового розслідування
навчально-наукового інституту
підготовки фахівців для підрозділів
слідства та кримінальної міліції
Національної академії внутрішніх справ*

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НЕДОТОРКАНОСТІ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ПРИ ТИМЧАСОВОМУ ВИЛУЧЕННІ МАЙНА ЗА ЧИННИМ КПК УКРАЇНИ

У ч.ч. 1 і 4 ст. 41 Конституції України закріплено право кожної людини володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, а також заборону протиправного позбавлення права власності.

Принцип непорушності права власності передбачено також ч.ч. 1 і 2 ст. 321 Цивільного кодексу України, відповідно до яких ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права чи обмежений у його здійсненні. Особа може бути позбавлена права власності або обмежена у його здійсненні лише у випадках і в порядку, встановлених законом. Спираючись на ці норми, стає очевидним, що дія засади недоторканості права власності не є абсолютною,

однак її обмеження можливі лише на підставах та в порядку, передбачених законом.

Одним із механізмів обмеження права власності є відносно новий у кримінальному процесуальному законодавстві України інститут тимчасового вилучення майна. На відміну від інших способів позбавлення або обмеження права власності, застосування тимчасового вилучення майна у низці випадків допускається без судового рішення, що передбачено ч. 2 ст. 16 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК). У зв'язку з цим, можливість порушення засади недоторканності права власності при проведенні саме цього заходу є значно вищою, ніж при проведенні інших заходів, які також потенційно могли б порушити вказану засаду, але необхідність отримання ухвали слідчого судді, на нашу думку, є стримуючим фактором від таких порушень. З огляду на це, дослідження інституту тимчасового вилучення майна за чинним КПК набуває неабиякої актуальності.

Під поняттям тимчасового вилучення майна відповідно до ч. 1 ст. 167 КПК слід розуміти фактичне позбавлення підозрюваного або осіб, у володінні яких перебуває зазначене у ч. 2 цієї статті майно, можливості володіти, користуватися та розпоряджатися певним майном до вирішення питання про арешт майна або його повернення. До такого майна згідно з ч. 2 цієї статті належить майно у вигляді речей, документів, грошей тощо, щодо яких є достатні підстави вважати, що вони:

1) підшукані, виготовлені, пристосовані чи використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення та (або) зберегли на собі його сліди;

2) призначалися (використовувалися) для схилення особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення або винагороди за його вчинення;

3) є предметом кримінального правопорушення, у тому числі пов'язаного з їх незаконним обігом;

4) одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від них, а також майно, в яке їх було повністю або частково перетворено.

У ч. 1 ст. 168 КПК зазначається, що кожен, хто не є уповноваженою службовою особою (особою, якій законом надано право здійснювати затримання) та законно затримав особу при вчиненні або замаху на вчинення кримінального правопорушення або безпосередньо після вчинення кримінального правопорушення чи під час безперервного переслідування особи, яка підозрюється у його вчиненні, має право на тимчасове вилучення майна. Така особа зобов'язана одночасно із доставленням затриманої особи до слідчого, прокурора, іншої уповноваженої службової особи передати їй тимчасово вилучене майно. Факт передання тимчасово вилученого майна засвідчується протоколом. При цьому постає питання, у якому ж порядку особі, яка здійснює таке затримання, слід проводити тимчасове вилучення майна, щоб убезпечити себе від ймовірних звинувачень затриманої особи, наприклад, у

тому, що на таке майно насправді посягала особа, яка його затримала. Ймовірно, можна порекомендувати цій особі, яка здійснює затримання, якщо існує така можливість, проводити тимчасове вилучення майна в присутності очевидців, які в разі необхідності зможуть підтвердити, яким чином відбувалось затримання та тимчасове вилучення майна у затриманої особи.

Крім того, залишається відкритим питання про те, як особі, яка проводить затримання, вилучити майно, щоб у ході вилучення не знищити фактичні дані, які потенційно може нести в собі чи на собі вилучене майно (наприклад, не стерти відбитки пальців затриманої особи з предмету кримінального правопорушення, можливо навіть залишивши замість них свої). На нашу думку, у випадках, якщо при затриманні не існує безпосередньої загрози життю чи здоров'ю людини, яку несе в собі, наприклад, знаряддя вчинення кримінального правопорушення, особі, яка здійснила затримання, більш доцільно було б негайно повідомити уповноважену службову особу про затримання та місцезнаходження затриманої особи та майна, яке потрібно вилучити, і чекати на прибуття уповноваженої особи, не намагаючись самотійно доставити затриману особу до уповноваженої особи і вилучати таке майно. Цей варіант поведінки вбачається зі змісту ч. 3 ст. 207 КПК, згідно з якою кожен, хто не є уповноваженою службовою особою (особою, якій законом надано право здійснювати затримання) і затримав відповідну особу в порядку, передбаченому ч. 2 цієї статті, зобов'язаний негайно доставити її до уповноваженої службової особи або негайно повідомити уповноважену службову особу про затримання та місцезнаходження особи, яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення.

При цьому, незважаючи на те, що вказані рекомендації не претендують на однозначне вирішення всіх зазначених нами питань, запропонована модель поведінки, на нашу думку, принаймні сприятиме мінімізації негативних наслідків неврегульованості порядку тимчасового вилучення майна під час затримання особи, проведеного особою, яка не має на це службових повноважень.

Відповідно до ч. 1 ст. 168 та ч. 1 ст. 208 КПК тимчасово вилучити майно може також уповноважена службова особа, яка законно без ухвали слідчого судді затримала особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який передбачено покарання у виді позбавлення волі, лише у випадках:

1) якщо цю особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення;

2) якщо безпосередньо після вчинення злочину очевидець, у тому числі потерпілий, або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа щойно вчинила злочин.

Згідно з ч. 2 ст. 168 КПК тимчасове вилучення майна може здійснюватися також під час обшуку, огляду.

Зі змісту цих норм не можна зробити однозначний висновок про те, чи вичерпується коло процесуальних дій, під час яких можна здійснювати тимчасове вилучення майна затриманням, обшуком та оглядом, чи цей перелік

не є вичерпним. Вважаємо, якщо виходити з формулювання ст. 168 КПК, то слід застосувати звужене (обмежувальне) тлумачення, враховуючи існування конституційного принципу, згідно з яким органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією України та законами України. З огляду на це, якщо законом прямо не передбачено право слідчого, прокурора, іншої уповноваженої службової особи здійснювати тимчасове вилучення майна під час проведення будь-яких процесуальних дій (а не лише затримання, обшуку та огляду), то ці особи навряд чи можуть скористатись таким правом при проведенні інших слідчих (розшукових) дій. У будь-якому випадку, на нашу думку, доцільним було б уточнити зміст ст. 168 КПК щодо кола процесуальних дій, під час яких може проводитись тимчасове вилучення майна, зважаючи на високий потенційний ризик порушення засади недоторканності права власності, що супроводжує проведення такого вилучення.

Відповідно до ч. 3 ст. 168 КПК слідчий, прокурор, інша уповноважена службова особа під час затримання або обшуку і тимчасового вилучення майна або негайно після їх здійснення зобов'язана скласти відповідний протокол. У цьому аспекті залишилося не зовсім зрозумілим, чому в цій нормі не передбачено обов'язку скласти такий протокол при проведенні огляду і тимчасовому вилученні майна. Виходячи з логіки ч. 1 ст. 168 та ч. 2 ст. 168 КПК, на нашу думку, ч. 3 ст. 168 КПК мала б передбачати такий обов'язок і для випадків вилучення майна при здійсненні огляду. Крім того, на нашу думку, формулювання ч. 3 ст. 168 КПК потребує уточнення, оскільки термін «відповідний протокол» припускає його двозначне тлумачення. Так, можливо, законодавець при запровадженні цієї норми під «відповідним протоколом» мав на увазі протокол тієї процесуальної дії, при проведенні якої було здійснено тимчасове вилучення майна (наприклад, протоколу огляду, обшуку) або ж окремий протокол про тимчасове вилучення майна.

Зі змісту передбачених ч. 1 ст. 167 КПК ознак, яким повинно відповідати майно, тимчасове вилучення якого можна здійснити, вбачається їх тісний зв'язок із ознаками речового доказу. Речовими доказами згідно з ч. 1 ст. 98 КПК є матеріальні об'єкти, які були знаряддям вчинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди або містять інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, в тому числі предмети, що були об'єктом кримінально протиправних дій, гроші, цінності та інші речі, набуті кримінально протиправним шляхом.

У зв'язку з цим виникає питання, яким чином слід оформити вилучення певного майна під час обшуку, яке за своїми фактичними ознаками підпадає під ознаки і речового доказу, і тимчасового вилученого майна. Щоб вирішити це питання, слід звернутися до ч. 7 ст. 236 КПК, відповідно до якої під час обшуку слідчий, прокурор має право оглядати і вилучати речі й документи, які мають значення для кримінального провадження. Предмети, вилучені законом з обігу, підлягають вилученню незалежно від їх відношення до кримінального

провадження. Вилучені речі та документи, які не входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку, та не належать до предметів, вилучених законом з обігу, вважаються тимчасово вилученим майном. Зі змісту цієї норми вбачається, що вилучені під час проведення обшуку об'єкти мають одне з трьох значень: 1) речі та документи, що входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на їх відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку; 2) предмети, вилучені законом з обігу; 3) речі та документи, що не входять до цього переліку, тобто тимчасово вилучене майно, що вважається таким відповідно до ч. 1 ст. 167 КПК до вирішення питання про його арешт або повернення.

На підставі аналізу цих норм при розгляді скарг на бездіяльність слідчих щодо неповернення тимчасово вилученого майна, суди у практичній діяльності досить часто приходять до висновку про те, що визнати речовими доказами можна лише вилучені речі та документи, які входили до переліку, щодо якого судом прямо надано дозвіл на їх відшукання, а також арештоване майно відповідно до правил ст. 98 КПК. При цьому визнання речовими доказами тимчасово вилученого майна без накладення на нього судом арешту відповідно до правил ч. 5 ст. 171 КПК наразі чинним КПК не передбачено [1; 2].

Таким чином, вирішення питання про те, чи є майно, вилучене уповноваженою службовою особою органу досудового розслідування під час проведення обшуку, тимчасово вилученим, залежить від того, чи надавався дозвіл на вилучення майна слідчим суддею, судом.

З огляду на викладене, можна зробити висновок про те, що підстави та порядок проведення тимчасового вилучення майна у чинному КПК врегульовані досить суперечливо. У зв'язку з нечіткою регламентацією дій органів, що ведуть кримінальне провадження, при здійсненні тимчасового вилучення майна зростає ризик незаконного обмеження можливостей володільців такого майна користуватись, володіти та розпоряджатись ним, а, отже, виникає підвищена небезпека порушення засади недоторканності права власності. За таких умов, питання уточнення й деталізації змісту норм КПК, присвячених тимчасовому вилученню майна, потребує свого невідкладного подальшого дослідження та висловлення пропозицій щодо їх вирішення.

Список використаних джерел

1. Ухвала Святошинського районного суду м. Києва від 25 січня 2013 р. у провадженні № 1-кк/759/26/13. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу :

<http://pravoscope.com/act-uxvala-sudu-759-537-13-k-chala-a-p-25-01-2013-ne-viznacheno-s>.

2. Ухвала Ковпаківського райсуду м. Суми від 18 липня 2013 р. у провадженні № 1-кк/592/1617/13. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу :

<http://pravoscope.com/act-uxvala-sudu-592-7480-13-k-alforov-a-m-18-07-2013-ne-viznacheno-s>.

ОТРИМАННЯ МАТЕРІАЛІВ ФОТОЗЙОМКИ, ЗВУКОЗАПISУ, ВІДЕОЗАПISУ ТА ІНШИХ НОСІЇВ ІНФОРМАЦІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Із прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) суттєво було змінено процесуальний порядок збирання доказів у кримінальному провадженні.

У ч. 2 ст. 84 КПК України визначається, що процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів.

Звернемо увагу на розгляд такого джерела, як документи, а саме одного з його видів – матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації (у тому числі електронні).

Аналізуючи норми чинного КПК України у розрізі цього питання, вважаємо за необхідне зазначити, що отримання матеріалів фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інших носіїв інформації належить стороні обвинувачення, стороні захисту, потерпілому, з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження.

Так, зі змісту ст. 93 КПК України вбачається, що сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених КПК України.

Сторона захисту, потерпілий здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок, ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, здатних забезпечити подання до суду належних і допустимих доказів.

Ініціювання стороною захисту, потерпілим проведення слідчих (розшукових) дій здійснюється шляхом подання слідчому, прокуророві відповідних клопотань. Постанова слідчого, прокурора про відмову в задоволенні клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій може бути оскаржена слідчому судді [1].

Виходячи з викладеного, є необхідним виокремити основні процесуальні дії, спрямовані на отримання матеріалів фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інших носіїв інформації:

1) шляхом застосування заходу забезпечення кримінального провадження – тимчасового доступу до речей та документів;

2) шляхом проведення слідчих (розшукових) дій – у даному випадку – проведення обшуку;

3) шляхом проведення негласних слідчих (розшукових) дій – відповідно до ч. 1 ст. 256 КПК України протоколи щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій, аудіо або відеозаписи, фотознімки, інші результати, здобуті за допомогою застосування технічних засобів. Вилучені під час їх проведення речі і документи або їх копії можуть використовуватися в доказуванні на тих самих підставах, що і результати проведення інших слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування.

Кожна із зазначених дій є складною за процесуальним порядком її проведення і заслуговує на увагу науковців та законодавців з огляду на необхідність удосконалення норм чинного законодавства. Доповнення, які можуть бути внесені у результаті вивчення узагальнень судової практики [2], міжнародного досвіду, мають суттєво вплинути на процесуальну форму, порядок проведення процесуальних дій у кримінальному провадженні, насамперед під час збору, перевірки та оцінці доказів у кримінальному провадженні.

Список використаних джерел

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х. : Право, 2012. – Т. 1. – 768 с., Т. 2. – 664 с.

2. Узагальнення судової практики розгляду слідчими суддями клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження відповідно до розділу II Кримінального процесуального кодексу, який набрав законної сили з 20 листопада 2012 р. // <http://ksa.court.gov.ua/>.

Расчотнов Є. В.,

*ад'юнкта кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

ЩОДО ПОНЯТТЯ «ТЯЖКА ХВОРОБА» ЯК ПІДСТАВИ ЗУПИНЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Зупинення досудового розслідування у кримінальному провадженні здійснюється відповідно до підстав, зазначених у п.п. 1-3 ч. 1 ст. 280 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК 2012 р.). У п. 1 ч. 1 цієї статті вказується, що досудове розслідування може бути зупинено у разі, якщо підозрюваний захворів на тяжку хворобу, яка перешкоджає його участі у кримінальному провадженні, за умови підтвердження цього відповідним медичним висновком.

Зі змісту даної норми можна констатувати, що у КПК визначаються принаймні дві умови безпосередньо щодо хвороби, за яких вона може бути підставою для прийняття рішення про зупинення провадження, а саме: хвороба повинна бути тяжкою, а також перешкоджати участі підозрюваного у кримінальному провадженні. Водночас, виділяючи такі умови, законодавець не надає роз'яснення, що є більш значущим при вирішенні питання про зупинення кримінального провадження за цією підставою – тяжкість хвороби або все ж таки неможливість брати участь у кримінальному провадженні. Крім того, сам термін «*тяжка хвороба*» викликав низку запитань щодо його змісту, обсягу, правильності розуміння.

Розглядаючи більш докладно ці питання, потрібно насамперед зазначити, що незважаючи на прийняття у 2012 р. чинного КПК, саме поняття «*тяжка хвороба*» або «*тяжке захворювання*» не було новим для радянського кримінального процесуального законодавства. Зауважимо, що досліджуване поняття не використовувалося у нормативно-правових актах, які регламентували досудове розслідування на території нашої держави у Статуті кримінального судочинства 1864 р., Інструкціях для народних слідчих 1919 та 1921 р.р., КПК УРСР 1922 р. та 1927 р. За цими законодавчими актами зупинення досудового розслідування було можливим лише у випадку психічного захворювання обвинуваченого. Але вперше у п. 2 частини першої ст. 206 нині нечинного КПК УРСР 1960 р. зазначалося, що досудове слідство в кримінальній справі зупиняється у випадку, коли психічне або інше тяжке захворювання обвинуваченого перешкоджає закінченню провадження у справі. Однак у новому КПК 2012 р. законодавець відмовився від диференціації хвороби на психічну та іншу тяжку, ймовірно вважаючи, що психічне захворювання одночасно є і тяжким. Але з цього питання постає інше – чи кожне психічне захворювання є одночасно тяжким?

По-друге, звертає на себе увагу те, що, використовуючи термін «*тяжка хвороба*», законодавець не надає переліку захворювань, які могли б підпадати під таку категорію хвороб. Більше того, ні у КПК 2012 р., ні у спеціалізованій юридичній та медичній літературі цей термін не визначається. Лише з урахуванням практичного досвіду досудового розслідування злочинів припустимо вважати, що тяжким є таке захворювання, за якого стан здоров'я підозрюваного перешкоджає можливості його участі у кримінальному провадженні. Але у зв'язку з цим знову виникає низка запитань, зокрема: що таке взагалі тяжка хвороба, чому немає у законі визначення цього поняття, за якими критеріями хворобу можна оцінити як тяжку, хто і на яких підставах повинен це здійснити, яким документом підтвердити, чи завжди тяжка хвороба може перешкоджати підозрюваному брати участь у процесуальних діях?

Чіткі й однозначні відповіді на поставлені запитання, на жаль, відсутні. Так, наприклад, визначення хвороби тяжкою може здійснюватися на підставі Переліку захворювань, які є підставою для подання в суди матеріалів про звільнення засуджених від подальшого відбування покарання, встановленого наказом Державного департаменту України з питань виконання покарань та

Міністерства охорони здоров'я України від 18 січня 2000 р. № 3/6. Ознайомлення з цим документом засвідчує, що до цього переліку включено різні форми туберкульозу, психічні розлади, хвороби ендокринної та нервової системи, органів чуття, органів травлення, нирок, кістково-м'язової системи тощо. Однак у даному випадку теж постає питання, чи може цей Перелік бути взятий за основу визначення хвороби тяжкою, що безпосередньо слугує підставою для зупинення досудового розслідування. Адже для прийняття такого процесуального рішення іншою умовою є перешкода участі підозрюваного у кримінальному провадженні, а у зазначеному Переліку – неспроможність відбувати покарання.

Спроби пояснити значення поняття «тяжка хвороба» мають місце у науково-практичному коментарі до п. 3 ч. 1 ст. 41 Сімейного кодексу України. Відповідно до цієї норми вказаного Кодексу, шлюб може бути визнаний недійсним за рішенням суду, якщо він був зареєстрований з особою, яка приховала свою тяжку хворобу або хворобу, небезпечну для другого з подружжя і (або) їхніх нащадків. Законодавець у даному випадку зазначає, що поняття «тяжка хвороба» є оціночним. У кожному конкретному випадку з урахуванням віку того з подружжя, який є хворим, його соціального стану, професії суд може визнати ту чи іншу хворобу «тяжкою», оскільки особа віком 50-60 років не може мати стан здоров'я 20-річної. Але при цьому виникає питання, чому визнавати хворобу тяжкою повинен суддя, який розглядає справу, а не відповідний лікар, який, поза сумнівом, має більше спеціальних знань у галузі медицини?

По-третє, у спеціальній медичній літературі такого поняття, як «тяжка хвороба» не існує, а визначене поняття «важкий стан хворого або пацієнта», який установлюється відповідно до обсягу оперативного втручання, кількості й складності методів дослідження та лікування тощо. На нашу думку, поняття «тяжка хвороба» і «важкий стан хворого або пацієнта» не є тотожними поняттями. Адже у першому випадку – це певна класифікація хвороб, а у другому – це безпосередня констатація стану протікання хвороби у конкретний період часу.

Необхідно зазначити також, що суд як відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 202 Цивільного процесуального кодексу України, так і відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 156 Кодексу адміністративного судочинства України, має право зупинити судові провадження у разі захворювання особи, яка бере участь у справі, підтвердженого медичною довідкою, що перешкоджає прибуттю цієї особи до суду. Дані положення вказаних Кодексів України не поділяють хвороби на тяжкі або нетяжкі, а головною умовою зупинення провадження є фізична неможливість з'явитися одній зі сторін провадження до суду, враховуючи її хворобу.

Враховуючи викладене, констатуємо, що визначення терміна «тяжка хвороба» не надається як у спеціальній юридичній, так і у медичній літературі. Крім того, не існує чітких загальновизначених критеріїв оцінки тієї чи іншої хвороби для визнання її тяжкою. Вважаємо, що поняття «тяжка хвороба»

залишається не визначеним і потребує свого роз'яснення з метою однакового тлумачення у практичній діяльності, коли виникає питання щодо необхідності зупинення досудового розслідування відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 280 КПК 2012 р.

*Симчук А. С.,
старший викладач кафедри
досудового розслідування
навчально-наукового інституту
підготовки фахівців для підрозділів
слідства та кримінальної міліції
Національної академії внутрішніх справ*

ОКРЕМІ ПИТАННЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОЧАТКУ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Скасувавши стадію порушення кримінальної справи (гл. 8 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 р. (далі – КПК 1960 р.) у нормах чинного Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), законодавець у системі загальних положень досудового розслідування створив процесуальний інститут, що регламентує правові відносини щодо початку досудового розслідування. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 214 КПК 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'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР) та розпочати розслідування.

Розмірковуючи про початок досудового розслідування за новим КПК, вчені вказують на низку проблемних аспектів правозастосування, зокрема щодо: поняття «особа, яка прийняла заяву про вчинення кримінального правопорушення»; можливості проведення процесуальних дій, крім огляду місця події, до внесення відомостей до ЄРДР; поняття «невідкладність» внесення відомостей до ЄРДР; співвідношення понять «внесення відомостей до ЄРДР» та «реєстрація заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення»; процесуальних наслідків відмови у прийнятті та реєстрації заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення; особливостей початку кримінального провадження у випадку виявлення ознак кримінального правопорушення на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України тощо [4, с. 43-50; 5, с. 33-43].

Водночас ч. 1 ст. 214 КПК щодо початку досудового розслідування, поряд з нібито зрозумілими джерелами відомостей, до яких належать заява та повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення, законодавцем вжите формулювання «з будь-якого джерела», яке може неоднозначно тлумачитися у кримінальній процесуальній діяльності. Зокрема, у п. 1.2 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 р. № 1050 (далі Інструкція), де по-іншому визначені джерела інформації про вчинення кримінальних правопорушень та інших подій, що надходить до органу внутрішніх справ, уповноваженого розпочати досудове розслідування. До таких джерел належать: повідомлення будь-яких осіб та самостійно виявлені слідчим або іншою службовою особою органів внутрішніх справ з будь-якого джерела обставини кримінальних правопорушень; повідомлення будь-яких осіб, які затримали підозрювану особу на місці вчинення кримінального правопорушення; повідомлення про вчинення кримінального правопорушення, опубліковані в засобах масової інформації; інформація, що надійшла засобами телефонного зв'язку, телеграфом або іншими засобами зв'язку про вчинення кримінального правопорушення; повідомлення працівників медичних установ про звернення за медичною допомогою осіб з тілесними ушкодженнями, отриманими внаслідок учинення стосовно них кримінальних правопорушень; інформація про вчинення кримінального правопорушення, яка виявлена з іншого джерела [3]. Ураховуючи, що до органів досудового розслідування відповідно до ч. 1 ст. 38 КПК належать не лише органи внутрішніх справ, а й підрозділи інших відомств України, не виключено друге тлумачення в інструкціях цих відомств поняття «джерела інформації про вчинення кримінальних правопорушень». Принагідно зазначимо, що у ч. 1 ст. 94 нині нечинного КПК 1960 р. надавався вичерпний перелік таких джерел інформації, що називалися «приводи до порушення кримінальної справи».

У кримінально-процесуальній літературі тривають наукові дискусії щодо доцільності чіткої визначеності у нормах КПК процесуальної форми заяви або повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення. З цього приводу одні вчені вважають таку ситуацію прогалиною кримінального процесуального законодавства, інші ж указують на те, що визначена письмова форма заяви або повідомлення про злочин дозволить правоохоронним органам не приймати і не реєструвати таку заяву за формальними ознаками, зокрема у випадках відсутності обов'язкових, передбачених у КПК реквізитів, що у свою чергу суттєво обмежує право особи на звернення. Враховуючи вимоги ст. 103 КПК про те, що процесуальні дії під час кримінального провадження, і, зокрема, слідчим на початку кримінального провадження, можуть фіксуватися у протоколі на носії інформації, на якому за допомогою технічних засобів зафіксовані процесуальні дії, можливо, законодавець мав на увазі необхідність занесення усної заяви або повідомлення до відповідного протоколу (зразок бланка такого протоколу визначено у додатку 3 Інструкції). Водночас у п. 2.5 Інструкції додатково звертається увага на те, що заяви чи повідомлення фізичних або юридичних осіб про вчинення кримінального правопорушення та інші події можуть бути усними або письмовими. Усні заяви заносяться до протоколу усної заяви (повідомлення) про кримінальні правопорушення, який

підписують заявник та посадова особа, яка прийняла заяву. Таке формулювання фактично повторює зміст положення ст. 95 КПК 1960 р.

Низкою вчених звертається увага на те, що існування у минулому стадії порушення кримінальної справи у кримінальному процесі України сприяло констатації правоохоронними органами у відповідній постанові того, що злочин дійсно мав місце, оскільки це дозволяло розпочинати юридичну процедуру, потрібну для даного випадку, тобто здійснювати кримінальне провадження після відповідної перевірки [5, с. 33]. Наразі у законодавчих актах України такий механізм відсутній. Проте на відомчому рівні встановлюється своєрідний процесуальний фільтр, який певною мірою дозволяє уникнути обов'язковості реєстрації у ЄРДР усіх без винятку звернень, які, за твердженням заявників, стосуються сфери кримінальних процесуальних правовідносин. Зокрема, відповідно до вимог Інструкції, заяви, повідомлення, що надійшли до органу внутрішніх справ, а також інші матеріали, у яких відсутні відомості, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, або вимоги заявника (потерпілого) про необхідність реєстрації кримінального правопорушення, після реєстрації в єдиному обліку доповідаються оперативним черговим начальникові органу внутрішніх справ або особі, яка виконує його обов'язки, для розгляду та прийняття рішення згідно із Законом України «Про звернення громадян» або Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Водночас, відомче нормативно-правове регулювання частково застосовано і до строків початку кримінального провадження. Зокрема, у п. 3.8 Інструкції визначено, що датою подання заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення до органів внутрішніх справ вважається дата реєстрації такої заяви чи повідомлення у Журналі єдиного обліку органу внутрішніх справ, слідчим якого буде здійснюватися досудове розслідування. Відповідно до вимог ч. 2 ст. 55 КПК права і обов'язки потерпілого виникають в особі саме з моменту подання заяви про вчинення щодо неї кримінального правопорушення або заяви про залучення її до провадження як потерпілого. До того ж потерпілому має бути вручена пам'ятка про процесуальні права та обов'язки особою, яка прийняла заяву про вчинення кримінального правопорушення. Щодо заявника ситуація є дещо відмінною, оскільки у ч. 1 ст. 60 КПК про вручення пам'ятки про процесуальні права та обов'язки не йдеться. На жаль, у ст. 214 КПК немає також обов'язкової вказівки на необхідність при прийнятті заяви або повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення попередити заявника про встановлену ст. 383 Кримінального кодексу України відповідальність за завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину.

Враховуючи викладене, складається ситуація, коли не досить чітке формулювання окремих, досить важливих правових положень законодавства України обумовлює необхідність їх усунення за допомогою відомчого нормативно-правового регулювання, дегалізації у відповідних наказах, інструкціях, положеннях, вказівках тощо. У сфері кримінально-процесуальних правовідносин така ситуація, на наш погляд, не може бути повністю

прийнятною, у зв'язку з чим положення КПК України щодо початку досудового розслідування потребують суттєвого корегування, враховуючи специфіку, зміст та форми реалізації кримінально-процесуальних правовідносин.

Список використаних джерел

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України»: чинне законодавство з 19 листопада 2012 р. : (Офіц. текст). – К. : ПАЛИВОДА А. В., 2012. – 382 с. – (Кодекси України).

2. Кримінально-процесуальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та доповненнями станом на 8 вересня 2011 р. : (Офіц. текст). – К. : ПАЛИВОДА А. В., 2011. – 264 с. – (Кодекси України).

3. Інструкція про порядок ведення єдиного обліку в органах і підрозділах внутрішніх справ України заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події : Затверджена наказом МВС України № 1050 від 19 листопада 2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.mvs.gov.ua/mvs/>.

4. Берназ В., Неледва Н. Регламентация початку досудового розслідування як основа кримінально-процесуального провадження / В. Берназ, Н. Неледва // Новели Кримінального процесуального кодексу України 2012 року. – Ч. 2 : Збірник статей. – К. : Істина, 2012. – С. 43-50.

5. Лобойко Л. М. Початок досудового розслідування за новим КПК / Л. М. Лобойко // Новели Кримінального процесуального кодексу України 2012 року : Збірник статей. – К. : Істина, 2012. – С. 33-43.

Титов А. М.,
кандидат юридичних наук, доцент,
заступник завідувача кафедри
державно-правових та
кримінально-правових дисциплін
Донецького університету
економіки та права

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ ПРИВОДУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Привід є одним із заходів забезпечення кримінального провадження, сутність якого полягає у примусовому супроводженні підозрюваного, обвинуваченого, свідка, який раніше був викликаний у встановленому законом порядку і не з'явився за викликом без поважної причини або не повідомив про

причину свого неприбуття, що здійснюється особою, яка виконує ухвалу про привід, до місця її виклику в зазначений в ухвалі час [1, с. 384].

Привід пов'язаний із обмеженням невід'ємного права кожної особи на свободу та особисту недоторканність, передбаченого ст. 29 Конституції України [2], тому рішення про його застосування належить до виключної компетенції суду: на досудовому провадженні його приймає слідчий суддя за клопотанням слідчого, прокурора або з власної ініціативи, а в судовому провадженні – суд за клопотанням сторони кримінального провадження, потерпілого або з власної ініціативи [1, с. 384-385]. Такі зміни в регулюванні порядку здійснення приводу порівняно з КПК України 1960 р. слід лише вітати.

Водночас, виконавця ухвали про здійснення приводу визначає слідчий суддя чи суд, який постановляє цю ухвалу. Згідно з ч. 1 ст. 143 КПК України виконання ухвали про здійснення приводу може бути доручене відповідним підрозділам органів внутрішніх справ, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства або органів державного бюро розслідувань [3]. Принагідно відзначимо, що до цього переліку потрапили не всі оперативні підрозділи, зазначені в ст. 41 КПК України. Практичний досвід підказує нам, що у випадках, коли оперативний супровід кримінального провадження здійснюється оперативними підрозділами органів, що здійснюють контроль за додержанням митного законодавства, органів Державної пенітенціарної служби України, органів Державної прикордонної служби України, привід буде доручено відповідним підрозділам органів внутрішніх справ. Закон не містить обов'язку повідомлення особі, що подала клопотання про здійснення приводу, про виконавця відповідної ухвали. Якщо клопотання подав слідчий чи прокурор, вони мають змогу дізнатися про виконавця (хоча знов-таки, практиці відомі випадки конфліктів між органами досудового слідства та оперативними підрозділами). Але ж якщо ініціатором здійснення приводу була, наприклад, сторона захисту в судовому засіданні, вона не має повноважень на одержання відповідної інформації, і може бути лише проінформована суддею в судовому засіданні про результати виконання відповідної ухвали. Згідно з ч. 4 ст. 143 КПК України, у разі неможливості здійснення приводу особа, яка виконує ухвалу про здійснення приводу, повертає її до суду з письмовим поясненням причин невиконання [3]. Знову-таки виконавець подає інформацію безпосередньо до суду, оминаючи ініціатора клопотання. Вважаємо, що особа, за клопотанням якої здійснюється привід, повинна мати право знати про виконавця відповідної ухвали і результати її виконання, і це необхідно передбачити в законі.

Як зазначалося, привід є досить серйозним заходом забезпечення кримінального провадження, пов'язаним із обмеженням невід'ємного права кожної особи на свободу та особисту недоторканність. Проте неможливість виконання ухвали про здійснення приводу підозрюваного, обвинуваченого, крім неможливості проведення процесуальних дій з цією особою, жодних правових наслідків не має. Вважаємо це невиправданим, адже ухилення від явки до органів, що здійснюють досудове розслідування, та суду свідчить про

протидію законному вирішенню справи. На нашу думку, неможливість виконання приводу підозрюваного, обвинуваченого є достатньою підставою для оголошення такої особи в розшук і пропонуємо ч. 1 ст. 281 КПК України викласти таким чином: «Якщо під час досудового розслідування місцезнаходження підозрюваного невідоме і ухвалу про здійснення його приводу виконати виявилось неможливим, то слідчий, прокурор оголошує розшук цього підозрюваного».

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. Т. 1 / 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. – 768 с.

2. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

3. Кримінальний процесуальний кодекс України. Прийнятий 13 квітня 2012 р. // Голос України. – 2012. – № 90-91. – 19 травня.

Удовенко Ж. В.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри криміналістичних експертиз
навчально-наукового інституту підготовки фахівців
для експертно-криміналістичних підрозділів
Національна академія внутрішніх справ*

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ОСОБИСТОГО І СІМЕЙНОГО ЖИТТЯ

Розділ II Конституції України присвячений правам та свободам людини і громадянина. Визнання людини, її права і свободи є вищою цінністю. Ці права належать кожному від народження.

Конституція виходить з визнання основних прав і свобод людини невідчужуваними і непорушними (ст.21), та недопустимості їх обмеження. У ній вказується (ч. 3 ст.22), що в Україні при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. У ст. 64 Конституції встановлюється, що права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України.

Закріплені в Конституції України права і свободи можуть бути розділені на три основні групи: особисті, політичні і соціально-економічні.

Особисті права і свободи належать кожній людині. Право на невтручання в особисте і сімейне життя, гарантоване ст.32 Конституції України, означає надану людині і гарантовану державою можливість контролювати інформацію про себе, перешкоджати розголошуванню відомостей особистого, інтимного характеру. Воно забезпечує громадянину можливість знаходитися поза службою, роботою,

суспільним оточенням в стані незалежності від держави і суспільства, а також юридичних гарантій невтручання в реалізацію цього права; виражається в свободі спілкування між людьми в неформальній обстановці, в сферах сімейного життя родинних і дружніх зв'язків, інтимних і інших особистих стосунків, симпатій і антипатій. Образ думок, політичний і соціальний світогляд, захоплення і творчість також відносяться до проявів особистого і сімейного життя.

Предметом особистої і сімейної таємниці є біографічні відомості; дані про стан здоров'я, про вчинені правопорушення, філософські, релігійні, політичні погляди і переконання, майнове положення, професійні заняття, про стосунки в сім'ї тощо. До особистих таємниць відносяться також таємниця спілкування і творчості, таємниця інтимних взаємин, таємниця житла, щоденників, особистих паперів. Кожна особа сама визначає межі такої таємниці.

Відомості про вчинені особою правопорушення або інша інформація, що має значення для вирішення питання про відповідальність, не підлягають охороні як особиста або сімейна таємниця. Проте при цьому ні особа, яка володіє таємницею, ні її близькі родичі не можуть бути примушені до її розкриття, а необхідні для правосуддя відомості повинні бути з'ясовані шляхом використання процесуальних можливостей.

Причини, що примушують людину тримати в таємниці певні відомості індивідуального буття, кореняться в соціально-психологічній сфері. Перш за все - це відчуття сорому, людина прагне зберегти від сторонніх якісь сторони свого життя. Ще існують в свідомості людей етичні постулати відносно приховування певних сторін індивідуального буття, що мають і прагматичну сторону: їх розголошення може завдати реального збитку людині, поставити під сумнів її репутацію.

Особисті документи - листи (офіційні і приватні), щоденники, записники, календарі з позначками, зошити і окремі листи паперу із записами, замітками, що належать конкретній особі. Особисті документи відображають приватне життя людини, її думки, надії, відношення до інших людей, факти з її життя, розповідження яких дана особа не бажає.

Невтручання в особисте і сімейне життя означає заборону для держави, її органів і посадових осіб втручатися в особисте життя громадян, право останніх на свої особисті і сімейні таємниці, наявність правових механізмів і гарантій захисту своєї честі і гідності від всіх посягань на вказані соціальні блага.

Як юридична категорія право на невтручання в особисте і сімейне життя забезпечує громадянинові можливість знаходитися поза службою, поза виробничою обстановкою в стані незалежності від держави і суспільства, а також юридичних гарантій невтручання в реалізацію цього права. Невтручання в особисте і сімейне життя - один з елементів правового статусу громадянина.

Особисте і сімейне життя можна визначити як фізичну і духовну сферу, яка контролюється самим індивідом, тобто вільну від зовнішнього втручання. Законодавство не може втручатися в цю сферу, воно покликане захищати її від будь-якого незаконного втручання. Іншими словами, в поняття «особисте і сімейне життя» включається та область життєдіяльності людини, яка відноситься

до окремої особи, стосується лише її і не підлягає контролю з боку суспільства і держави, якщо вона носить не протиправний характер.

Невтручання в особисте і сімейне життя піддається окремим, передбаченим законом обмеженням відносно осіб, які працюють на режимних об'єктах, що мають доступ до державної таємниці, неповнолітніх і осіб з психічними відхиленнями; осіб, страждаючих тяжкими інфекційними захворюваннями; осіб, що тримаються під вартою, що відбувають покарання в місцях позбавлення волі або знаходяться після звільнення під адміністративним наглядом.

Все вищевикладене дозволяє прийти до висновку, що таємниця приватного життя складається з безлічі структурних елементів (свобода і особиста недоторканість, особиста і сімейна таємниця, конфіденційна інформація про особисті дані і т.д.) і відноситься до об'єктів охорони кримінального процесуального законодавства.

*Хахуцяк О. Ю.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри досудового розслідування
навчально-наукового інституту підготовки
фахівців для підрозділів слідства
та кримінальної міліції
Національної академії внутрішніх справ*

СПЕЦІАЛЬНО УПОВНОВАЖЕНІ СУБ'ЄКТИ У ПРОВАДЖЕННЯХ ЩОДО НЕПОВНОЛІТНІХ

У прийнятому в 2012 р. новому Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України) зроблено значний позитивний крок у сфері кримінальної юстиції щодо неповнолітніх. Це зумовило і прийняття низки законодавчих актів щодо діяльності працівників слідства, прокуратури та суду.

Так, уперше за роки незалежності України законодавець вказує, що суб'єкти, які провадять розслідування у кримінальних провадженнях щодо неповнолітніх, мають відповідати певним вимогам, для забезпечення законності, обґрунтованості та ефективності кожного прийнятого рішення щодо дитини, яка потрапила у конфлікт із законом.

Зокрема, у ч. 2 ст. 484 КПК України зазначається, що кримінальне провадження щодо неповнолітньої особи, у тому числі, якщо кримінальне провадження здійснюється щодо декількох осіб, хоча б одна з яких є неповнолітньою, здійснюється слідчим, який спеціально уповноважений керівником органу досудового розслідування на здійснення досудових розслідувань щодо неповнолітніх. Під час кримінального провадження щодо неповнолітнього, у тому числі під час провадження щодо застосування примусових заходів виховного характеру, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд та всі інші особи, що беруть у ньому участь, зобов'язані здійснювати

процесуальні дії у порядку, що найменше порушує звичайний уклад життя неповнолітнього та відповідає його віковим та психологічним особливостям, роз'яснювати суть процесуальних дій, рішень та їх значення, вислуховувати його аргументи при прийнятті процесуальних рішень та вживати всіх інших заходів, спрямованих на уникнення негативного впливу на неповнолітнього [1].

9 серпня 2013 р. прийнято спільний наказ Генерального прокурора України та МВС України № 79/867 «Щодо вдосконалення взаємодії з питань додержання прав та інтересів неповнолітніх у кримінальному провадженні», у якому визначається, що відповідно до вимог ч. 2 ст. 484 КПК України слідчих призначати, як правило, із числа осіб зі стажем слідчої роботи не менше трьох років. Визначення спеціально уповноважених слідчих для здійснення досудового розслідування щодо неповнолітніх проводити шляхом видання наказів, а визначення слідчого (групи слідчих) у конкретному кримінальному провадженні проводити шляхом видання письмового доручення, копії яких долучати до матеріалів кримінальних проваджень [2].

Генеральна прокуратура України першою серед державних органів здійснила системні структурні зміни в організації роботи органів прокуратури у сфері охорони дитинства. У центральному апараті створено Головне управління захисту прав і свобод дітей, до повноважень якого віднесено процесуальне керівництво у кримінальних провадженнях щодо неповнолітніх, забезпечення нагляду за додержанням їх прав при виконанні кримінальних покарань та застосуванні заходів примусу, захист прав дітей у суді, нагляд за додержанням і застосуванням органами влади законів із питань охорони дитинства. Відповідні самостійні підрозділи діють у прокуратурах регіонів. Вибудовано чітку вертикаль прокурорів, уповноважених на виконання зазначених повноважень щодо захисту прав і свобод дітей.

Наказом Генерального прокурора України від 1 листопада 2012 р. № 16гн «Про організацію діяльності органів прокуратури щодо захисту прав і свобод дітей» [3] чітко регламентуються завдання та функції прокурорів, визначаються пріоритети у цій сфері, які базуються на вимогах Конвенції ООН про права дитини та Закону України від 26 квітня 2001 р. «Про охорону дитинства».

У зазначеному наказі Генерального прокурора України також прямо вказується, що безпосереднє виконання обов'язків щодо захисту прав і свобод дітей доручати досвідченим працівникам, які мають стаж роботи в органах прокуратури, як правило, не менше 3 років. У прокуратурах районного рівня, по можливості, на цих прокурорів не покладати виконання обов'язків з інших напрямів прокурорської діяльності.

Установлені КПК України особливості кримінального провадження щодо розгляду стосовно неповнолітньої особи обвинувального акта, клопотань про звільнення від кримінальної відповідальності, застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, їх продовження, зміну чи припинення, а також кримінального провадження в апеляційному чи касаційному порядку щодо перегляду прийнятих із зазначених питань судових рішень є складовими впровадження у кримінальне процесуальне право України ювенальної юстиції.

Коло суддів, уповноважених на здійснення кримінального провадження щодо неповнолітніх, порядок набуття ними таких повноважень і особливості їх правового статусу визначаються згідно із Законом України «Про судоустрій і статус суддів», відповідно до якого у місцевих загальних судах та апеляційних судах областей, м.м. Києва та Севастополя, Апеляційному суді Автономної Республіки Крим діє спеціалізація зі здійснення кримінального провадження щодо неповнолітніх. Судді (суддя), уповноважені здійснювати кримінальне провадження щодо неповнолітніх, обираються з числа суддів відповідного суду зборами суддів цього суду за пропозицією голови суду або за пропозицією будь-якого судді цього суду, якщо пропозиція голови суду не була підтримана, на строк не більше трьох років і можуть бути переобрані повторно. Кількість суддів, уповноважених здійснювати кримінальне провадження щодо неповнолітніх, визначається окремо для кожного суду зборами суддів цього суду. Суддею, уповноваженим здійснювати кримінальне провадження щодо неповнолітніх, може бути обрано суддю із стажем роботи суддею не менше десяти років, досвідом здійснення кримінального провадження в суді і високими морально-діловими та професійними якостями. У разі відсутності в суді суддів з необхідним стажем роботи суддя, уповноважений здійснювати кримінальне провадження щодо неповнолітніх, обирається з числа суддів, які мають найбільший стаж роботи на посаді судді. Судді, уповноважені здійснювати кримінальне провадження щодо неповнолітніх, не звільняються від виконання обов'язків судді відповідної інстанції, проте здійснення ними таких повноважень враховується при розподілі судових справ та має пріоритетне значення.

Проаналізувавши коло суб'єктів, уповноважених проводити розслідування у кримінальних провадженнях щодо неповнолітніх, можна зробити висновок про те, що реформування органів державної влади з питань захисту прав дітей розпочато та триває.

Така спеціалізація діяльності органів слідства, прокуратури та суду найбільш повно відповідає європейським принципам ювенальної юстиції, яка запроваджена у розвинутих країнах світу, та схвалена Представництвом фонду ЮНІСЕФ в Україні.

Спеціалізація слідчих, прокурорів та суддів у кримінальному провадженні щодо неповнолітніх є позитивним кроком у реформуванні кримінальної юстиції у напрямку забезпечення додаткових гарантій захисту прав дітей.

Список використаних джерел

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Пורתнова. – Х. : Право, 2012. – Т. 1. – 768 с. – Т. 2. – 664 с.

2. Наказ Генерального прокурора України та МВС України від 9 серпня 2013 р. № 79/867 «Щодо вдосконалення взаємодії з питань додержання прав та інтересів неповнолітніх у кримінальному провадженні».

3. Наказ Генерального прокурора України від 1 листопада 2012 р. № 16гн «Про організацію діяльності органів прокуратури щодо захисту прав і свобод дітей».

4. Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. (Із змінами, внесеними згідно із Законами № 716-VII від 19 грудня 2013 р., № 721-VII від 16 січня 2014 р.).

Шум В. В.,
старший слідчий слідчого управління
ГУ МВС України у м. Києві

УЧАСНИКИ НАКЛАДЕННЯ АРЕШТУ НА КОРЕСПОНДЕНЦІЮ ЯК НЕГЛАСНОЇ СЛІДЧОЇ (РОЗШУКОВОЇ) ДІЇ ЗА КПК УКРАЇНИ

У чинному Кримінальному процесуальному кодексі України від 13 квітня 2012 р. (далі – КПК) накладення арешту на кореспонденцію визначається як негласна слідча (розшукова) дія, процесуальний порядок проведення якої унормовується у ст.ст. 261-262 КПК. Однак наразі нормами КПК детально не встановлюється порядок накладення арешту на кореспонденцію: відсутні відповіді на запитання, куди саме направляється ухвала слідчого судді про арешт кореспонденції, за місцем реєстрації чи фактичного проживання особи; яка посадова особа відповідальна за належне виконання такої ухвали слідчого судді; у які строки слідчий повідомляється про надходження кореспонденції, на яку накладено арешт, тощо. Крім того, підлягає подальшому дослідженню визначення складу обов'язкових і факультативних учасників проведення цієї негласної слідчої (розшукової) дії.

У ч. 1 ст. 262 КПК визначається, що огляд затриманої кореспонденції проводиться в установі зв'язку, якій доручено здійснювати контроль і затримувати цю кореспонденцію, за участю представника цієї установи, а за необхідності – за участю спеціаліста. У присутності зазначених осіб слідчий вирішує питання про відкриття і оглядає затриману кореспонденцію. Виходячи з цієї норми процесуального закону можемо зробити висновок, що до обов'язкових учасників огляду і виїмки кореспонденції у випадку накладення на неї арешту є слідчий та представник установи, якій доручено здійснювати контроль і затримувати кореспонденцію (як правило, це представник поштової установи).

Участь керівника органу досудового розслідування у проведенні вказаної дії носить подвійний характер: якщо такий керівник особисто здійснює досудове розслідування (п. 6 ч. 2 ст. 39 КПК), він користується при цьому повноваженнями слідчого і, відповідно, є обов'язковим учасником. У випадку накладення арешту на кореспонденцію, її огляду і виїмки безпосередньо слідчим, можлива участь керівника органу досудового розслідування відносить його до факультативних учасників.

Виникає питання також щодо участі прокурора у проведенні такої негласної слідчої (розшукової) дії. Як вбачається зі змісту низки положень КПК (зокрема, ч. 9 ст. 224, ч. 1 ст. 228, ч. 1 ст. 236, ч. 1 ст. 237, ч. 1 ст. 240 та інші), проведення одночасного допиту двох чи більше вже допитаних осіб, пред'явлення для впізнання, обшуку, огляду, слідчого експерименту тощо як слідчих (розшукових) дій можливе як слідчим, так і прокурором. Про повноваження прокурора особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії в порядку, визначеному КПК, вказується також у п. 4 ч. 1 ст. 36 цього Кодексу. Водночас, звертає на себе увагу та обставина, що серед обов'язкових учасників накладення арешту на кореспонденцію, її огляду і виїмки (ст.ст. 261-262 КПК) прокурор не згадується з причини, що відповідно до ч. 6 ст. 246 КПК, проводити негласні слідчі (розшукові) дії має право слідчий, який здійснює досудове розслідування злочину, або за його дорученням – уповноважені оперативні підрозділи. Крім того, за рішенням слідчого чи прокурора до проведення негласних слідчих (розшукових) дій можуть залучатися також інші особи (ймовірно, у цьому випадку маються на увазі спеціалісти). Отже, прокурор не є учасником проведення вказаної негласної слідчої (розшукової) дії.

До обов'язкових учасників проведення зазначеної дії, крім слідчого, належить також представник установи, якій доручено здійснювати контроль і затримувати кореспонденцію (ч. 1 ст. 262 КПК). Водночас, у Законі не визначається, який саме представник залучається до огляду і виїмки кореспонденції – керівник, безпосередній виконавець доставки кореспонденції чи інший працівник. Більше того, у ч. 5 цієї ж статті КПК вказується про керівника *та* працівників установ зв'язку, які зобов'язані сприяти проведенню негласної слідчої (розшукової) дії і не розголошувати факт її проведення чи отриману інформацію.

Системний аналіз ст. 262 КПК засвідчує, що представником установи, в якій оглядається і виїмається кореспонденція (ч. 1) може бути як її керівник, так і інший працівник установи зв'язку (ч. 5). З такою постановкою питання погодитися не можемо, враховуючи специфіку накладення арешту на кореспонденцію як негласної слідчої (розшукової) дії, при проведенні якої розширення складу обов'язкових учасників з числа працівників установи зв'язку видається зайвим. На наш погляд, представником установи, якій доручено здійснювати контроль і затримувати кореспонденцію, має бути її керівник або заступник. За відсутності цих осіб може залучатися інший працівник установи зв'язку, але у будь-якому випадку представником установи має бути один працівник, у присутності якого оглядається затримана кореспонденція.

Враховуючи викладене, вважаємо за можливе запропонувати у ч. 5 ст. 262 КПК змінити словосполучення «керівники та працівники установ зв'язку» іншим словосполученням «керівники *чи* працівники установ зв'язку» і далі за текстом. Реалізація цієї пропозиції надасть можливість чітко і зрозуміло визначити двох обов'язкових учасників накладення арешту на кореспонденцію:

слідчого (чи уповноваженого оперативного підрозділу або керівника органу досудового розслідування) та *одного* представника установи зв'язку.

Щодо факультативних учасників проведення аналізованої негласної слідчої (розшукової) дії, до них, насамперед, відноситься спеціаліст, участь якого передбачається у ч. 1 ст. 262 КПК. Крім того, до таких учасників можуть належати прокурор, який відповідно до ч. 2 ст. 36 КПК здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, керівник органу досудового розслідування (у випадку проведення даної негласної слідчої (розшукової) дії безпосередньо слідчим), а також оперативні підрозділи, для яких, відповідно до ч. 3 ст. 41 КПК, доручення слідчого щодо проведення, зокрема, негласних слідчих (розшукових) дій є обов'язковими для виконання і які у випадку проведення такої дії безпосередньо слідчим (керівником органу досудового розслідування) сприяють йому у цьому. До факультативних відносяться також технічні працівники, які, за необхідності, допомагають слідчому вилучати, завантажувати і перевозити до місця зберігання велику за обсягом кореспонденцію (наприклад, поштові контейнери). Щодо понять, на відміну від слідчих (розшукових) дій (ч. 7 ст. 223 КПК), їх участь у проведенні негласних слідчих (розшукових) дій у жодному разі не передбачена.

*Янкова Х. Г.,
здобувач кафедри
досудового розслідування
Національної академії внутрішніх справ*

КРИМІНАЛІСТИЧНІ Й ПСИХОЛОГІЧНІ ОСОБЛИВОСТІ ОСОБИ ЖІНКИ, ЯКА ВЧИНИЛИ ЗЛОЧИНИ

Протягом життя людини відбувається зміна різних її особистісних особливостей, які впливають на мотивацію діяльності. Серед них стать залишається незмінним не тільки як біологічний параметр, але і як соціальний показник, що визначає ієрархічну структуру цінностей особи. На поведження жінки істотний вплив здійснюють специфічні біологічні періоди її життєдіяльності (вагітність, пологи, післяпологовий період, клімакс тощо). Ця специфіка може відігравати значну роль у мотиваційній сфері, у відповідний період і бути найважливішим чинником, що визначає той або інший тип поведження, властивий лише жінці, що взагалі не зустрічається в чоловіків.

Варто помітити, що статеві розходження мають не тільки біологічний, але й психологічний зміст у статевому й сексуальному поведженні особи. У ситуаціях несприятливої сімейної атмосфери, коли чоловік або дорослі діти зловживають алкоголем або вживають наркотики, жінки, намагаючись сховати внутрішні сімейні конфлікти постійно, перебувають у стані сильної емоційної напруги. Така тривала фрустрація в певній ситуації може привести до вчинення

дій, пов'язаних із заподіянням тілесних ушкоджень або навіть убивством джерела, що викликало фрустрацію.

Як показало проведене нами анкетування, найчастіше жінками вчиняються крадіжки - 61,8 %. За ними ідуть навмисне заподіяння тілесних ушкоджень - 24 %; вбивства 14,2 %.

Взагалі, всі злочини, вчинені жінками можна розділити на дві групи. Існуючий тісний взаємозв'язок між характером вчиненого жінкою злочину й виконуваною нею соціальною роллю в суспільстві дозволяє говорити про групу злочинів, пов'язаних з виконанням професійних обов'язків в сфері побутового обслуговування, розподілу матеріальних цінностей, торгівлі, легкої й харчової промисловості, де питома вага жінок становить значну частку. Іншу групу становлять злочини, обумовлені сімейно-побутовими відносинами, які найчастіше й визначають мотиви діянь.

Розглянемо вікові розходження між жіночою й чоловічою злочинністю. Аналіз практики й кримінологічні теорії показують, що перший сплеск злочинності в чоловіків і жінок доводиться на 14-15 років. Як відомо цей вік називають "важким". Протиріччя, властиві даному віку, при несприятливому збігу обставин виливаються в злочинне поведіння.

У неповнолітніх дівчат, які вчинили злочин, особливо корисливої спрямованості, інтенсивно формується психологія паразитизму, що проявляє у втраті інтересу до навчання, роботі. Саме тому так важко дівчатам у більше старшому віці (18-21 рік) змінити своє поведіння, якщо навіть вони усвідомлювали соціальні й морально-правові наслідки свого протиправного поведіння. Найбільш значну групу серед злочинниць становлять особи у віці до 30 років, і що питома вага осіб жіночої статі в злочинності неповнолітніх в 3-4 рази менше в порівнянні з аналогічними показниками дорослої жіночої злочинності.

Потім, після 30 років відбувається різке зниження чоловічої злочинності. У жіночій злочинності зниження відбувається набагато повільніше. Далі відбувається підвищення співвідношення жінок і чоловіків - злочинців у віці 45-55 років. Вважається, що підвищення злочинного поведіння в цьому віці пов'язане із клімактеричними змінами в організмі й психіці жінок.

У теорії існують різні пояснення жіночої злочинності. Але їх можна об'єднати у дві основні групи.

Одна з них пояснює жіночу злочинність вродженими психобіологічними властивостями жіночої статі, інша ж - указує на те, що певні соціальні фактори по-різному впливають на чоловіків і жінок. Що ж стосується генетичних задатків, то вони змінюються дуже повільно, а злочинність може змінити свій характер радикально. Так, наприклад, зміни в культурі американського суспільства привели до інтенсивного зростання жіночої злочинності.

Важливим також є те, що в систему цінностей сучасного суспільства включене й таке поняття як "нормальна жінка". Це перешкоджає жіночій злочинності. Імідж девіантної жінки ніколи не був привабливим і завжди відкидався суспільством. Жінки - терористки одержали ярлик нежіночих істот,

представників унісексу. Використовуючи дані теорії, можна стверджувати, що рівень жіночої злочинності чуйно реагує на різні несприятливі соціальні зміни, що відбувається зараз у нашій державі.

Говорячи про злочини жінок проти особи, варто сказати про таку якість як агресивність. Тут також є статеві розходження. Так, агресія чоловіків спрямована зовні, а в жінок частіше усередину, на себе, у чоловіків частіше відзначається інструментальна агресія, у жінок - вербальна.

Нерідко причиною правопорушень жінок є домашня жорстокість із боку жертви, найчастіше чоловіка. Виникає питання: чому жінка залишається в родині при жорстокому з нею поводженні. Найчастіше це фінансові причини, відсутність місця, куди можна було б піти. Деякі жінки бояться посилення жорстокості на їх адресу, вважаючи, що чоловік або коханець будуть їх переслідувати. У деяких тепліє надія на те, що партнер, зрештою, зміниться в кращу сторону. На багатьох жінок впливають періодичні каяття чоловіка у своєму поводженні, обіцянки виправитися, а також думки про те, що прийдеться дітей розлучити з батьком при розлученні. Причому, у такій ситуації жінки залишаються залежними від чоловіків не тільки економічно, але й емоційно, тобто, незважаючи на жорстокість із боку чоловіка продовжують його любити.

На закінчення розглянутого підкреслимо, що як криміналістичні, так і кримінологічні особливості особи жінки, яка вчинила злочини, обов'язково варто враховувати при висуванні версій, плануванні провадження окремих слідчих (розшукових) дій і всього процесу розслідування злочинів даного виду.

ЗМІСТ

Частина 1

Матеріали круглого столу

«Теоретичні та практичні проблеми приватного права»

(23 січня 2014 року, м. Київ, НаУКМА)

<i>Ханик-Посполітак Р. Ю.</i> Поняття «зобов'язання» в українському, російському та європейському цивільному (приватному) законодавстві	3
<i>Захарко М. В.</i> Методика юридичної кваліфікації	5
<i>Карнаух Т. М.</i> Концепція трансферного ціноутворення: сутність та перспективи застосування в Україні	9
<i>Колінчук Х. Г.</i> Обхід закону: доцільність існування категорії в цивільному праві	12
<i>Костюк В. Л.</i> Конвенція ООН про права інвалідів: окремі проблеми реалізації та напрями врегулювання	16
<i>Кисельова Т. С.</i> Поняття дуалізму судової системи	19
<i>Логун Л. В.</i> Принцип добросовісності в договірних відносинах	21
<i>Маловичко С. П.</i> «Міни уповільненої дії» трудового законодавства: системні помилки практики застосування	28
<i>Петров Р. А.</i> Принцип рівного ставлення до працівників в угоді про партнерство і співробітництво між ЄС та Україною	31
<i>Посполітак В. В.</i> Новели закону України «про інститути спільного інвестування»: позитиви і негативи	34
<i>Солом'яний В. Р.</i> Застосування реституції в римському праві	38
<i>Яцкевич І. І.</i> Юридичні гарантії при укладенні трудового договору	41

Частина 2

Матеріали круглого столу

«Сучасні проблеми теорії і практики кримінального та кримінального процесуального права України»

(27 січня 2014 року, м. Київ, НаУКМА)

<i>Галаган В. І.</i> Протокол як форма фіксування кримінального провадження	46
<i>Беленок П. П.</i> Інститут понять в кримінальному процесі	49
<i>Баулін О. В., Мазур О. С.</i> Про гарантії прав і законних інтересів осіб, затриманих за підозрою у вчиненні злочину	51
<i>Врубель О. Р.</i> Новели статті 178а кримінального кодексу Польщі та наслідки її застосування	54

<i>Галаган О. І., Письменний Д. П.</i> Особливості розгляду судом кримінальних проваджень щодо застосування примусових заходів медичного характеру	57
<i>Дячук С. І.</i> Стадія підготовчого провадження та її особливості (за результатами практики застосування закону)	62
<i>Капфуї І. В.</i> Проблеми взаємодії слідчого, прокурора та слідчого судді на стадії досудового розслідування	69
<i>Карпенко Н. Б.</i> Проблемні питання судово-почеркознавчої діагностики	74
<i>Козак О. В.</i> Процесуальний порядок отримання зразків для експертизи за КПК України	76
<i>Кравченко Н. С.</i> Класифікація суб'єктів доказування цивільного позову в кримінальному провадженні	78
<i>Лук'янчиков Б. Є.</i> Форми використання спеціальних знань у протидії незаконному обігу наркотиків	82
<i>Лук'янчиков Є. Д.</i> Слідчі (розшукові) дії – засоби формування доказів	86
<i>Ляш А. О.</i> Слідчий у кримінальному провадженні: деякі зауваження до його процесуального статусу	90
<i>Митич С. П.</i> Особливості розслідування нерозкритих злочинів минулих років	93
<i>Моргун Н. С.</i> Забезпечення недоторканності права власності при тимчасовому вилученні майна за чинним КПК України	95
<i>Павлюк В. В.</i> Отримання матеріалів фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інших носіїв інформації у кримінальному провадженні	100
<i>Расчотнов Є. В.</i> Щодо поняття «тяжка хвороба» як підстави зупинення досудового розслідування	101
<i>Симчук А. С.</i> Окремі питання нормативно-правового регулювання початку досудового розслідування	104
<i>Титов А. М.</i> Деякі питання здійснення приводу в кримінальному провадженні	107
<i>Удовенко Ж. В.</i> Правові аспекти особистого і сімейного життя	109
<i>Хахуцяк О. Ю.</i> Спеціально уповноважені суб'єкти у провадженнях щодо неповнолітніх	111
<i>Шум В. В.</i> Учасники накладення арешту на кореспонденцію як негласної слідчої (розшукової) дії за КПК України	114
<i>Янкова Х. Г.</i> Криміналістичні й психологічні особливості особи жінки, яка вчинили злочини	116

ДЛЯ НОТАТОК

478499

Наукове видання

**ДНІ НАУКИ НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ
«КИЄВО-МОГИЛЯНСЬКА АКАДЕМІЯ»
НА ФАКУЛЬТЕТІ ПРАВНИЧИХ НАУК. 2014**

Тези наукових доповідей та повідомлень

Підписано до друку 11.04.2014.

Формат 30x42^{1/4}

Папір офсетний. Ризографія.

Тираж 100 прим.

CX13
10.00

ny
382062

NaUKMA Library



0861639