

04
/ 14

ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

ReOS 04 / 2014

Inhaltsverzeichnis

Das Problem der Aufteilung des Eigentums in einer unwirksamen Ehe <i>Tetjana Woitenko</i>	310
Gedanken zum Begriff und zur Form des Bemächtigens von fremdem Eigentum durch Missbrauch der Befugnisse einer Amtsperson <i>Alexander Wolskij</i>	324
Das Prinzip der Volkssouveränität als Grundlage der Rechtsträgerschaft und Anerkennung des ukrainischen Volkes als Subjekt in verfassungsrechtlichen Beziehungen <i>Vadim Mykolajowitsch Kortschaka</i>	339
Die Beziehung des verfassungsrechtlichen Verhandlungsgrundsatzes zu anderen Grundprinzipien der ukrainischen Gerichtsbarkeit <i>Roman Waleriowitsch Milizianow</i>	353
Politisch-kriminologische Technologie des massenhaften Widerstandes: Die Voraussetzungen der Anwendung und die Besonderheiten der Analyse im Kontext der Verbrechensbekämpfung <i>Doz. Dr. Jurij Wolodymyrowytsch Orlow</i>	365
Die Zusammenarbeit des Leiters der Staatsanwaltschaft, dem Staatsanwalt, der die prozessuale Leitung innehat und dem ermittelnden Organ der Staatsanwaltschaft im Rahmen der ukrainischen Strafprozessordnung <i>Prof. Dr. Oksana Komarnytska</i>	385
Rechtliche Mechanismen zur Bestimmung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit bei Streitigkeiten über den Schutz dienstlicher Information <i>Anna Barikowa</i>	398
Das Verhältnis von Vorschriften des öffentlichen und privaten Rechts bei der Regelung der Aufrechnung von gleichartigen Gegenforderungen im Außenhandel <i>Stanislaw Stanislawowitsch Pylypyschyn</i>	415

Internationale Standards zur Qualifikation von Richtern und deren Einführung in die ukrainische Gesetzgebung
Dr. Dmitrij Jurjewitsch Schpenow

423

Rechte und Pflichten der ukrainischen Staatsangehörigen auf dem Gebiet der Staatssprache
Doz. Dr. phil. Galyna Vasylivna Yankovska

435

Das Problem der Aufteilung des Eigentums in einer unwirksamen Ehe

Tetjana Woitenko

Doktorandin an der Nationalen Akademie des Inneren der Ukraine,

Richterin am Rayongericht Podil der Stadt Kiew

Ukraine

Von der Gewissenhaftigkeit oder deren Gegenteil hängen die Folgen einer unwirksamen Ehe ab. Besonders die Aufteilung gemeinsam erworbenen Eigentums erfolgt unterschiedlich: Als Akt der Haftung für das nicht gewissenhafte Mitglied der Ehe und als Akt der Entschädigung für das gewissenhafte. Auf der Grundlage der Unterscheidung der Folgen der der unwirksamen Ehe nach Gewissenhaftigkeit und deren Gegenteil sieht der Familienkodex drei Varianten für das Eigentum in einer unwirksamen Ehe vor.

Nach der ersten Variante wird das Eigentum nicht nach den Regeln des Familienrechts aufgeteilt. Eigentumsrechtliche Fragen in einer unwirksamen Ehe werden nach dem Zivilgesetz entschieden. Die Höhe jedes Anteils bestimmt sich nach dem Anteil an der Arbeit oder der Finanzierung beim Erwerb des Eigentums.

Die zweite Variante der Eigentumsaufteilung wird in den Fällen angewendet, wenn einer der Eheleute gewissenhaft handelt und verlangt, dass das Eigentum als gemeinsames vertragliches Eigentum nach den Vorschriften des ukrainischen Familienkodex aufgeteilt wird.

Die dritte Variante der Aufteilung ist eine gemischte. Sie erfolgt dann, wenn während der Registrierung der Eheschließung die gewissenhafte Person keine Kenntnis von dem Ehehindernis hat, später, nach mehreren Jahren des gemeinsamen Ehelebens, dieses Ehehindernis erkennt, aber das gemeinsame Leben fortsetzt. In diesem Fall wird das in diesem Zeitraum erworbene Eigentum entweder als gemeinsames vertragliches oder als gemeinsames Teileigentum behandelt, abhängig vom Verlangen des Klägers – als gewissenhafte Person. Das Eigentum aber, das in der Zeit erworben wurde, als die Person von dem Ehehindernis wusste, wird nach den Regeln des gemeinsamen Teileigentums einer unwirksamen Ehe aufgeteilt.

Проблеми поділу майна недійсного подружжя

Войтенко Тетяна

*здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Національної академії внутрішніх справ України,
суддя Подільського районного суду міста Києва
Україна*

Постановка проблеми

Кожен зареєстрований у встановленому порядку шлюб припускає його дійсність. Тому до визнання шлюбу недійсним він існує з усіма правовими наслідками. Шлюб визнається недійсним саме для того, щоб настали певні правові наслідки. Фактичного розпаду сім'ї для визнання його недійсним не вимагається. Визнання шлюбу недійсним поновлює статус осіб, який існував у них до державної реєстрації шлюбу і набуття ними статусу подружжя. Шлюб, визнаний судом недійсним, вважається таким з моменту його укладення. Цим самим анулюються всі права і обов'язки, які виникли з моменту реєстрації цього шлюбу. Наслідки визнання шлюбу недійсним поширюються на минулий, теперішній і майбутній час. В цьому полягає головна відмінність визнання шлюбу недійсним від розірвання шлюбу, яке припиняє всі правовідносини, які витікають з шлюбу, на майбутнє. Залежно від добросовісності чи недобросовісності членів подружжя можуть наставати різні

правові наслідки недійсного шлюбу. Зокрема, поділ спільно нажитого майна може здійснюватися по-різному – як захід відповідальності для недобросовісного члена подружжя і як захід компенсації для добросовісного.

Отже, метою даної статті є вивчення способів поділу майна недійсного подружжя залежно від добросовісності чи недобросовісності його членів.

Стан дослідження проблеми

Правові наслідки недійсності шлюбу взагалі та проблеми поділу майна недійсного подружжя зокрема, були предметом наукових досліджень Ромовської З. В., Гопанчука В. С., Харитонова Є. О., Сафончика О. І., Баранової Л. М., Борисової В. І., Жилінкової І. В., Апопій А.В., Гузя Л.Є. та інших. Незважаючи на чисельність наукових статей, питання поділу майна недійсного подружжя залишає за собою невирішені проблеми.

Добросовісні та недобросовісні члени подружжя

Статті 45 та 46 Сімейного кодексу України передбачають різні правові наслідки, встановлені для добросовісної і недобросовісної особи, що уклали недійсний шлюб. Визначення добросовісної чи недобросовісної особи законодавчо не закріплене. Разом з тим, поняття добросовісного члена подружжя широко використовувалося в сімейному праві та бере свої законодавчі витоки зі статті 49 Кодексу про шлюб та сім'ю України, відповідально до якої добросовісною особою є особа, яка не знала і не повинна була знати про перешкоди до укладення шлюбу. Таке визначення було піддане справедливій критиці. Так, З.В. Ромовська зауважила, що жодного разу ні в літературі, ні в опублікованих рішеннях суду не було пояснено значення слів «повинна була знати». Оскільки на практиці недійсність шлюбу виникала як наслідок порушення виключно трьох вимог закону (реєстрація шлюбу з особою, яка вже перебуває у шлюбі; з особою, яка є недієздатною або страждає на тяжкий психічний розлад; або без наміру створити сім'ю), умисел однієї з сторін проявляється дуже яскраво. Змоделювати ситуацію, в якій особа не знала, але повинна була б знати про перешкоди до шлюбу, практично

неможливо. У зв'язку з цим словосполучення «повинна була знати» до статей 45 та 46 Сімейного кодексу України включене не було¹.

Покладаючи в основу поділу наслідків недійсності шлюбу добросовісність чи недобросовісність членів подружжя в питанні дотримання ними умов укладення шлюбу, новий Сімейний кодекс України передбачив загальні та особливі (спеціальні) правові наслідки недійсності шлюбу.

Загальні правові наслідки можна визначити як негативні, оскільки вони полягають у позбавленні особи тих прав, на які вона могла розраховувати при укладенні дійсного шлюбу (прав та обов'язків подружжя, а також прав та обов'язків, які встановлені для подружжя іншими законами України).

Особливі (спеціальні) правові наслідки недійсного шлюбу можна визначити як позитивні, оскільки вони полягають у збереженні за особою тих прав, які вона могла б одержати у випадку реєстрації дійсного шлюбу.

Добросовісною особою Кодекс називає особу, яка не знала і не могла знати про перешкоди до реєстрації шлюбу (частина 1 статті 46), недобросовісною – яка знала про перешкоди до реєстрації

¹ Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. – 3-те вид. перероб. і доп. – К.: Правова єдність, 2009. – С.80.

шлюбу і приховала їх від другої сторони і (або) органу державної реєстрації актів цивільного стану (частина 6 статті 45).

Добросовісність особи визначена через поняття «не знала і не могла знати», що відображає інформаційний – «не знала» та інтелектуально-вольовий момент – «не могла знати», який передував вчиненню дії щодо реєстрації шлюбу та був безпосередньо наявним при реєстрації шлюбу.

Таким чином, добросовісним Сімейний кодекс України називає того з подружжя, хто вступав в шлюб добросовісно та не був проінформований про можливі обставини, які можуть призвести до порушення правомірності шлюбу.

Разом з тим, таке визначення видається не зовсім вдалим. Так, не можна не погодитися з думкою І.В. Апопій щодо недосконалості визначення добросовісного подружжя в Сімейному кодексі України. Законодавець фактично проігнорував випадок, коли шлюб було укладено під впливом фізичного або психічного насильства. Адже особа, яка вступає у шлюб під примусом, безумовно, знає про те, що шлюб укладається з дефектом волі, тобто її волевиявлення не відповідає бажанню. Проте, така особа є жертвою і не можна вважати, що вона діяла винно. Оскільки підстави застосування спеціальних наслідків недійсності шлюбу

для неї немає (законом не віднесена до добросовісних), на таку особу розповсюджується дія норми статті 45 Сімейного кодексу України про загальні підстави недійсності. Тобто, жінка або чоловік, які змушені були вступити у шлюб під впливом залякувань, шантажу, побоїв тощо, і отримали у зв'язку цим психологічну травму, додатково ще й зазнаватимуть майнових обмежень (не матимуть права на майно, аліменти, житло тощо). Автор пропонує доповнити частину 1 статті 45 Сімейного кодексу України словами «або вступила у шлюб під впливом фізичного чи психічного насильства»².

Така пропозиція є прийнятною та нами пропонується в частині першій статті 46 Сімейного кодексу України при позначенні випадків застосування спеціальних наслідків недійсності шлюбу вказати, що вони застосовуються до особи, яка не знала і не могла знати про перешкоди до реєстрації шлюбу, або уклала недійсний шлюб під впливом примусу.

Що стосується недобросовісного члена подружжя, то Сімейний кодекс України фактично ним називає лише тих осіб, які знали про перешкоди до

² Апопій І.В. Правові наслідки недійсності шлюбу для добросовісної особи // Університетські наукові записки: Часопис Хмельницького університету управління та права. – 2009. – №1(29). – С. 57.

реєстрації шлюбу і приховали їх від другої сторони і (або) від державного органу реєстрації актів цивільного стану. Водночас, і дане формулювання є недосконалим. Так, відповідно до такого формулювання норми статті 45 Сімейного кодексу України не поширюються на осіб, які не приховували перешкоди до реєстрації шлюбу від другої сторони і (або) від державного органу реєстрації актів цивільного стану, або не знали, але могли знати про перешкоди до реєстрації шлюбу. За таких обставин, залишаються не визначеними Сімейним кодексом України правові наслідки недійсності шлюбів, укладених вказаними особами.

На нашу думку, вказану прогалину можна усунути у простий спосіб – шляхом виключення зі статті 45 Сімейного кодексу України частини б, яка окреслює сферу дії цієї статті. Таким чином, передбачені статтею 45 Сімейного кодексу України наслідки, стануть насправді загальними та поширюватимуться на всі категорії осіб у недійсних шлюбах, крім добросовісних членів подружжя, коли застосовуватиметься стаття 46 Сімейного кодексу України.

**Поняття загальних та особливих
правових наслідків недійсного
подружжя**

Правові наслідки недійсності шлюбу для добросовісної особи законом віднесені до спеціальних (стаття 46 Сімейного кодексу України) – на противагу загальним (стаття 45 Сімейного кодексу України) для недобросовісної особи – оскільки презюмується, що укладаючи недійсний шлюб, особи діяли винно. Власне, в цьому випадку діє презумпція вини, запозичена з цивільного права. Обидва з подружжя вважатимуться винними, якщо не доведуть, що, вступаючи у недійсний шлюб, вони не знали і не могли знати про перешкоди до його укладення³.

Відповідно до частини 1 статті 45 Сімейного кодексу України недійсний шлюб, а також шлюб, визнаний недійсним за рішенням суду, не є підставою для виникнення у осіб, між якими він був зареєстрований, прав та обов'язків подружжя, а також прав та обов'язків, які встановлені для подружжя іншими законами України.

З аналізу частини першої статті 45 Сімейного кодексу України можна дійти висновку, що негативні наслідки недійсності шлюбу застосовуються щодо усіх видів недійсного шлюбу – абсолютно недійсного шлюбу; шлюбу, який

³ Апопій І.В. Правові наслідки недійсності шлюбу для добросовісної особи // Університетські наукові записки: Часопис Хмельницького університету управління та права. – 2009. – №1(29). – С. 56.

визнається недійсним за рішенням суду; шлюб, який може бути визнаний недійсним за рішенням суду.

Від другої до п'ятої частини статті 45 Сімейного кодексу України присвячені конкретним правовим наслідкам недійсності шлюб, які настають для недобросовісного члена подружжя: перехід майна в режим спільної часткової власності; визнання отриманих аліментів такими, що отримані без достатньої правової підстави; виселення з житла іншого члена подружжя; повернення до дошлюбного прізвища.

Правові наслідки недійсності шлюб на випадок, коли особа не знала і не могла знати про перешкоди до реєстрації шлюб, або ж уклала шлюб під примусом, встановлюються окремою статтею 46 Сімейного кодексу України: право на поділ майна як спільної сумісної власності подружжя; на проживання в житлі іншого члена подружжя; на аліменти; на збереження шлюбного прізвища. Разом з тим, перераховані в частинах другій-п'ятій статті 45 Сімейного кодексу України наслідки для недобросовісного подружжя, відображені протилежно в статті 46 Сімейного кодексу України для добросовісного подружжя. Зазначене дає підстави стверджувати, що перераховані у статті 46 Сімейного кодексу України наслідки є винятками до загальних наслідків недійсного шлюб,

передбачених статтею 45 цього кодексу, а отже, правило про те, що недійсний шлюб не є підставою для виникнення у осіб прав та обов'язків подружжя, є загальним, але має винятки.

Напрошується висновок про необхідність законодавчого відображення такого положення у частині першій статті 45 Сімейного кодексу України у такий спосіб: «Недійсний шлюб, а також шлюб, визнаний недійсним за рішенням суду, не є підставою для виникнення у осіб, між якими він був зареєстрований, прав та обов'язків подружжя, які встановлені цим кодексом та іншими законами України, крім випадків, передбачених статтею 46 цього кодексу».

Таке формулювання даватиме юридичне пояснення назві статті 46 Сімейного кодексу України «Особливі правові наслідки недійсності шлюб» та сприятиме правильному застосуванню правових норм про наслідки недійсності шлюб.

Особливості застосування правових наслідків недійсного шлюб

Для визначення, які правові наслідки повинні настати в разі визнання шлюб недійсним, доцільно встановлювати наявність чи відсутність умислу у особи, з вини якої було зареєстровано недійсний шлюб.

Науковцями зазначалося, що правильно було б враховувати при цьому юридичну (а не тільки моральну) вину того з подружжя, який свідомо порушив одну або більше юридичних умов вступу в шлюб, і встановлювати відповідно до цієї вини правові наслідки цієї винності. Без врахування вини неможливо правильно встановити наслідки недійсного шлюбу для добросовісного та недобросовісного подружжя: «При винності одного подружжя (наприклад, який винно допустив двоєжонство), невинний з подружжя зберігає право на утримання з боку винного на таких же підставах, як при розлученні. Невинний з подружжя вправі вимагати від винного відшкодування всіх понесених ним в зв'язку із анулюванням шлюбу збитків. Він повинен мати право на поділ спільного подружнього майна за правилами сімейного, а не цивільного права»⁴.

Таким чином, критерієм застосування загальних або особливих наслідків недійсності шлюбу є суб'єктивний фактор.

Добросовісна сторона може бути такою на перших порах шлюбного життя, а потім і недобросовісною, коли дізнається

про наявність перешкод до шлюбу⁵. Встановлення часу, до якого особа була добросовісним членом подружжя, є необхідним, оскільки може вплинути на спосіб поділу майна недійсного подружжя.

Особливістю застосування правових наслідків недійсного шлюбу є те, що добросовісність чи недобросовісність однієї із сторін недійсного шлюбу тягне за собою наслідки для обох членів подружжя. Загальні наслідки можуть застосовуватися як до однієї, так і до обох сторін недійсного шлюбу залежно від того, одна чи обидві сторони діяли при реєстрації шлюбу недобросовісно. Якщо обидві особи були обізнані про наявність перешкод до реєстрації шлюбу та приховали їх від органу реєстрації актів цивільного стану, то негативні наслідки недійсності шлюбу будуть застосовані в повному обсязі. Водночас, добросовісність однієї особи, що уклала шлюб, не свідчить про недобросовісність іншого члена подружжя, адже на практиці можуть траплятися випадки, коли обидва подружжя при укладенні шлюбу діяли добросовісно. Наприклад жінка та чоловік, які уклали шлюб, могли й не знати, що є двоюрідними братом та сестрою, шлюб між якими може бути визнано недійним

⁴ Топольницький Н.К. Заключение и прекращение брака по советскому семейному праву: Автореф. дис. ...канд. юр. наук: 12.00.03 / Киевский государственный университет им. Т. Г. Шевченко. – Львов, 1956. – С.12.

⁵ Судово-практичний коментар до Сімейного кодексу України / Гузь Л.С., Гузь А.В. – Х.: Фактор, 2011. – С.231.

відповідно до вимог статті 41 Сімейного кодексу України.

То які ж наслідки повинні настати для подружжя, в разі встановлення добросовісності хоча б одного з них?

Дане питання чітко не врегульоване на законодавчому рівні, немає відповідних роз'яснень і вищих судових органів. Разом з тим, виходячи з наукового обґрунтування того, що стаття 46 передбачає винятки до загального правила про наслідки недійсного шлюбу, можна стверджувати, що особливі наслідки недійсного шлюбу можуть бути застосовані судом до добросовісної особи у випадку їх доцільності та задля досягнення справедливості.

Норма, яка б гарантувала інтереси добросовісного подружжя, вперше з'явилася ще в Кодексі про шлюб та сім'ю України 1969 року і свідчила про певний гуманізм сімейно-шлюбного законодавства та про недопустимість порушення його основних засад. Так, стаття 49 Кодексу передбачала на альтернативу спеціальні правові наслідки, які наставляли для добросовісного подружжя: право на майно, нажите за час недійсного шлюбу, на одержання утримання в разі непрацездатності, на збереження шлюбного прізвища.

Розглядаючи конкретну справу, суд мав право не застосовувати до того з подружжя, який є добросовісним,

негативних наслідків. Тобто, якщо норми щодо застосування режиму спільної власності більш вигідні для подружжя, який є добросовісним – суд виносив рішення про їх застосування. Якщо ж навпаки – суд застосовував норми цивільного права щодо часткової власності⁶.

Таким чином, Сімейний кодекс України надав більшу свободу добросовісному подружжю при виборі наслідків недійсного шлюбу, перенісши виключну прерогативу суду у виборі способів захисту добросовісного подружжя самому добросовісному члену подружжя.

Правовий режим спільного майна недійсного подружжя

Період між реєстрацією шлюбу і спростуванням його правозгідності може бути тривалим, а це значить, що особи, які порушили, наприклад, принцип одношлюбності, не жили у юридичному вакуумі. Навпаки, вони, як правило, мали відповідні блага шлюбу... Оскільки право не може виникнути у особи на базі вчиненого нею правопорушення, то ті можливості, які вона одержала і реалізувала, є квазіправом (від лат. quasi – ніби-то, наче, майже, мнимо). Однак таке

⁶ Сімейне право України. Підручник / За ред. Гопанчука В.С. – К., Істина, 2002 р. – С.156.

сумне юридичне відкриття робиться після спростування презумпції правозгідності шлюбу⁷.

Як показує практика, поштовхом до ініціювання питання про недійсність шлюбу виступають майнові і (або) житлові інтереси одного з подружжя чи його спадкоємців.

Найбільший інтерес в спектрі наслідків визнання шлюбу недійсним викликають питання поділу майна, набутого у недійсному шлюбі.

У правовій літературі за останні роки не було дискусій відносно долі прав подружжя на майно, яке набуто за час недійсного шлюбу. Ніхто не вважає, що воно повинно зберігатися у випадку визнання шлюбу недійсним за рішенням суду або його анулювання⁸.

В дійсному шлюбі норми сімейного права враховують особливість відносин подружжя, їх довірчий, особистий характер. Тому в законодавстві закріплено, що майно, набуто подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності незалежно від того, що один з них не мав з поважної причини самостійного заробітку (стаття 60 Сімейного кодексу України). Якщо внесок одного з подружжя у спільне

майно був незначним або взагалі відсутнім у зв'язку з навчанням, веденням домашнього господарства, доглядом за дітьми, хворобою та іншими суттєвими обставинами, то це не впливає на його права щодо спільного майна. У разі поділу майна подружжя частки дружини та чоловіка у праві власності на майно визнаються рівними (стаття 70 Сімейного кодексу України).

Інший підхід закріплюється в законі щодо прав на майно осіб, які перебувають в недійсному шлюбі. Чинне законодавство передбачає три варіанти правового режиму такого майна залежно від добросовісності чи недобросовісності членів подружжя.

За першим (загальним) варіантом, майно, набуто подружжям, які знаходилися в недійсному шлюбі, не може бути поділено відповідно до вимог сімейного законодавства. Майнові відносини між особами, які перебувають у недійсному шлюбі, повинні вирішуватися за нормами Цивільного кодексу України.

Так, відповідно до частини другої статті 45 Сімейного кодексу України, якщо протягом недійсного шлюбу особи набули майно, воно вважається таким, що належить їм на праві спільної часткової власності. Розмір часток кожного з них визначається відповідно до їхньої участі у придбанні цього майна своєю працею та коштами.

⁷ Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – С.107.

⁸ Судово-практичний коментар до Сімейного кодексу України / Гузь Л.Є., Гузь А.В. – Х.: Фактор, 2011. – С.197-202.

Правовий режим спільної часткової власності визначається статтями 356-367 Цивільного кодексу України. Частина перша статті 357 Цивільного кодексу України передбачає рівність часток кожного у праві спільної часткової власності, якщо інше не встановлено за домовленістю співвласників або законом. Таким чином, при здійсненні поділу майна, що було набуто подружжям у недійсному шлюбі, члени такого подружжя мають право самостійно визначити частки кожного у набутому майні. Якщо розмір часток у праві спільної часткової власності не встановлений за домовленістю співвласників, осіб не влаштовує загальний принцип поділу спільної часткової власності (відповідно до якого частки повинні бути рівними), розмір часток визначається з урахуванням вкладу кожного з співвласників у придбання (виготовлення, спорудження) майна, як це передбачено спеціальною по відношенню до статті 357 Цивільного кодексу України нормою – частиною другою статті 45 Сімейного кодексу України. У разі спору сторін факт участі у набутті майна має бути доведений в суді.

Разом з тим, уявімо ситуацію, коли подружжя перебуває у недійсному шлюбі, в якому народжується дитина. Жінка ніде не працює і займається вихованням дитини, в той час, коли чоловік живе окремо, працює і набуває на своє ім'я

майно. Після визнання шлюбу недійсним чоловік заперечує проти поділу майна в рівних частках, заперечує також і будь-які права жінки хоча б на якусь частину майна, оскільки вона не докладала своїх зусиль до його набуття. У зв'язку з цим постає питання, чи може ця жінка претендувати на частку майна, набутого в недійсному шлюбі? На нашу думку, не може, адже недобросовісна жінка не може бути прирівняна в майнових правах з добросовісною, не зважаючи на те, що через народження дитини певний час фізично не могла працювати та приймати участь у набутті майна. Крім того, вона знала про недійсність шлюбу та повинна була усвідомлювати його наслідки.

Однак, наша думка не співпадає з думкою Гузь Л.С., відповідно до якої домашня праця повинна мати відповідний грошовий еквівалент і враховуватися нарівні з іншими видами праці. Зважаючи на це, жінка може претендувати на частку у майні, набутого чоловіком у недійсному шлюбі в період, коли вона займалася вихованням їхньої дитини⁹.

Розглянутий перший варіант поділу майна, набутого у недійсному шлюбі, може бути застосований до усіх випадків недійсності шлюбу:

⁹ Судово-практичний коментар до Сімейного кодексу України / Гузь Л.С., Гузь А.В. – Х.: Фактор, 2011. – С.202.

- шлюбу між недобросовісними членами подружжя, коли обидві сторони знали, що порушують закон про реєстрацію шлюбу, але спрямували свій обман відносно органу реєстрації шлюбу,
- шлюбу між недобросовісною особою та добросовісною, якщо на такому варіанті наполягає добросовісна особа,
- шлюбу між двома добросовісними особами.

Включення в перелік випадків, коли застосовуються загальні правові наслідки недійсного шлюбу, випадку укладення шлюбу між двома добросовісними особами, викликає дискусію. Законодавство не регламентує правові наслідки недійсного шлюбу, укладеного між таким подружжям. Разом з тим, такі випадки реєстрації шлюбу можливі на практиці.

Другий варіант поділу майна, набутого у недійсному шлюбі, застосовний у випадку, якщо один з подружжя в момент укладення шлюбу діяв добросовісно і бажає поділу майна за даним варіантом. Так, Сімейний кодекс України встановлює особливі правові наслідки щодо особи, яка, укладаючи недійсний шлюб, діяла добросовісно, тобто не знала і не могла знати про наявність перешкод для укладання шлюбу. Така особа має право на поділ майна, набутого у недійсному шлюбі, як спільної сумісної власності подружжя відповідно

до норм Сімейного кодексу України (статті 46, 69, 70 Сімейного кодексу України). Так, відповідно до частини першої статті 70 цього Кодексу, у разі поділу майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, частки майна дружини та чоловіка є рівними, якщо інше не визначено домовленістю між ними або шлюбним договором.

Ця справедлива та проста, на перший погляд, норма, як на нашу думку, викликає складність у практичному застосуванні, оскільки на позивача покладається обов'язок довести, що особа «не могла знати» про наявність певних перешкод до укладення шлюбу. Водночас, позитивна сторона цього в тому, що добросовісна особа звільняється від надання суду доказів про її участь, як коштами, так і працею в придбанні спірного майна, розмір цієї участі.

Акцент також слід зробити саме на тому, що другий варіант поділу може бути застосовано лише за заявою добросовісної сторони. Суд не вправі самостійно визначати, у який спосіб слід здійснювати поділ майна недійсного подружжя. У цьому аспекті ми не погоджуємося з висловлюванням І.В. Апопій, відповідно до якого очевидно, що суд повинен виходити з інтересів добросовісної сторони. У випадку, коли майно було придбане більшою мірою її працею та коштами – ділити його як спільну часткову

власність, якщо ж навпаки, або ця особа взагалі не мала заробітку – як спільну сумісну¹⁰.

Можливий і третій варіант поділу майна, придбаного в недійсному шлюбі – змішаний, коли під час реєстрації шлюбу добросовісна особа не знала про перешкоди до шлюбу, згодом, після кількох років сумісного подружнього життя, вона дізналась про наявність перешкод, але продовжувала сумісне життя. В даному випадку майно, придбане в період, коли особа не знала про перешкоди до шлюбу, може бути поділене як спільна сумісна або як спільна часткова власність залежно від бажання позивача – добросовісної особи, а майно, придбане в період, коли особа знала про перешкоди до шлюбу, – за правилами про спільну часткову власність недійсного подружжя.

З даного питання існує інша думка, що майно, набуте в період, коли особа не знала про перешкоди до шлюбу, може бути поділене лише за правилами придбаного майна в дійсному шлюбі¹¹. Як на нашу думку, застосування такого принципу може бути несправедливим по відношенню до добросовісної особи,

¹⁰ Апопій І.В. Правові наслідки недійсності шлюбу для добросовісної особи // Університетські наукові записки: Часопис Хмельницького університету управління та права. – 2009. – №1(29). – С. 57.

¹¹ Судово-практичний коментар до Сімейного кодексу України / Гузь Л.Є., Гузь А.В. – Х.: Фактор, 2011. – С.202.

силами якої було набуте майно, що підлягатиме поділу.

Складні майнові відносини виникають у разі реєстрації шлюбу особою, яка вже перебуває в іншому зареєстрованому шлюбі (частина 1 статті 39 Сімейного кодексу України). У цьому випадку перший шлюб є дійсним, а другий – недійсним. Відповідно до статті 60 Сімейного кодексу України усе майно, набуте особою, буде предметом спільної сумісної власності дійсного подружжя, тобто вважатиметься майном, що належить чоловікові та жінці у першому шлюбі. Таким чином, якщо особа у другому (недійсному) шлюбі набула нерухоме майно, право на яке було зареєстроване на її ім'я, то юридично таке майно є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, тобто сторін першого (дійсного) шлюбу. При цьому друга сторона дійсного шлюбу набуває право власності щодо такого майна без будь-яких доказів в силу вимог Закону, а друга сторона недійсного шлюбу повинна доводити свої внески (трудові або грошові) у придбанні такого майна.

Лише у випадку доведення у суді факту відокремленого проживання (мається на увазі окреме проживання та ведення господарства) чоловіка та жінки у першому шлюбі та факту участі у набутті майна іншим членом недійсного подружжя, останній може відсудити на

свою користь частину майна, набутого за період проживання у недійсному шлюбі. Отже, суд може вирішити питання про поділ майна, набутого у недійсному шлюбі, лише залучивши до участі у справі як третю особу іншого члена дійсного шлюбу та з'ясувавши, що майно, яке підлягає поділу, набуто у період окремого проживання членів дійсного подружжя.

Найбільш складними для юридичного вирішення у цьому плані є випадки, коли друга сторона недійсного шлюбу є добросовісною. Добросовісна сторона недійсного шлюбу має право на поділ майна, набутого у недійсному шлюбі, як спільної сумісної власності подружжя. Таким чином, набуто майно є одночасно об'єктом права спільної сумісної власності подружжя у дійсному та недійсному шлюбах, тобто дві особи – друга сторона дійсного шлюбу та друга добросовісна сторона недійсного шлюбу мають право вимагати поділу набутого майна за правилами поділу об'єкта права спільної сумісної власності.

Тут виникає колізія прав, яка, на жаль, не вирішена в законі. Якщо недобросовісна сторона, яка перебуває у першому нерозірваному шлюбі, повністю припинила відносини з другою стороною в цьому шлюбі, то поділ майна можна здійснити за описаним вище варіантом, тобто констатувати, що майно є роздільним майном подружжя та здійснити

його поділ відповідно до позовних вимог добросовісної сторони недійсного шлюбу.

Разом з тим, ситуація практично не має вирішення у випадку, коли недобросовісна особа, яка перебуває у дійсному та недійсному шлюбах, не припиняє відносин з другою стороною, як в першому, так і у другому шлюбі. У такому випадку друга сторона дійсного шлюбу та добросовісна сторона недійсного шлюбу мають однакові права вимагати визнання майна об'єктом права спільної сумісної власності. Як на нашу думку, найкращим варіантом поділу було б домовитися у позасудовому порядку. Інакше, повинні діяти привілеї дійсного шлюбу, коли майно належить на праві спільної сумісної власності дійсному подружжю. Лише у випадку доведення у суді факту придбання майна за кошти чи силами добросовісного члена подружжя, але оформленого на ім'я недобросовісного члена подружжя, який допустив двоєжонство, така добросовісна особа може відсудити собі майно, а відносно другого члена дійсного подружжя можна констатувати випадок роздільності майна.

Висновки

Проаналізовані проблеми та досліджена наукова література показали, що для правильного вирішення питання,

які правові наслідки настають у випадку визнання шлюбу недійсним, потрібно:

1. Встановити підстави недійсності шлюбу та констатувати недійсність шлюбу.
2. Залежно від підстав недійсності шлюбу визначити, хто з членів подружжя діяв добросовісно, а хто недобросовісно. Пересвідчитись, чи недійсність шлюбу не стала наслідком збігу обставин, коли обидва члена подружжя діяли добросовісно. Для висновку про недобросовісність подружжя необхідним є встановлення умислу у особи, з вини якої було зареєстровано недійсний шлюб.

При встановленні добросовісності чи недобросовісності подружжя слід виходити з презумпції вини, відповідно до якої обоє членів подружжя є недобросовісними, якщо хтось з них не доведе, що, вступаючи у недійсний шлюб, він не знав і не міг знати про перешкоди до його укладення, або уклав його під примусом.

3. У випадку виявлення добросовісності члена подружжя, необхідним є встановлення часу, з якого особі стало відомо про наявність перешкод до укладення шлюбу.
4. Залежно від обставин справи та позовних вимог, визначити обсяг прав, яких набули особи у зв'язку з реєстрацією недійсного шлюбу. При цьому слід керуватися часовими межами – з моменту реєстрації шлюбу до часу, коли

добросовісній особі не було відомо про укладення шлюбу з дефектами.

5. Залежно від встановлених обставин справи, визначити, які правові наслідки підлягають застосуванню. При цьому слід виходити з того, що спеціальні правові наслідки застосовуються за заявою добросовісної сторони. Недобросовісна сторона права вимагати поділу майна, набутого за час недійсного шлюбу, за правилами, встановленими для поділу спільного майна подружжя, не має. Відносно цієї сторони поділ здійснюватиметься за правилами цивільного законодавства (статті 357, 367 Цивільного кодексу України). Якщо обидві сторони недійсного шлюбу діяли недобросовісно, то правила цивільного законодавства щодо права спільної часткової власності на майно застосовуватимуться до них обох.

**Gedanken zum Begriff und zur Form des Bemächtigen von fremdem Eigentum
durch Missbrauch der Befugnisse einer Amtsperson**

Alexander Wolskij

Doktorand am Lehrstuhl für Strafprozess und Kriminalistik

der Fakultät für die Ausbildung von Experten für

Lemberger staatliche Universität des Inneren

Ukraine

In diesem Beitrag geht es um das Problem der Feststellung der Fakten des Bemächtigen von fremdem Eigentum durch Missbrauch der Befugnisse einer Amtsperson. Besonders geht es um diese Faktoren, die die Aufdeckung der Straftat erschweren: Die gründliche Vorbereitung der Straftat mit bedachtem Vorgehen, der Mechanismus, das Schema und die Ausstattung der Tatbegehung und die Rollen- und Aufgabenverteilung der Mittäter; das Verbrechen ist ein fortgesetztes, andauerndes und/oder aus mehreren Einzeltaten zusammengesetztes oder ist mit anderen Verbrechen verbunden, sog. „schwarzen Technologien“ und wird mit Computertechnik begangen; die wichtigsten Spuren des Verbrechens finden sich überwiegend in Unterlagen wie Buchhaltungen, die ein Mittel zur Verbrechensbegehung und Vertuschung der Tat und der Tatmittel sind; das Verbrechen wird gründlich getarnt, gegen dessen Aufdeckung wirken korrupte Beamte der Kontrollbehörden, der Polizei und Staatsanwaltschaft und der Gerichte zusammen.

Auf der Grundlage der genannten Faktoren wird der Begriff der Aufdeckung des Verbrechens untersucht: Hierunter versteht man die Handlung natürlicher Personen, Personen mit Amtsbefugnissen, juristischen Personen, Mitarbeitern von Kontrollbehörden, von Polizei und Staatsanwaltschaft und den Gerichten. Diese Handlungen werden als Begehung einer Straftat angesehen, die vorbereitet, begangen und/oder vertuscht wurde. Die Aufdeckung erfolgt durch die Entdeckung von Spuren ihrer Vorbereitung. Sie erfolgt offen und/oder verdeckt erfolgt um über den Beginn einer vorgerichtlichen Untersuchung entscheiden zu können, über deren Durchführung und die Einleitung eines Strafverfahrens.

Entsprechend ergeben sich die Formen der Aufdeckung der Faktoren der Beherrschung fremden Eigentums durch Missbrauch einer Amtsstellung: Sie erfolgt durch die zuständigen Abteilungen nach den gesetzlichen Vorschriften, die die Tätigkeit der Miliz und ihrer Untereinheiten bei der unmittelbaren Verbrechensaufklärung regeln.

Щодо поняття та форм виявлення заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою своїм службовим становищем

Вольський Олександр

здобувач кафедри

кримінального процесу та криміналістики

факультету з підготовки фахівців для підрозділів слідства

Львівського державного університету внутрішніх справ

Україна

Постановка проблеми

Згідно із даними Всесвітнього огляду економічних злочинів у 2011 році незаконне привласнення майна залишається найпоширенішим видом економічних злочинів в Україні та світі (73 % в Україні та 72 % у світі відповідно). При цьому кількість випадків незаконного присвоєння майна та недобросовісної конкуренції зросла майже на 15 % у порівнянні з 2009 роком. Більшість учасників огляду в Україні – це представники приватних (69 %) та публічних організацій (24 %). Приватні компанії зіштовхуються із випадками економічних злочинів майже втричі частіше, ніж публічні організації. Найбільш поширеними видами зловживань є незаконне привласнення майна: у приватних компаніях – 31 %, а у публічних компаніях – 37 %. Цього року результати опитування показують, що всі українські організації (незалежно від їх

розміру) рівною мірою страждають від економічних злочинів.¹

Враховуючи вищевикладене, можна дійти до очевидного висновку, що заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем, є одним із найпоширеніших економічних злочинів, однак його вчинення не завжди виявляється як самими потерпілими суб'єктами господарювання, так і правоохоронними органами.

Стан дослідження

Проблему методики розслідування злочинів у економічній сфері розробляли вітчизняні й зарубіжні вчені в галузі криміналістики, кримінального процесу й теорії оперативно-розшукової діяльності,

¹ Всесвітній огляд економічних злочинів. Україна: проведений міжнародною мережею фірм PwC (PricewaterhouseCoopers), грудень 2011 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pwc.com/uk_UA/ua/press-room/assets/GECS_Ukraine_ua.pdf.- С. 3, 9, 10, 11, 12, 13, 15

зокрема: Ю. П. Аленін, О. Я. Баєв, В. П. Бахін, В. Д. Берназ, Р. С. Белкін, Т. В. Варфоломеева, І. О. Возгрін, А. Ф. Волобуєв, В. К. Гавло, В. І. Галаган, В. Г. Гончаренко, В. Я. Горбачевський, Ю. М. Грошовий, О. Ф. Долженков, Л. Я. Драпкін, А. В. Дулов, В. А. Журавель, В. С. Зеленецький, А. В. Іщенко, Н. С. Карпов, Н. І. Клименко, І. П. Козаченко, О. Н. Колесніченко, В. О. Коновалова, І. І. Котюк, В. Є. Корноухов, В. С. Кузьмічов, В. В. Лисенко, В. К. Лисиченко, І. М. Лузгін, В. Г. Лукашевич, Є. Д. Лук'янчиков, Г. А. Матусовський, Д. Й. Никифорчук, В. Т. Нор, В. О. Образцов, Ю. Ю. Орлов, В. Л. Ортинський, М. А. Погорецький, Б. Г. Розовський, М. В. Салтевський, М. Я. Сегай, Г. П. Серєда, О. П. Снігерьев, С. М. Стахівський, В. Г. Танасевич, В. В. Тіщенко, Л. Д. Удалова, П. В. Цимбал, С. С. Чернявський, В. Ю. Шепітько, М. Є. Шумило, М. П. Яблоков та ін.

Водночас комплексне наукове дослідження методики розслідування заволодіння чужим майном, шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем не проводилося, відповідно не розроблялась проблема форм виявлення цього виду кримінальних правопорушень, що й ставиться за мету у цій публікації.

Виклад основного матеріалу

Виявлення заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, особливо вчинене групою осіб за попередньою змовою чи організованою групою або у великих чи особливо великих розмірах, пов'язане з великими труднощами та особливими складнощами, які обумовлюються такими факторами та причинами:

1. Зазвичай вчиненню аналізованого злочину передують ретельна підготовка із продуманістю способів, механізму, схем та обстановки його вчинення, а у разі вчинення його у співучасті (особливо організованими злочинними угруповуваннями), – ще й розподіл ролей та функцій із високим рівнем організації та ієрархії.

2. У переважній більшості заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем не є одиничним злочином: він є продовжуваним, довготривалим та/або багатоепізодним або ще й поєднується із вчиненням інших злочинів, утворюючи, так звані, «злочинні технології».

3. Із розвитком комп'ютерних технологій та активним впровадженням їх у повсякденне життя та господарську діяльність часто аналізований злочин

вчиняється із їх використанням, а відтак сліди вчиненого злочину із застосуванням комп'ютерних технологій легко можуть бути пошкоджені або знищені, а у разі їх наявності – ретельно замаскованими, тому їх (сліди) тяжко виявити та зафіксувати особі, яка не має відповідних спеціальних знань.

4. Основні сліди вчинення досліджуваного злочину знаходяться переважно у документах, зокрема облікових та бухгалтерських, які слугують як знаряддями вчинення та приховування злочину, так і його засобами, а відтак слідчий, працівник оперативного підрозділу для того, щоб виявити сліди злочину у зазначених документах повинні володіти необхідним рівнем знань в сфері економіки, бухгалтерського обліку, різних галузей права.

5. Правоохоронні органи накопичують практику та удосконалюють методику щодо виявлення аналізованих злочинів, проте із розвитком економічних відносин не поступаються і злочинці, які постійно «підвищують» рівень своїх вмінь, розробляють нові способи та схеми вчинення злочину, розширюють арсенал знарядь та засобів вчинення злочину.

6. Після вчинення аналізованого злочину він ретельно маскується, зокрема для вчинення злочину нерідко створюються фіктивні підприємства, які реєструються на підставних, вигаданих або

зовсім непричетних осіб, крім того, уся злочинна діяльність уміло маскується піддробленими документами, злочинній діяльності надається вигляд законної господарської тощо, тому аналізований злочин характеризується високим рівнем латентності.

7. Виявленню заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем також протидіють корумповані чиновники контролюючих, правоохоронних чи судових органів, які не бажають бути викритими і втратити «джерело доходів».

8. Трапляються випадки, коли потерпілі не звертаються до правоохоронних органів після виявлення заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем через небажання здійснення у зв'язку з цим перевірок суб'єкта господарювання через можливе виявлення інших злочинів чи правопорушень та втрати ділової репутації.

Перелік вказаних факторів ускладнюють процедуру виявлення досліджуваного злочину, а відтак і забезпечення якісного його розслідування.

Вважаємо за необхідне з'ясувати суть поняття «виявлення кримінального правопорушення (злочину)».

У тлумачному словнику поняття «виявити», від якого походить і термін

«виявлення», означає «зробити явним, викрити, розкрити».²

У законодавстві, зокрема у чинному КПК України³, Законах України «Про міліцію»⁴, «Про оперативно-розшукову діяльність»⁵, визначення цього поняття відсутнє, хоча воно часто вживається у зазначених нормативно-правових актах.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 25 КПК України прокурор, слідчий зобов'язані в межах своєї компетенції розпочати досудове розслідування в кожному випадку безпосереднього виявлення ознак кримінального правопорушення (за виключенням випадків, коли кримінальне провадження може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого) або в разі надходження заяви (повідомлення) про вчинення кримінального правопорушення, а також вжити всіх передбачених законом заходів для встановлення події

² Ожегов С. И. Словарь русского языка: Ок. 57 000 слов / Под. ред. чл.-корр. АН СССР Н. Ю. Шведовой. – 18-е изд., стереотип. – М.: Рус. яз., 1986. – 797 с. – С. 107.

³ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI із змінами і доповненнями в редакції від 04 червня 2014 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

⁴ Про міліцію: Закон України від 20 грудня 1990 року № 565-XII із змінами і доповненнями в редакції від 19 серпня 2014 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/565-12>.

⁵ Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18 лютого 1992 року № 2135-XII із змінами і доповненнями в редакції від 11 серпня 2013 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2135-12>

кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила. Крім того, згідно із ч. 1 ст. 214 КПК України 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 та розпочати розслідування⁶.

У абз. 5 ст. 2 Закону України «Про міліцію» зазначено, що одним із основних завдань міліції є виявлення кримінальних правопорушень, тому згідно із п. 2 ч. 1 ст. 10 зазначеного закону міліція відповідно до своїх завдань зокрема зобов'язана виявляти, запобігати і припиняти кримінальні правопорушення, вживати з цією метою оперативно-розшукових та профілактичних заходів, передбачених чинним законодавством.⁷

П. п. 1, 5 ст. 7 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» передбачено, що підрозділи, які

⁶ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI із змінами і доповненнями в редакції від 04 червня 2014 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

⁷ Про міліцію: Закон України від 20 грудня 1990 року № 565-XII із змінами і доповненнями в редакції від 19 серпня 2014 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/565-12>

здійснюють оперативно-розшукову діяльність, зокрема зобов'язані у межах своїх повноважень відповідно до законів, що становлять правову основу оперативно-розшукової діяльності, вживати необхідних оперативно-розшукових заходів щодо попередження, своєчасного виявлення і припинення злочинів та викриття причин і умов, які сприяють вчиненню злочинів, здійснювати профілактику правопорушень; здійснювати взаємодію між собою та іншими правоохоронними органами, в тому числі відповідними органами іноземних держав та міжнародних антитерористичних організацій, з метою швидкого і повного попередження, виявлення та припинення злочинів.

Водночас у ч. 2 ст. 7 зазначеного закону деталізується, що у разі виявлення ознак злочину оперативний підрозділ, який здійснює оперативно-розшукову діяльність, зобов'язаний невідкладно направити зібрані матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена КК України, до відповідного органу досудового розслідування для початку та здійснення досудового розслідування в порядку, передбаченому КПК України.

При цьому оперативним підрозділам для виконання завдань оперативно-розшукової діяльності за

наявності передбачених ст. 6 цього закону підстав надається зокрема право проводити контрольовану поставку та контрольовану і оперативну закупку товарів, предметів та речовин, у тому числі заборонених для обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форми власності з метою виявлення та документування фактів протиправних діянь (п. 2 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»)⁸.

Згідно із підпунктом 3.2.2 п. 3.2 Інструкції з організації реагування органів внутрішніх справ на повідомлення про кримінальні правопорушення, інші правопорушення, надзвичайні ситуації та інші події, затвердженої Наказом Міністерства внутрішніх справ України від 22 жовтня 2012 року № 940 «Про організацію реагування на повідомлення про кримінальні правопорушення, інші правопорушення, надзвичайні ситуації та інші події та забезпечення оперативного інформування в органах і підрозділах внутрішніх справ України», зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 03 січня 2013 року за № 54/22586, одним із основних обов'язків працівників міліції щодо реагування на повідомлення про кримінальні правопорушення та інші

⁸ Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18 лютого 1992 року № 2135-ХІІ із змінами і доповненнями в редакції від 11 серпня 2013 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2135-12>

події є виявлення, запобігання і припинення кримінальних правопорушень, вжиття з цією метою оперативно-розшукових та профілактичних заходів, передбачених чинним законодавством.⁹

Як бачимо на законодавчому та підзаконному рівні поняття «виявлення злочину» активно використовується, однак не тлумачиться. Спроби тлумачення цього поняття наявні у науковій літературі.

Так, на думку Т. І. Савчук, виявити злочин – означає встановити: а) ознаки підготовки до злочину; б) ознаки вчинення злочину; в) ознаки вчинених раніше злочинів, що маскуються і тому залишаються невідомими правоохоронним органам.¹⁰

А. Н. Халіков вказує, що виявлення криміналістичних ознак економічних злочинів, пов'язаних із службовою діяльністю, передбачає «виявлення відповідних слідів, ознак, знаків або

сигналів про них, виходячи з зовнішньої картини дійсності».¹¹

Однак ми не в повному обсязі не погоджуємося з такими твердженнями. По-перше, правильним, на нашу думку, є те, що встановлювати необхідно подію злочину, факт його вчинення, а не ознаки чи знаки, а, по-друге, не потрібно ототожнювати виявлення злочину та виявлення слідів, оскільки ці поняття співвідносяться як ціле і частина.

Як на наше переконання, виявлення злочину, – це діяльність фізичних осіб, представників або посадових осіб юридичних осіб, працівників контролюючих та правоохоронних і судових органів зі встановлення факту та події злочину, який готується, вчиняється, вчинений та/або прихований, шляхом виявлення слідів його підготовки, вчинення та/або приховування з метою можливості подальшого вирішення питання про початок досудового розслідування, його проведення та виконання завдань кримінального провадження.

9 Про організацію реагування на повідомлення про кримінальні правопорушення, інші правопорушення, надзвичайні ситуації та інші події та забезпечення оперативного інформування в органах і підрозділах внутрішніх справ України: Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 22 жовтня 2012 року № 940, зареєстрований в Міністерстві юстиції України 03 січня 2013 року за № 54/22586. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0054-13>

10 Савчук Т. І. Значення оперативно-розшукової діяльності у виявленні економічних злочинів / Т. І. Савчук // Форум права. – 2011. – № 4. – С. 634-639. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2011_4_106.pdf;

11 Халіков А. Н. Теория и практика выявления и расследования должностных преступлений (криминалистический аспект): автореф. дис. на соискание учен. степени доктора юрид. наук: специальность 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность» / Асям Наилевич Халіков. – Саратов: Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего профессионального образования «Саратовская государственная юридическая академия», 2011. – 59 с. – С.20. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.lawtech.ru/document/2012avtoref1090.->

Однак необхідно розрізняти виявлення злочину (кримінального правопорушення) фізичними чи юридичними особами, представниками влади, засобів масової інформації тощо та його виявлення працівниками правоохоронних органів та суду. Останній вид виявлення злочину законодавець називає «безпосереднім виявленням», зокрема у ст. 214 КПК України. Тому доцільним вважаємо виділяти два види виявлення залежно від суб'єкта: виявлення особами, які здійснюють його не у зв'язку із службовими обов'язками, і виявлення злочину особами, у яких відповідно до службових обов'язків таке виявлення є обов'язковим.

Так, Д. А. Бондаренко розглядає виявлення ознак злочину як самостійний, перший етап боротьби зі злочинами. При цьому науковець притримується думки, що доречніше вживати поняттям «криміналістичне забезпечення діяльності з виявлення злочину», яке є системою криміналістичних знань, що базуються на навичках та вмінні використовувати наукові способи та засоби, з метою встановлення фактів злочинів.¹²

¹² Бондаренко Д. А. Розслідування зловживань владою або службовим становищем та перевищень влади або службових повноважень (криміналістична характеристика та початковий етап розслідування): дис. ... канд. юрид. наук: спеціальність 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Дмитро Андрійович Бондаренко. – Запоріжжя: Запорізький юридичний інститут Дніпропетровського

В свою чергу, С. С. Чернявський вважає, що виявлення злочинів є формою діяльності правоохоронних органів, що в одних випадках передуює їх розкриттю та розслідуванню, а в інших – є складовою процесу розкриття (розслідування). При цьому виявлення злочинів відбувається під час проведення організаційних та оперативно-розшукових заходів.¹³

Проте і Д. А. Бондаренко та С. С. Чернявський ведуть мову про безпосереднє виявлення ознак злочину (кримінального правопорушення) працівниками правоохоронних та судових органів. Крім того, ми не підтримуємо положення, що виявлення злочину є структурною частиною чи етапом розслідування, тому що виявлення злочину є лише передумовою початку розслідування, яке, в свою чергу, розпочинається з моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань або в інших випадках, передбачених ч. 3 ст. 214 КПК України.¹⁴

державного університету внутрішніх справ, 2008. – 237 с.- С.20-21.

¹³ Чернявський С. С. Теоретичні та практичні основи методики розслідування фінансового шахрайства: дис. ... д-ра юрид. наук: спеціальність 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Сергій Сергійович Чернявський. – Київ: Національна академія внутрішніх справ, 2010. – 610 с.- С. 260.

¹⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI із змінами і доповненнями в редакції від 04 червня 2014 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

За КПК України 1960 р. В. М. Тертишник розглядає безпосереднє виявлення органом дізнання, слідчим, прокурором або судом злочину як «ініціативну діяльність правоохоронних органів, які, не отримавши ніякої офіційної інформації щодо злочину, застосовуючи непроцесуальні засоби отримання і фіксації інформації, виявляють злочин і порушують кримінальну справу, використовуючи надані їм повноваження».¹⁵ О. В. Сачко вважає, що безпосереднє виявлення органом дізнання, слідчим, прокурором або судом злочину означає, що ці службові особи та органи самі без будь-якого повідомлення виявляють злочин, використовуючи надані їм повноваження. Крім того, на думку науковця, безпосереднє виявлення злочину, – це окремий інститут кримінального процесу, який регулює активну інформаційну та правоохоронну діяльність уповноваженого суб'єкта – правоохоронного органу щодо пошуку латентних злочинів та обставин їх вчинення у передбаченій процесуальній формі, яка має характер збирання, закріплення і зберігання інформації щодо окремих фактів, подій чи осіб. Відтак, специфічним завданням безпосереднього

¹⁵ Тертишник В. М. Безпосереднє виявлення та технічне документування злочину / В. М. Тертишник // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ: Збірник наукових праць. – 2009. – № 3 (44). – 312 с. – С. 228-236.

виявлення злочину є отримання первинної інформації про латентні злочинні прояви.¹⁶

Зрозуміло, що виявити злочин можна шляхом отримання інформації про його вчинення від потерпілого суб'єкта господарювання або від інших осіб, посадових осіб, засобів масової інформації чи повідомлень контролюючих органів, шляхом безпосереднього виявлення злочину, зокрема слідчим чи прокурором під час досудового розслідування або судом під час судового розгляду. Проте виявляти злочин можуть і повинні оперативні працівники, які виявляють злочин як шляхом проведення гласної діяльності з виявлення ознак злочину, так і в процесі здійснення оперативно-розшукової діяльності.

Це підтверджується 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 Міністерства внутрішніх справ України від 19 листопада 2012 року № 1050 із змінами і доповненнями в редакції від 04 липня 2014 року «Про затвердження Інструкції про порядок ведення єдиного обліку в органах

¹⁶ Сачко О. В. Концептуальні проблеми інституту безпосереднього виявлення злочину / О. В. Сачко // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ: Збірник наукових праць. – 2011. – № 4. – С. 483-490. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Nvdduvs_2011_4_68.pdf.

і підрозділах внутрішніх справ України заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події та положень про комісії», зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 17 грудня 2012 року за № 2095/22407, відповідно до якого джерелом інформації про вчинення кримінальних правопорушень та інших подій, що надходить до органу внутрішніх справ, уповноваженого розпочати досудове розслідування, є: 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.¹⁷

На це також вказує і Р. С. Белкін, стверджуючи, що ознаки злочину можуть бути виявлені трьома шляхами: 1) працівниками оперативних підрозділів під час проведення оперативно-розшукових заходів, 2) громадянами, а також

¹⁷ Про затвердження Інструкції про порядок ведення єдиного обліку в органах і підрозділах внутрішніх справ України заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події та положень про комісії: Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 19 листопада 2012 року № 1050 із змінами і доповненнями в редакції від 04 липня 2014 року, зареєстрований в Міністерстві юстиції України 17 грудня 2012 року за № 2095/22407. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z2095-12/page>.

представниками різних державних і громадських організацій при проведенні перевірок і контрольних заходів тощо, 3) безпосередньо слідчим, прокурором і судом.¹⁸

Щодо виявлення злочину громадянами, в тому числі і потерпілими, існують проблеми, зазначені вище, і у даному випадку немає проблем з приводу суто процедури такого виявлення, однак ми в межах дослідження більш детально розглянемо виявлення заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем працівниками правоохоронних та контролюючих органів.

Вдалим та доцільним вважаємо поділ діяльності, спрямованої на виявлення економічних злочинів працівниками правоохоронних та контролюючих органів, проведений Т. І. Савчук, на два види: пошукову (діяльність оперативно - розшукових підрозділів, спрямовану на виявлення ознак економічних злочинів, та діяльність контролюючих органів, у процесі якої виявляються ознаки економічних злочинів) і кримінально-процесуальну (діяльність із перевірки заяв і повідомлень про злочини

¹⁸ Белкин Р. С. Курс криминалистики: в 3-х томах / Р. С. Белкин. – М.: Юристъ, 1997. – Т. 3: Криминалистические средства, приемы и рекомендации. – М.: Юристъ, 1997. – 480 с.-С. 391

та безпосереднє виявлення ознак злочину слідчим у ході розслідування)¹⁹

Проте у зв'язку із набранням чинності нового КПК України існує одне застереження: відповідно до положень чинного кримінально-процесуального законодавства у кримінальному провадженні відсутня стадія порушення кримінальної справи, а відтак і дослідча (попередня) перевірка заяв і повідомлень про злочини, оскільки 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 та розпочати розслідування.

Виявляти економічні злочини відповідно до Наказу Міністерства внутрішніх справ України від 03 вересня 2012 року № 769 із змінами і доповненнями в редакції від 08 лютого 2013 року «Про організацію діяльності підрозділів державної служби боротьби з економічною злочинністю Міністерства внутрішніх справ України»

¹⁹ Савчук Т. І. Значення оперативно-розшукової діяльності у виявленні економічних злочинів / Т. І. Савчук // Форум права. – 2011. – № 4. – С. 634-639. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2011_4_106.pdf.

та затверджених ним положень покликані саме працівники підрозділів державної служби боротьби з економічною злочинністю Міністерства внутрішніх справ України (в тому числі Департаменту державної служби боротьби з економічною злочинністю, управлінь (відділів) державної служби боротьби з економічною злочинністю головних управлінь, управлінь МВС України в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі, на транспорті, відділів (секторів) державної служби боротьби з економічною злочинністю міських, лінійних, районних управлінь (відділів), відділів спеціальної міліції головних управлінь, управлінь МВС України в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі, на транспорті) (далі – ДСБЕЗ).²⁰

До функцій У(В) ДСБЕЗ ГУМВС, УМВС зокрема належить вжиття оперативно-розшукових заходів з попередження, припинення та викриття злочинів у сфері економіки, посилення протидії зловживанням посадових осіб органів державної влади та управління, у

²⁰ Про організацію діяльності підрозділів державної служби боротьби з економічною злочинністю Міністерства внутрішніх справ України: Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 03 вересня 2012 року № 769 із змінами і доповненнями в редакції від 08 лютого 2013 року, зареєстрований в Міністерстві юстиції України 14 вересня 2012 року за № 1588/21900. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1588-12>.

сфері земельних відносин і використання державного майна, запобігання незаконному використанню надр та інших природних ресурсів, легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом. В свою чергу до основних завдань відділів (секторів) державної служби боротьби з економічною злочинністю міських, лінійних, районних управлінь (відділів), відділів спеціальної міліції головних управлінь, управлінь МВС України в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі, на транспорті належать ужиття оперативно-розшукових заходів щодо попередження та викриття злочинів у сфері економіки, протидії хабарництву, зловживанням посадових осіб органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, захисту бюджетних коштів від злочинних посягань, у тому числі фактів хабарництва серед посадових осіб органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, протидії злочинам, пов'язаним з розкраданням бюджетних коштів, у сфері інтелектуальної власності, зловживаннями у сфері земельних відносин, при використанні державного майна, запобігання незаконному використанню надр та інших природних ресурсів, легалізації (відмиванню) доходів, отриманих незаконним шляхом; виявлення економічних злочинів проти власності, у сфері службової і господарської

діяльності, інтелектуальної власності, забезпечення відшкодування, завданих злочинами матеріальних збитків.

С. С. Чернявський виокремлює чотири основні методи виявлення злочинів у фінансовій сфері, які використовують оперативні підрозділи: 1) використання конфіденційних джерел інформації, що перебувають на зв'язку в оперативного працівника; 2) організація проведення документальних ревізій, аудиторських та інших спеціальних перевірок фінансово-господарської діяльності; 3) отримання інформації від інших правоохоронних та контролюючих органів (підрозділів ДПА України, Національного банку України, Державної митної служби України, Держфінмоніторингу України тощо); 4) аналіз заяв і повідомлень організацій і громадян, зокрема оброблення інформації ЗМІ (в тому числі спеціалізованих видань та ресурсів глобальної електронної мережі Інтернет).²¹

За результатами дослідження Т. І. Савчук значна кількість економічних злочинів виявляються у процесі проведення оперативно-розшукових заходів оперативними підрозділами (у 63 % випадків кримінальні справи про

²¹ Чернявський С. С. Теоретичні та практичні основи методики розслідування фінансового шахрайства: дис. ... д-ра юрид. наук: спеціальність 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Сергій Сергійович Чернявський. – Київ: Національна академія внутрішніх справ, 2010. – 610 с.- С.269.

економічні злочини були порушені за матеріалами ОРД на підставі КПК України 1960 року). Тому Т. І. Савчук вважає, що «оперативно-розшукова діяльність стоїть на першому місці у виявленні економічних злочинів». ²² Такої ж думки і І. Ф. Герасімов, Л. Я. Драпкін.²³

Зрозуміло, що проведення оперативно-розшукової діяльності (далі – ОРД) можливе при наявності відповідних підстав. У нашому випадку згідно із п. 1 ч. 1 ст. 6 Закону України «Про ОРД» підставою для проведення ОРД є наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів, про заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем, що готуються, та осіб, які готують вчинення вказаного злочину.

Законодавець надав працівникам оперативних підрозділів досить широкі повноваження, зокрема можливість застосування як гласних, так і негласних пошукових заходів ОРД.

На підставі викладеного вище вважаємо, що оперативні підрозділи для

²² Савчук Т. І. Значення оперативно-розшукової діяльності у виявленні економічних злочинів / Т. І. Савчук // Форум права. – 2011. – № 4. – С. 634-639. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2011_4_106.pdf.

²³ Криміналістика: Учеб. для вузов / Под ред. И. Ф. Герасимова, Л. Я. Драпкина. – М.: Высш. шк., 2000. – 672 с.-С.476.

виконання завдань оперативно-розшукової діяльності щодо виявлення заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем здійснюють: опитування осіб про факт та обставини вчинення злочину чи дій по його підготовці, за їх згодою, використовують їх добровільну допомогу для пошуку первинної інформації та перевірки даних про факт та обставини підготовки до вчинення злочину; проводять як оперативно-розшуковий захід контрольовану поставку та контрольовану закупку товарів, предметів та речовин з метою виявлення та документування фактів реалізації майна, що отримане в наслідок вчинення заволодіння; порушують в установленому законом порядку питання про проведення перевірок фінансово-господарської діяльності підприємств, установ, організацій та осіб, які займаються підприємницькою діяльністю або іншими видами господарської діяльності індивідуально, за необхідності беруть участь в їх проведенні особисто з метою пошуку та виявлення даних, що вказують на факт вчинення заволодіння майном, та можуть бути доказами у кримінальному провадженні; гласно (за необхідності негласно) ознайомлюються з документами та даними, що характеризують діяльність підприємств, установ та організацій, на яких вчинено факт заволодіння майном,

документів що характеризують зміст та обсяг повноважень службових осіб щодо можливостей використання службового становища для вчинення заволодіння майном, виготовляють копії з таких документів, на вимогу керівників підприємств, установ та організацій – виключно на території таких підприємств, установ та організацій; звертаються з клопотанням до слідчого судді в порядку, передбаченому КПК України, для витребування документів та даних, що характеризують діяльність підприємств, установ, організацій, повноваження службових осіб, даних, що характеризують спосіб життя цих осіб, а також їх рідних та близьких, з приводу пошуку даних щодо підготовки або вчинення факту заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем, а також, джерело та розміри їх доходів, способів отримання та місць зберігання; відвідують жилі та інші приміщення за згодою їх власників або мешканців для з'ясування обставин вчинення заволодіння майном, а також збирання відомості про протиправну діяльність осіб, щодо яких провадиться перевірка; негласно проникнення та обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи згідно з положеннями КПК України для: виявлення слідів вчинення заволодіння, речей та документів, які мають значення для встановлення обставин підготовки та

вчинення злочину; виготовлення копій чи зразків речей та документів; виявлення та вилучення зразків дослідження під час провадження досудового розслідування; залучають осіб зі складу ОВС для виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації щодо фактів вчинення заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем у разі вчинення злочину організованою групою та злочинною організацією; здійснюють аудіо-, відео контроль особи, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, електронних інформаційних мереж згідно з положеннями КПК України; накладають арешт на кореспонденцію, здійснюють її огляд та виїмку згідно з положеннями КПК України; здійснюють спостереження за особою, річчю або місцем, а також аудіо, відео контроль місця згідно з положеннями КПК України.

При цьому, згідно із ч. 14 ст. 9 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» оперативно-розшукові заходи, пов'язані з тимчасовим обмеженням прав людини, проводяться з метою запобігання тільки тяжким або особливо тяжким злочинам, їх виявлення та припинення. Тому проведення таких оперативно-розшукових заходів можливе лише при виявленні та припиненні

привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, що вчинені повторно, за попередньою змовою групи осіб, у великих розмірах, в особливо великих розмірах або організованою групою.

Окрім вищевикладених заходів виявлення фактів заволодіння чужим майном службовою особою шляхом зловживання своїм службовим становищем для забезпечення збереження виявленої інформації працівники міліції, зокрема мають право: вимагати проведення інвентаризацій і ревізій відповідних сфер фінансово-господарської діяльності; опечатувати каси, склади та архіви на термін не більше 24 годин з моменту такого опечатування, зазначеного в протоколі.

Таким чином, описані, передбачені законодавством заходи, що вживаються оперативними підрозділами ДСБЕЗ, дають можливість вчасно виявити факт готування до вчинення заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, а також якісно їх зафіксувати, зберегти та у перспективі використовувати у процесі провадження досудового розслідування.

Das Prinzip der Volkssouveränität als Grundlage der Rechtsträgerschaft und Anerkennung des ukrainischen Volkes als Subjekt in verfassungsrechtlichen Beziehungen

Vadim Mykolajowitsch Kortschaka

Doktorand am Lehrstuhl für rechtliche Grundfragen

der Fakultät für Recht und Massenkommunikation

Charkiwer Nationale Universität des Inneren

Ukraine

In diesem Beitrag werden die wissenschaftlichen Ansätze des Verständnisses der Begriffe staatliche und nationale Souveränität sowie der Volkssouveränität, ferner ihre Entwicklung und Wechselbeziehungen untersucht. Weiter geht es um die Charakterisierung des Prinzips der Volkssouveränität als Grundlage der Rechtssubjektivität des ukrainischen Volkes und schließlich um die Anerkennung des ukrainischen Volkes als Subjekt in verfassungsrechtlichen Beziehungen.

Der Autor kommt zu dem Ergebnis, dass die staatliche und nationale Souveränität sowie die Volkssouveränität sich objektiv ergänzen.

In seiner Untersuchung weist der Autor auf die Probleme bei der Implementierung der Volkssouveränität in den „Körper“ der ukrainischen Verfassung hin: Das ukrainische Parlament hat nur einmal im Namen des ukrainischen Volkes gehandelt – als es die Verfassung annahm; in keiner anderen Norm der ukrainischen Verfassung ist festgelegt, dass das Parlament im Namen des ukrainischen Volkes handelt. Die Gesetze werden nicht im Namen des „ukrainischen Volkes“ angenommen und der Präsident der Ukraine handelt „im Namen des Staates“ (Art. 102 II der ukrainischen Verfassung). Mehr noch, auch die Gerichte entscheiden nicht im Namen des ukrainischen Volkes sondern „im Namen der Ukraine“ (Art. 124 V der ukrainischen Verfassung). Also handeln die Gerichte nicht im Auftrag des Volkes, das die einzige Quelle jeglicher Gewalt in der Ukraine ist sondern im Namen des Staates. Die Verfassung spiegelt auch nicht wieder, dass die Organe der örtlichen Selbstverwaltung im Namen der entsprechenden örtlichen Bevölkerung handeln, also des Dorfes, der Siedlung, der Stadt, des Rayons oder des Oblasts.

Aus der Tatsache, dass die staatlichen Organe eine abgeleitete Befugnis wahrnehmen, folgert der Autor, dass es weitaus logischer wäre, in der ukrainischen Verfassung eine Regelung aufzunehmen, dass staatliche Organe (vor allem diejenigen, deren Mitglieder vom Volk gewählt werden) im „Namen des ukrainischen Volkes“ handeln.

**Принцип народного суверенітету як основа правосуб'єктності і визнання
Українського народу суб'єктом конституційно-правових відносин**

Корчака Вадим Миколайович

здобувач кафедри

загальноправових дисциплін

Факультету права та масових комунікацій

Харківського національного

університету внутрішніх справ

Україна

Основний Закон України, проголосивши в ст. 5, що носієм суверенітету в Україні є народ, визначив його участь в конституційно-правових відносинах і роль в Українському державотворенні. Водночас це вимагає детального дослідження правової природи народного суверенітету. Дане питання було об'єктом дослідження з боку таких сучасних вчених правників, як Тодики О.Ю., Ебзеева Б.С., Судницина Ю.Г., Скуратова Ю.І., Людвіка В. Д., Скакун О.Ф., Мірошніченка Ю.Р. та ін. Проте існує потреба систематизувати їх наукові погляди і на цій основі виробити своє авторське бачення сутності народного суверенітету як основи правосуб'єктності і визнання Українського народу суб'єктом конституційно-правових відносин. Це складає мету нашої наукової роботи.

Слід зазначити, що концепція народного суверенітету вперше була висловлена ще за часів феодалізму

депутатом від Бургундії Філіппом По у 1484 р. на зібранні Генеральних штатів у м. Тур (Франція)¹. Хоча сам термін «суверенітет» і поняття суверенітету вперше було сформульоване французьким мислителем Жаном Боденом, який у своїй праці «Шість книг про республіку» (1576 р.) позначив таким чином абсолютну і неподільну владу, що належала монарху і запропонував засновану на ньому концепцію державної влади. За Ж. Боденом – це постійна і абсолютна, найвища і невідчужувана влада в державі, яка здійснюється монархом в середині країни, так і за її межами. Він виключив наявність будь-якої іншої влади, яка могла б бути вищою за цю владу².

¹ Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Видавництво «Українська енциклопедія» імені М.П. Бажана, 2002. – Т. 4. – 720 с.

² Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Видавництво «Українська енциклопедія» імені М.П. Бажана, 2003. – Т. 5. – 784 с.

В подальшому ідея суверенітету була розвинута представниками школи природного права, які на цій основі виробили концепцію «народного суверенітету». У 1603 р. німецький юрист Йоганн Альтузій у своїй роботі «Політика», виходячи із школи природного права і договірної теорії виникнення держави і влади монарха, обґрунтував принцип невідчужуваності суверенітету народу і його право на активний супротив монарху, який порушує свій договір з народом щодо влади. На його думку, монарх, що не дотримувався вимог договору, втрачає божий авторитет своєї влади, а народ, що його зняв, виконує при цьому тільки волю Божу. Альтузій вважав, що суверенну владу дає народу сам Бог, і вона належить народу завжди та є невідчужуваною, монарх же здійснює не своє, а чуже право, оскільки це право народу і він реалізує верховну владу, виходячи з договору між ним та народом. Таким чином народ зобов'язаний підкорятися владі монарха тільки до тих пір, поки останній дотримується вимог та умов договору, а якщо монарх порушує боже і природне право чи порушує закони держави, то він може бути повалений з трону³.

³ Годика О.Ю. Народовладдя на трансформаційному етапі розвитку держави і суспільства: монографія / за ред. О.В. Петришина, д-ра юрид. наук, проф. акад. АПрН України. – Х.: Право, 2007. – С. 7-8.

Концепція Іогана Альтузія була продовжена відомим нідерландським правником Гуго Гроцієм, який у своїй працях (три книги «Про право війни та миру» (1625 р.) висловлював ідею договірної теорії виникнення держави. Однак він вважав, що установча влада народу є одноразовим актом передачі влади монарху і не розділяв думку, що народ має право у всіх без винятку випадках закликати володарів до відповідальності та стверджував, що держава як така і її народ є явищами ідентичними і рівнозначними. Він же розмежував поняття суверенітету і його носія та розглядав суверенітет не як саму державну владу, а як її особливу властивість і що поняття суверенітету змінювало свій зміст залежно від особливостей конкретного історичного періоду.

Певний внесок у становлення теорії народного суверенітету вніс і Томас Гоббс та інші мислителі того часу. У науковому обігу поняття «суверенітет народу» з'явилося в XVII ст. У цей же час під час англійської буржуазної революції концепція «народного суверенітету» закріплюється у програмних документах партії левелерів «Основні закони та вольності Англії», що декларував народ єдиним джерелом влади за своєю природою.

Проте найбільшого розквіту теорія народного суверенітету досягла напередодні Великої французької

революції у творах французького мислителя Жан-Жака Руссо, який у своїх наукових трактатах доводив, що єдиним сувереном та носієм влади є народ. Він визначав народний суверенітет як невідчужувану та неподільну владу народу, керовану його спільною волею. Народ, за його підходом, є суб'єктом та носієм суверенної влади, джерелом повноважень усіх органів держави. Тільки управління суспільними справами, яке підкоряється законам, що прийняті народом і реалізуються відповідно до його волі, є законним і справедливим. «Народ, котрий підкоряється законам, повинен бути їх творцем. Якщо ж закон не затверджений безпосередньо народом, це взагалі не закон», – писав він⁴. Таким чином, Ж.-Ж. Руссо практично не визнавав важливу роль у здійсненні народовладдя представницьких органів. Він прямо заперечував сумісність принципу народного суверенітету і представницької демократії. Саме під впливом праць Ж.-Ж. Руссо починають проводитись перші референдуми у Франції, входячи згодом у повсякденну практику її державотворення.

Варто відзначити, що такі ідеї французького мислителя мали своїх опонентів ще за часів французької революції. Найбільш знаними серед них були Шарль Монтескє та Емануїл Сійєс. Е

⁴ Руссо Ж.-Ж. Трактати. – М.: Политиздат., 1969. – С. 471.

Сійєс вважав, що переважна більшість громадян нездатна оцінювати зміст законів, які могли бути запропоновані на їх розгляд. На його думку, їм не вистачає освіти, щоб розуміти ці закони, і дозвілля, щоб їх вивчати.

Однак в цілому теорія народного суверенітету все більше отримувала своє визнання. У XVIII ст. ідея суверенітету народу як носія державної влади набула завершеності. У 1848 році вона знайшла своє нормативне закріплення у Конституції Франції 1848 р. Надалі у конституціях інших країн. Як зазначається у літературі: «Гене́за ідей державного і народного суверенітету пов'язувалася з еволюцією державного владарювання, зі змінами у суспільно-політичному житті, що зумовлювали цю еволюцію. Ідея суверенітету держави відобразила становлення і зміцнення абсолютизму. Поява ж ідеї народного суверенітету засвідчила зрушення у феодальному суспільстві в напрямі його історичної трансформації. Якщо ідея суверенітету держави слугує характеристиці державної влади загалом, то про народний суверенітет ідеться у зв'язку з визначенням її носія»⁵.

Сьогодні принцип народного суверенітету в загальному плані визнаний в

⁵ Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Видавництво «Українська енциклопедія» імені М.П. Бажана, 2003. – Т. 5. – 784 с.

конституційній практиці абсолютної більшості країн. Його проголошено «відправним конституційним принципом». Майже всі конституції в тих чи інших формулюваннях містять положення про те, що влада (суверенітет) належить народу, походить від народу⁶: «Всі влади походять від народу. Вони здійснюються у порядку, встановленому конституцією» (ст. 25 Конституції Бельгії); «Суверенітет належить народу, котрий реалізує його у формах і межах конституції» (ст. 1 Конституції Італії). Іноді замість народного суверенітету декларується національний суверенітет. «Національний суверенітет належить іспанському народу, від якого походять повноваження держави» (ст. 1 Конституції Іспанії). Подібний текст містить конституція Франції: «Національний суверенітет належить народу, який здійснює його через своїх представників і шляхом референдуму» (ст. 3 Конституції Франції).

Однак таке визнання і конституційне закріплення принципу народного суверенітету не свідчить, що у правовій науці має місце однозначне його сприйняття.

Традиційно в науці конституційного права виділяють три різновиди суверенітету: державний, національний і народний. Ряд авторів

⁶ Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции / Р.В. Енгибарян. – М., 2007. – С. 180.

вважають, що ґрунтуючись на принципі неділимості суверенітету, зазначені три види суверенітету можна ототожнити. Зокрема, російський вчений Б.С. Ебзеев стверджує, що сам зміст принципу суверенітету виключає одночасне існування декількох суверенних влад в одній державі. Тобто, на його думку, говорячи про три види суверенітету, мається на увазі різні аспекти однієї і тієї ж категорії і різних підходах до її забезпечення⁷. Однак така позиція підпадає під критику. Як стверджує В.М. Шаповал, державний суверенітет і народний суверенітет – це поняття, пов'язані з явищем державного владарювання. Вони об'єктивно взаємодоповнюються, але різняться між собою⁸. Це ж можна сказати і щодо національного суверенітету.

Можемо констатувати, що в правовій науці поняття державного суверенітету трактується як верховенство держави на своїй території і незалежність у міжнародних відносинах. Держава розглядається як носій суверенітету, який має дві якості: 1) верховенство держави означає дію в межах її території тільки одної влади, яка є основою повноважень

⁷ Эбзеев Б.С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. М., 2005. – С. 340-341.

⁸ Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Видавництво «Українська енциклопедія» імені М.П. Бажана, 2003. – Т. 5. – С. 684.

всіх державних органів та посадових осіб;
 2) незалежність влади в міжнародних відносинах – це її непідпорядкованість будь-якій зовнішній владі, владі інших держав. Хоча в літературі називаються і інші риси суверенної держави: а) незалежність і самостійність державної влади; б) територіальну цілісність держави; в) наявність власної правової системи; г) розповсюдження юрисдикції держави на всю територію країни⁹; або ж: а) єдність влади, що виражається в наявності єдиного вищого органу чи системи органів, які складають у своїй сукупності вищу державну владу; б) монополія або концентрація владного примусу в руках держави в особі її органів; в) необмеженість державної влади; г) зовнішня незалежність держави¹⁰. А, виходячи з Декларації Про державний суверенітет України, можна виділити такі риси державного суверенітету, як: а) верховенство влади Республіки; б) самостійність влади України; в) повноту влади; г) неподільність влади Республіки в межах її території; д) незалежність у зовнішніх зносинах; е) рівноправність у

зовнішніх зносинах¹¹. Проте зазначені риси виступають деталізуючими по відношенню до таких рис державного суверенітету, як верховенство держави на своїй території і незалежність держави у міжнародних відносинах.

Що ж стосується національного суверенітету (суверенітету націй) то у більшості джерел поняття національного суверенітету зводиться до поняття суверенітету народу. Як зазначають укладачі «Юридичної енциклопедії», ідея суверенітету народу як носія державної влади набула завершеності у 18 ст. Саме тоді в Європі активізувався процес виникнення національних держав. У зв'язку з цим народний суверенітет тоді нерідко сприймався і визначався саме як національний суверенітет (ст. 3 Декларації прав людини і громадянина 1789). Подібно визначений носій (джерело) державної влади і в сучасних конституціях деяких країн (Бельгії, Іспанії, Люксембургу, Польща, Туреччини та ін.). В такому сенсі термін «суверенітет національний» є синонімом терміну «народний суверенітет»¹².

Хоча сьогодні під народним суверенітетом традиційно розуміють:

⁹ Тодика О.Ю. Народовладдя на трансформаційному етапі розвитку держави і суспільства: монографія / за ред. О.В. Петришина, д-ра юрид. наук, проф. акад. АПрН України. – Х.: Право, 2007. – С. 117.

¹⁰ Левин И.Д. Суверенитет. – СПб: Издательство «юридический центр Пресс», 2003. – С. 72.

¹¹ Декларація про державний суверенітет України // Відомості Верховної Ради. – 1990. – № 30. – Ст. 429.

¹² Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Видавництво «Українська енциклопедія» імені М.П. Бажана, 2003. – Т. 5. – С. 685.

належність публічної влади народу, верховенство тієї влади, якою володіє народ як суб'єкт суверенітету¹³; реальне повновладдя народу, яке забезпечується суверенними правами народу у всіх сферах суспільного життя і реалізується шляхом системи інститутів демократії¹⁴.

Водночас в енциклопедичній та іншій науковій літературі може даватися більш деталізована характеристика народного суверенітету. Наприклад, в юридичній енциклопедії зазначається: народний суверенітет (франц. *souverainete*, первісно – вершина, верховна влада, від лат. *superus* – верхній) – один з основних принципів міжнародного та конституційного права, що передбачає визнання народу єдиним джерелом влади в державі та його виключного права на зміну конституційного ладу. Народ здійснює свою владу безпосередньо (референдуми, вибори та інші форми безпосередньої демократії) і через представницькі органи та посадових осіб держави і місцевого самоврядування¹⁵.

Український науковець В.Д. Людвік сутність народного суверенітету зводить

¹³ Манелис Б.Л. Проблема суверенитета и ее значение в современных условиях. Ташкент, 1964. – С. 11.

¹⁴ Судницын Ю.Г., Скуратов Ю.И. Конституционное обеспечение суверенитета народа в Советском государстве // Советское государство и право. – 1981. – №1. – С. 23.

¹⁵ Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Видавництво «Українська енциклопедія» імені М.П. Бажана, 2002. – Т. 4. – С. 61-62.

до таких положень: народ є єдиним джерелом верховної влади в державі; публічна влада існує виключно в його інтересах; народу має належати верховенство права вирішення найважливіших питань державного та суспільного життя, формування органів публічної влади, що здійснюватимуть функцію політичного управління, а також право контролю за їх діяльністю. Науковець визначає народний суверенітет як політико-юридичну властивість народу, що означає його здатність та реальну можливість бути верховним і повновладним суб'єктом у вирішенні найважливіших питань внутрішньої і зовнішньої політики у формах, що не заборонені Конституцією і законами¹⁶.

Згідно Рішення Конституційного Суду України № 6-рп/2005 від 05 жовтня 2005 року положення Конституції України «носієм суверенітету... є народ» закріплює принцип народного суверенітету, згідно з яким влада Українського народу є первинною, єдиною і невідчужуваною, тобто органи державної влади та органи місцевого самоврядування здійснюють владу в Україні, що походить від народу¹⁷.

¹⁶ Людвік В. Д. Принцип народного суверенітету в історії політико-правової думки, теорії права та політичній практиці : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. – Харків, 2009. – С. 15.

¹⁷ Рішення Конституційного Суду України по справі № 1-5/2005 від 05 жовтня 2005 року № 6-рп/2005 // Офіційний вісник України, 2005. – №41. – Ст. 31.

В окремих джерелах говориться, що сутність концепції народного суверенітету в тому, що народ є носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в суспільстві і державі, йому належить вся повнота влади, яка здійснюється в трьох формах – державній, суспільній і владі місцевого самоврядування¹⁸; повновладдя народу, тобто володіння народом соціально-економічними і політичними засобами для реальної участі в управлінні справами суспільства і держави¹⁹ чи досить близько до цього, – це повновладдя народу, тобто володіння народом соціально-економічними і політичними засобами, які всебічно і послідовно забезпечують реальну участь всіх соціальних груп прошарків в управлінні справами суспільства і держави²⁰; або ж дається характеристика народного суверенітету як одного з принципів організації демократичної держави, сутність якого полягає в тому, що народ визнається джерелом влади в країні, органи ж державної влади повинні діяти від імені народу і в його інтересах. Юридично

¹⁸ Конституционное право. Энциклопедический словарь. /Отв. ред. С.А. Авакьян. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА.М), 2000. – С. 563.

¹⁹ Энциклопедический юридический словарь /Под общ. ред. В.Е. Крутских. – 2-е изд. – М.: ИНФРА-М, 1998. – С. 308.

²⁰ Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия / Под ред. М.Ю. Тихомирова. – М.: Издание г-на Тихомирова М.Ю., 1998. – С. 431.

принцип суверенітету народу виражається в наявності комплексу соціально-економічних, політичних, організаційних і специфічних юридичних механізмів, завдяки яким народ здійснює вплив на управління суспільством і державою. До їх числа відносяться, перш за все, інститути безпосередньої і представницької демократії²¹.

Російський вчений О.О. Югов пропонує виділяти три аспекти народного суверенітету: 1) домінуючу ідею сучасного прогресивного політичного і правового світогляду про організацію публічної влади; 2) конституційний принцип демократичного суспільно-політичного розвитку; 3) найважливіший політико-правовий інститут конституційного права²².

О.Ф. Скакун та Д.А. Бондаренко стверджують, що суверенітет народу (англ. *sovereignty of people*) – означає верховенство народу як джерела і носія влади, його право самому вирішувати свою долю, безпосередньо або через представницькі органи приймати участь у формуванні політики своєї країни, складу її органів, контролювати діяльність державної влади. Характерними рисами народного суверенітету вони називають: 1)

²¹ Конституционное право: Словарь / Отв. ред. В.В. Маклаков. – М.: Юрист, 2001. – С. 482.

²² Югов А.А. Правовые основы публичной власти в Российской Федерации / А.А. Югов. – Екатеринбург. Изд. дом «УрГЮА», 1999. – С. 44.

бути джерелом і носієм верховної влади в країні; 2) формувати представницькі органи; 3) делегувати свої повноваження представницьким органам влади; 4) мати свій статус в державі, який закріплений в конституції; 5) приймати участь в законотворчій діяльності; 6) здійснювати контроль за діяльністю представницьких та інших органів влади тощо. «Суверенітет народу, – пишуть О.Ф. Скакун та Д.А. Бондаренко, – передбачає дію принципу «верховенства волі більшості при дотриманні прав меншості»²³.

Є і інші підходи науковців - правників щодо розуміння правової природи і рис народного суверенітету.

В цілому, виходячи з характеристик державного, національного і народного суверенітетів, можна зробити висновок, що вони не тотожні поняття. Тому ми не поділяємо точку зору, викладену у свій час в літературі, що суверенітет являє собою властивість певних форм спільноти людей, який виражається в їх самостійності і незалежності в загальних справах (завданнях, функціях), які поєднують людей в дану спільноту. Прихильники цього підходу пишуть: «До найбільш значних форм історичної спільноти такого роду в сучасний період відносяться

²³ Скакун О.Ф., Бондаренко Д.А. Юридический научно-практический словарь-справочник (основные термины и понятия) / Под общ. ред. проф. Скакун О.Ф. – Харьков: Эспада, 2007. – С. 387.

держава, народ і нація. Кожна з них пов'язує людей складними і багаточисельними суспільними відносинами. Звідси три різновиди суверенітету, які діють одночасно»²⁴.

Нам ближча позиція відомого радянського державознавця Б.В. Щетиніна, який стверджував, що три різновиди суверенітету – народний, державний і національний – є самостійними, але не супротивними один одному. Він вважав, що державний, національний і народний суверенітети можуть при необхідності виступати в якості єдиного суверенітету радянського народу, (наприклад, при виборах до Рад або ж всенародному голосуванні), так і самостійно, коли народ виступає як соціальна (наприклад, при визначенні правил соціалістичного гуртожитку людей), державна (наприклад, у правотворчості), або національна (наприклад, у питаннях визначення форм національної державності) спільнота. У даному випадку, зазначав Б.В. Щетинін, мається на увазі не весь народ, а окремі нації чи народності²⁵.

Хочемо відзначити, що державний, національний і народний суверенітети різняться за своєю суттю і в той же час

²⁴ Советское государственное право: Учебник для юрид. ин-тов и фак-тов / Под ред. проф. А.И. Лепешкина. – М.: Юрид. лит., 1971. – С. 102.

²⁵ Щетинин Б.В. Проблемы теории советского государственного права. – М.: Юрид. лит., 1974. – С. 12-13.

дуже взаємопов'язані між собою правові явища, які, у свою чергу, пов'язані з явищем владарювання і в основі яких лежить верховенство, самостійність влади і незалежність у вирішенні внутрішніх і зовнішніх справ.

Державний, національний і народний суверенітети об'єктивно взаємодоповнюються. При цьому народний суверенітет – як здійснення всієї повноти влади народом – можна вважати передумовою чи серцевиною і державного суверенітету, і національного суверенітету. Це проявляється у тому, що реалізація народного суверенітету можлива тільки зі створенням держави чи державного утворення, оскільки тільки в цьому випадку волі народу надається державно обов'язкова сила, коли народ безпосередньо (шляхом референдуму, виборів органів публічної влади чи іншої форми безпосередньої демократії) або через органи влади приймає рішення державного характеру. Ці рішення обов'язкові для всіх, вони виконуються добровільно, а за необхідності, забезпечуються організаційним впливом і примусовою силою держави. Водночас суверенітет дозволяє державі виступати від імені народу у міжнародних відносинах, надає їй можливість бути офіційним представником держави у відносинах з міжнародною спільнотою.

Що ж до національного суверенітету, то його реалізація повинна поєднуватися з

настроями та побажаннями громадян інших національностей, що проживають на цій же території. Якщо національний суверенітет приводить до проголошення держави тільки однієї нації, це може уразити інтереси громадян інших національностей і навіть викликати протистояння між ними. Тому, як пишуть науковці, багатонаціональна держава в особі своїх вищих органів повинна бути носієм суверенітету не якої-небудь окремої нації, а суверенітету, що належить саме даній багатонаціональній державі, яка виражає як загальні інтереси всіх об'єднаних націй, так і специфічні інтереси кожної з них²⁶. А дослідники національного суверенітету О.Ф. Скакун та Д.А. Бондаренко уточнюють цей момент: «Суверенітет національний, по суті, виступає формою прояву народного суверенітету»²⁷.

Отже, можна резюмувати, що народний суверенітет, з одного боку, кореспондується з державним суверенітетом, коли народом вважаються всі громадяни, що проживають на території країни, і який визнається носієм суверенітету і єдиним джерелом влади, з другого боку, – з національним

²⁶ Хропанюк В.Н. Теория государства и права: Учебное пособие /Под ред. проф. В.Г. Стрекозова. – М.: «Дабахов, Ткачев, Димов», 1995. – С. 61-62.

²⁷ Скакун О.Ф., Бондаренко Д.А. Юридический научно-практический словарь-справочник (основные термины и понятия) /Под общ. ред. проф. Скакун О.Ф. – Харьков: Эспада, 2007. – С. 388.

суверенітетом, коли народом визнаються громадяни всіх національностей, що проживають на території країни, і у сфері державотворення втілюються інтереси головної (титульної) нації та захищаються інтереси громадян держави інших національностей.

Категорія «народний суверенітет» має самостійну структуру – стійку сукупність елементів і відношень між ними. Актуальність дослідження питання структури категорії «народний суверенітет» обумовлена тим, що при її розкритті стає можливим відобразити зв'язок народного суверенітету і влади народу, а також реалізацію цієї влади народом і участь народу в конституційно-правових відносинах.

У науковій літературі є різні точки зору щодо структурного розуміння народного суверенітету. Зокрема, В.Т. Кабишев виділяє такі елементи структури народного суверенітету як: 1) загальна суверенна воля народу; 2) народне представництво; 3) політична відповідальність посадових осіб і депутатів²⁸. Ю.І. Скуратов ці елементи відносить до функціональної структури народного суверенітету, яку складають: суверенна воля народу, державне

²⁸ Кабишев В.Т. Конституционное обеспечение народного суверенитета СССР // Проблемы конституционного права. Выпуск №1(2). – Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1974. – С. 14.

керівництво суспільством в інтересах суспільства і при його участі; народне представництво; пряме народовладдя; високий рівень політичної інформованості народу по питанням внутрішньодержавної і міжнародної політики; систему соціального контролю народу за діяльністю органів влади і посадових осіб; політичну відповідальність депутатів і посадових осіб перед народом²⁹. В той час як логічна структура, на його думку, включає в себе наступні елементи: сутність, зміст, основи, суб'єкт, об'єкт, форми, гарантії народного суверенітету.

Дещо інший склад структури народного суверенітету пропонує І.Є. Фарбер, який включає в нього поряд з суб'єктом суверенітету як його безпосереднього носія, а також здійснення суверенітету, який протікає в суспільних відносинах, і об'єкт суверенітету³⁰.

На наш погляд, найбільш вірною позицією є підхід Ю.І. Скуратова на тій підставі, що саме здійснення суверенітету не може бути структурним елементом, так як самі права (які складають зміст суверенітету), володіння ними не означає

²⁹ Скуратов Ю.И. Конституционное регулирование народного суверенитета в СССР (опыт систематизации основных институтов): автореф. дис. ... канд. юрид. наук., 12.00.02. – Свердловск, 1977. – С. 13.

³⁰ Фарбер И.Е. Социализм и народный суверенитет // Вопросы советского государства и права в свете решений XXIV Съезда КПСС. Межвузовский тематический сборник. Выпуск 1-2. Иркутск, 1972. – С. 24.

обов'язкове користування ними. А елементами структури народного суверенітету виступають сутність, зміст, основи, суб'єкт, об'єкт, форми, гарантії народного суверенітету.

Варто також відзначити, що зміст народного суверенітету як ядро його структури, що виражене в верховенстві народу у всіх сферах діяльності держави, включає великий комплекс соціально-економічних, політичних та ідеологічних суспільних відносин. В якості системоутворюючих зв'язків, які визначають структуру всіх даних суспільних відносин між народом і державою, виступають суверенні права народу, які в своїй сукупності і характеризують зміст його суверенітету, однак народний суверенітет це не проста сукупність суверенних прав. Як зазначає І.Д. Левин, права, а конкретно, суверенні права народу, складають зміст народного суверенітету, але не тотожні йому. Суверенітет не складається з прав; він є підставою прав, відображаючи разом з тим і характер здійснення цих прав ³¹. Суверенітет – не просто певний обсяг компетенції, який можна ділити з ким-небудь, а це політико-правова якість держави.

³¹ Левин І.Д. Суверенитет. – СПб: Издательство «юридический центр Пресс», 2003. – С. 80.

Закріплення в Конституції України суверенітету народу говорить про побудову системи держави і права в Україні на основі доктрини природних та невідчужуваних прав людини. Саме Український народ делегував частину своєї природної свободи на користь державної влади та наділив державу повноваженнями вимагати від кожного індивідуума виконання дій та рішень органів державної влади в межах, встановлених Українським народом в Конституції України³².

Принцип народного суверенітету – це не просто «ідея», «ідеал», а це водночас засади, на яких базуються всі положення нашого Основного Закону держави, головний стрижень конституційно-правового регулювання суспільних владних відносин в Україні, а також ідеал, що визначає вектор розвитку нашої країни та суспільства. І, як зазначає з цього приводу Мірошніченко Ю. Р., саме крізь призму принципу народного суверенітету слід аналізувати норми Конституції України з метою створення такої суспільно-політичної моделі України, яка б заохочувала і забезпечувала свободу політичної участі та пряме народовладдя в усіх його проявах і на всіх рівнях –

³² Щербанюк О.В. Визначальна роль народного суверенітету для конституційного принципу народовладдя // Альманах права. «Основоположні принципи права як його ціннісні виміри». – К.: Національна академія наук України. Інститут держави і права ім. В. М. Корецького, 2012. – № 3. – С. 464.

державному, місцевому, професійному тощо³³.

Суверенітет народу – це першоджерело права. «Саме у відповідності з суверенною волею народу – пише Б.С. Ебзеев – визначається система основних прав і свобод людини і громадянина, які покладають безпосередні юридичні обов'язки на законодавчу, виконавчу і судову владу»³⁴.

Народний суверенітет означає, що народ ні з ким не ділить свою владу (і нікому її не передає), здійснює її самостійно і незалежно від будь-яких соціальних сил, використовує виключно у власних інтересах. Народний суверенітет неділимий, має і може мати лише одного суб'єкта – народ. І цей народ наділений реальною можливістю вирішувати питання державного характеру, самому вирішувати свою долю, важливі питання державного і суспільного розвитку, формувати напрямки внутрішньої і зовнішньої політики своєї держави, визначати механізм державної влади, контролювати діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування і т. ін.

Народний суверенітет – це не зовнішня по відношенню до народу, не,

³³ Мірошніченко Ю.Р. Проблеми конституційно-правового регулювання реалізації принципу народного суверенітету як фундамент народовладдя в Україні // Право України. – 2011. - №8. – С. 262-273.

³⁴ Эбзеев Б.С. Конституция. Демократия. Права человека. – Москва. Черкесск: АО «ПУЛ», 1992. – С. 171.

так звана, «стороння» риса, а внутрішньо притаманна народу якість, яка реалізується, як ми уже говорили, за умови формування суверенної держави. При цьому слід зазначити, що, на наш погляд, при характеристиці цього аспекту народного суверенітету варто виокремити таку категорію, як «суверенність», і уточнити, що народ наділений суверенністю, що виступає об'єктивною, невід'ємною, внутрішньо, притаманною йому властивістю, і народним суверенітетом, який виступає уже практичною реалізацією суверенності народу в конкретних державно-правових формах.

В аспекті досліджувальної проблематики хотілось би звернути увагу на певні проблеми імплементації принципу народного суверенітету в «тіло» Конституції України, про які говориться у вітчизняній літературі. Так, виходячи з того, що всі органи державної влади реалізують вторинну владу, яка є похідною від носія суверенітету і єдиного джерела влади в Україні, то логічним було б вживання в Конституції України положення про те, що той чи інший орган державної влади (особливо, склад якого обраний народом) діє «від імені Українського народу». Проте, згідно з Основним Законом держави: Верховна Рада України діяла від імені Українського народу лише один раз, – приймаючи

Конституцію України; в жодній же іншій нормі Конституції України не зафіксовано, що парламент діє від імені Українського народу; закони також не приймаються «іменем Українського народу»; Президент України діє «від імені держави» (ч. 1 ст. 102 Конституції України). Більш того, навіть судові рішення ухвалюються судами не іменем Українського народу, а «іменем України» (ч. 5 ст. 124 Конституції). Тобто, правосуддя здійснюється не за дорученням народу, який є єдиним джерелом всієї (і будь-якої) влади в Україні, а за дорученням і від імені держави. У Конституції України також не відображено, що органи місцевого самоврядування діють від імені територіальних громад відповідних сіл, селищ, міст, районів, областей³⁵.

³⁵ Мірошніченко Ю.Р. Конституційно-правове забезпечення народовладдя в Україні: Монографія. / за ред. О.Л. Копиленка. – К.: «Фенікс», 2012. – С. 67-68.

**Die Beziehung des verfassungsrechtlichen Verhandlungsgrundsatzes zu anderen
Grundprinzipien der ukrainischen Gerichtsbarkeit**

Roman Waleriowitsch Milizianow

Doktorand am Lehrstuhl für rechtliche Grundfragen

der Fakultät für Recht und Massenkommunikation

Charkiwer Nationale Universität des Inneren

Ukraine Richter am Rayongericht, Sume

Ukraine

In diesem Beitrag wird die Rolle der verfassungsrechtlichen Grundlagen des Verhandlungsgrundsatzes behandelt, wie sie sich aus deren funktionalen Charakteristiken ergeben. Ferner werden die Beziehungen dieser Grundlagen der Gerichtsbarkeit zu den anderen verfassungsrechtlichen Grundlagen der ukrainischen Gerichtsbarkeit analysiert. Am Ende stehen Empfehlungen für die Verbesserung des Modells des Verhandeln in der ukrainischen Gerichtsbarkeit.

Generell ist festzuhalten, dass der Verhandlungsgrundsatz durch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit nur insoweit begrenzt wird ist, als keine Widersprüche zum Grundsatz der Hoheit des Rechts bestehen. Die Parteien und das Gericht müssen die Möglichkeit haben, während des Verfahrens Vorschriften eines Gesetzes kritisch zu beurteilen und die Regelungen eines Normwerkes auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen.

Nach Auffassung des Autors zählt unter den heutigen Bedingungen des Modells des Verhandeln das Recht zur Verfügung (Disposition) zum Inhalt der Verhandlungsgrundsatzes und ist dessen untrennbarer Bestandteil.

So sollte den Berufungsgerichten eine allgemeine Befugnis zur Überprüfung von Gerichtsentscheidungen gegeben werden unter Ausschluss von eigener Beweiserhebung und der Überschreitung des Klageantrags.

Als Ergebnis wird festgestellt, dass der Verhandlungsgrundsatz als Grundlage des Gerichtsverfahrens einen gewissen Vorrang vor anderen verfassungsrechtlichen Grundsätzen hat und das Muster für das Funktionieren anderer Grundlagen der Gerichtsbarkeit sein sollte.

Nach der hier vertretenen Auffassung gibt dieser Grundsatz den Parteien wie dem Gericht die prozessualen Garantien zur Wahrnehmung aller gesetzlich vorgesehenen Befugnisse, lässt deren Beschränkung ausschließlich zu dem Zweck der Sicherstellung der Streitentscheidung zu und

verteilt die prozessualen Pflichten zwischen Gericht und den Parteien, wobei der Trend zur Stärkung deren Position geht.

Співвідношення конституційної засади змагальності сторін з іншими основними засадами судочинства України

Міліціанов Роман Валерійович

здобувач кафедри загальноправових дисциплін

Факультету права та масових комунікацій

Харківського національного університету внутрішніх справ

Суддя Зарічного районного суду м. Суми

Україна

Актуальність теми

Важливість досліджуваної проблематики полягає в тому, що через з'ясування ролі засади змагальності сторін та визначення її співвідношення з іншими конституційними засадами судочинства можна буде визначити місце змагальності в системі засад, надати рекомендації для вдосконалення інших засад функціонування судової влади з метою втілення змагальної моделі процесу. За рахунок чого судова влада зможе забезпечити як сторонам, так і суду процесуальні гарантії щодо реалізації всіх закріплених законом процесуальних повноважень.

Аналіз публікацій за проблематикою дослідження та постановка проблеми

Науковий доробок складають праці вітчизняних вчених: Лутковської В., Фазикош Г. В., Зейкан Я. П., Луніна С. В.,

Грошевого Ю. М., Бігуна В. А., Баранкової В. В., Комарова В. В., Шишкіна В. І., Маркуш М.А., Даровських С.М., Нечипорук С. В., Скрипнюка О. В., Федоренко В.Л., Ковальчука С.О., Мохонько О.О., Бондарчук С.А. та інших.

Наукові дослідження цих авторів неоднозначно формують співвідношення змагальності сторін з іншими принципами судової влади: одні науковці виділяють окремі принципи в самостійні правові інститути, інші вважають частину принципів елементами змагальності.

Тому, *метою даного дослідження* є визначення співвідношення змагальності сторін з іншими засадами судочинства, яке створювало б реальну можливість кожній стороні процесу ефективно відстоювати свої права та законні інтереси, при підтримці суду. Крім того, за рахунок визначення ролі змагальності, ми маємо на меті підтвердити системоутворюючий характер цієї конституційної засади судочинства.

Виклад основного матеріалу

В цивільному та адміністративному судочинстві забезпечуються вимоги принципу* змагальності: змагальність та рівноправність сторін, підпорядкування суду процесуальному законодавству. На відміну від цього, у кримінальному судочинстві завжди бере участь представник держави, на якого покладається обов'язок підтримання державного обвинувачення та доведення вини¹.

Незважаючи на деякі відмінності, змагальність сторін притаманна всім видам судочинства, тому перша характеристика ролі змагальності сторін полягає в об'єднанні змагальними процедурами всіх судових процесів. Статус змагальності сторін як основної конституційної засади судочинства вимагає від неї утвердження єдиного підходу до формування повноважень сторін та суду в рамках усіх судових спеціалізацій, котрі регламентовані галузевим процесуальним законодавством України.

* В ході дисертаційного дослідження зроблено висновок про необхідність розмежування конституційних засад судочинства, закріплених безпосередньо в Основному Законі, та галузевих принципів, котрі регламентовані процесуальними кодексами.

¹ Лунін С.В. Принцип змагальності сторін як конституційна гарантія справедливого судочинства в Україні: дисер. канд. юр. наук – Академія адвокатури України – Київ, 2011. – С. 72

Суддя Конституційного Суду України В.І. Шишкін наголошує, що суд фактично не намагається встановити, що сталося в дійсності, він виходить із заяв сторін і з'ясовує лише те, що вони подають. У цих випадках мова йде про «формальну правду»². Однак, в повній мірі з таким формальним підходом щодо розгляду справи виключно в межах предмету спору погодитись не можна.

Звичайно, суд не може встановити істину з максимальною точністю, оскільки її знають лише очевидці подій, але в своїх висновках повинен максимально до неї наближатися. Констатуючи доведеність вимог, суд має точно впевнитись, що його рішення відповідає духу права та основам справедливості. Повна пасивність суду та зведення процесу до змагального протистояння сторін нівелюватиме мету функціонування судової влади – встановлення справедливості. В такому випадку, змагальність існуватиме задля забезпечення форми, а не змісту судочинства.

Активність суду повинна спрямовуватись на першочергове, однак не виключне, забезпечення сторонам можливостей реалізувати змагальні повноваження.

Так, змагальність є різновидом

² Шишкін В. Змагальність – принцип судочинства в демократичному суспільстві // Право України.– 1999р. – №12. – С. 22.

активності зацікавленої особи. Особи, котрі беруть участь у справі, вправі вільно розпоряджатися своїми матеріальними і процесуальними правами й активно впливати на процес з метою захисту прав та охоронюваних законом інтересів. Водночас розпорядження зазначеними правами відбувається під контролем суду³. Отже, роль змагальності сторін полягає також в наданні як сторонам, так і суду процесуальних гарантій щодо забезпечення реалізації всіх закріплених законом повноважень, допускає їх обмеження виключно з метою забезпечення вирішення предмету спору, а не інших життєвих ситуацій.

Дії сторін полегшують функції суду, докази однієї сторони впливають на докази іншої, протистояння породжує істину та дає суду можливість винести справедливе рішення. Для утвердження змагального судового процесу необхідним є досягнення оптимального балансу між контрольними можливостями сторони і повноваженнями суду щодо збирання доказів.

Г.В. Фазикош стверджує, що змагальність має призвести до перерозподілу ролі сторін та суду в процесі доказування, має підкріплюватися і

³ Лутковська В. Застосування судами України при здійсненні правосуддя ст. 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини // Право України №8. – 2004. – С. 31.

збалансовуватись рівністю сторін, як основною гарантією конституційного принципу доступності судового захисту, передбачати не формальну рівність, а забезпечувати рівність процесуальних можливостей сторін⁴. Функціонування будь-якої засади судочинства, також і змагальності сторін, підпорядковується загальній меті існування судової влади – досягнення істини при вирішенні спору. Отже, роль засади змагальності полягає також в тому, що вона є одним із засобів забезпечення встановлення істини в ході судового процесу та досягнення справедливості.

З позиції В.В. Комарова. своєчасна та належна реалізація судом повноважень сприяє безперешкодному функціонуванню принципу змагальності, вільному змагання сторін, використанню особами, які приймають участь у справі, прав та виконанню обов'язків⁵.

Дія принципу змагальності ґрунтується на переконанні: протилежність інтересів сторін найкраще забезпечить повноту матеріалів справи через активне виконання сторонами процесу тільки їм

⁴ Фазикош Г. Змагальний тип цивільного судочинства та вплив змагальних процедур на судові рішення // Право України. – 2002. – №12. – С. 28.

⁵ Комаров В.В. Проблемы науки гражданского процессуального права / В.В. Комаров, В.А. Бигун, В.В. Баранкова; Под ред. проф. В.В. Комарова. – Х.: Право, 2002. – С. 187.

притаманних функцій⁶. Як зазначила О.П. Єрмакова, безсумнівна прогресивність змагальності очевидна, оскільки вона значно розширює права сторін щодо відстоювання своїх інтересів і тим самим підвищує об'єктивність самого суду⁷. На думку Луніна С.В., для суду змагальність сторін є тією підставою, реалізація якої при всебічному, повному та об'єктивному з'ясуванні судом всіх обставин справи дозволяє ухвалити законне, обґрунтоване і справедливе рішення⁸.

Тобто, суд, реалізуючи змагальні повноваження, повинен втручатися в діяльність сторін у виключних випадках, має створити такі умови, коли сторони самостійно зможуть встановити істину по справі та зібрати всі необхідні докази. Отже, змагальність є способом досягнення істини шляхом активності учасників процесу, яка стимулюється повноваженнями суду.

Ми вважаємо, що роль змагальності не може зводитись до формального вирішення спору, адже змагальність не зменшує сенс правосуддя, а лише

перерозподіляє процесуальні обов'язки між судом та сторонами, рухаючись у збільшенні можливостей останніх. Намагання переходу України до нової політичної і соціальної реальності спонукає її до закріплення в Конституції та розвитку у відповідних законах тих домінуючих у світі передових ідей, які світове співтовариство впроваджує у судочинстві загалом. Саме в дусі соціальної спрямованості держави, враховуючи міжнародно-правовий досвід, повинна розвиватись змагальна модель судового процесу, зменшуючи обвинувальний, розшуковий, ініціативний зі сторони суду ухил.

Згідно з чинним законодавством суду надані всі необхідні повноваження приймати рішення на підставі принципу верховенства права. Це можливості використання аналогії права і закону, прямого застосування належним чином ратифікованих міжнародних договорів, у тому числі рішень Європейського суду з прав людини, визнання пріоритетності прав і свобод особи. З одного боку, конституційна засада змагальності підпорядковується загально правовим принципам: верховенства права, законності, доступу до правосуддя, водночас, є основою для функціонування інших засад ведення судового процесу та формує підґрунтя для втілення правосуддя. Отже, змагальність є своєрідним ланцюгом

⁶ Маркуш М.А. Принцип змагальності в кримінальному процесі України: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.09 / НЮАУ ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2006. – С. 25.

⁷ Єрмакова Е. П. Концепция роли суда в доказывании по гражданским делам в современном российском праве и праве зарубежных стран // Российский судья. – 1998. – № 1. – С. 58.

⁸ Лунін С.В. Принцип змагальності сторін як конституційна гарантія справедливого судочинства в Україні: дисер. канд. юр. наук – Академія адвокатури України – Київ, 2011. – С. 81.

між загально правовими та основними засадами судочинства, важливим є визначення її місця в системі засад, які впливають на здійснення судочинства та пов'язані з реалізацією правосуддя.

Оцінюючи змагальність сторін як модель побудови судового процесу, можна стверджувати, що такий статус створює базові правила, які повинні стати взірцем для функціонування інших засад судочинства.

Зокрема, законність має діяти, враховуючи такі ознаки змагальності, як рівність учасників процесу, розмежування функцій суду та сторін, забезпечення доступності до суду, права на оскарження судових рішень, тощо. Одночасно, засада змагальності опосередковано, через її контролюючу функцію, є гарантом законності, адже саме суд, діючи в рамках процесуальних повноважень, створює умови для реалізації сторонами змагальних повноважень. Механізм реалізації засади змагальності сторін вимагає законодавчого закріплення і бездоганного виконання елементів змагальності: наявність сторін в процесі надання ним рівних прав, незалежність і нейтралітет суду, можливість його активної участі для заповнення зусиль сторін⁹.

⁹ Даровських С.М. Принцип змагальності в кримінальному процесі Росії і механізм його реалізації: автореф. дис. к.ю.н. // Науч. рук. Ю.Д. Лившиц. – Челябинск, 2001. – 22с. // Електронний ресурс:

Однак, суд не повинен сліпо слідувати законності, адже закон не завжди відображає справедливість та може не в повній мірі відповідати потребам громадянського суспільства, тому законність не можна вважати головною засадою судочинства. Слід визнати, що довіра до закону, як і до суду, значно зменшилася, можливо завдяки тому, що суд діє лише в чітко визначених законом межах (ч.2 ст.19 Конституції України).

Засада змагальності першочергово має підпорядковуватись принципу верховенства права. Суд, вчиняючи процесуальні дії, та, здійснюючи правосуддя, має надавати критичну оцінку закону, співставляючи його з нормами Конституції України, міжнародно-правовими актами, практикою Європейського суду з прав людини. Такі повноваження закріплені положеннями процесуальних кодексів.

Змагальність повинна підпорядковуватись законності лише в тій частині, де відсутні протиріччя з принципом верховенства права. Сторонам та суду повинні забезпечуватись повноваження, спрямовані на критичну оцінку положень закону в ході судового змагання, та можливість перевірки положень нормативного акту на відповідність Конституції України.

<http://www.law.edu.ru/book/book.asp?bookID=105574>

Одночасно прийняття законів (кодексів), які визначають змагальні процедури, права учасників процесу, доступ до правосуддя повинно узгоджуватись з принципом верховенства права, нормами Основного закону та міжнародними актами. Тобто, завдяки утвердженню та реалізації законності як засади судочинства в дусі гарантування прав і свобод людини та закріплення механізмів встановлення судом істини, має вибудовуватись змагальна модель судового процесу.

Взаємозв'язок рівності та змагальності як конституційних засад судочинства полягає в тому, що рівність створює загальні критерії для одного з елементів змагальності, в свою чергу, змагальність гарантує практичне втілення рівності в судочинстві.

Засада змагальності тісно взаємозв'язана із забезпеченням права на захист, бо гарантії своєї реалізації змагальність забезпечує через реалізацію останнього. Розширення змагальних повноважень неодмінно повинно пов'язуватись зі збільшенням процесуальних гарантій на одержання кваліфікованої правової допомоги за рахунок доповнення суб'єктів одержання безоплатної правової допомоги; розширення можливостей її одержання не лише в кримінальному судочинстві, але й при вирішенні всіх категорій справ; можливості вільного вибору захисника, не

лише з числа адвокатів, але й інших фахівців у галузі права, тощо.

Презумпція невинуватості тісно взаємопов'язана з засадою змагальності сторін, адже забезпечує можливість сторонам викласти перед судом свої доводи, а від суду вимагає відношення до підсудного, як до особи невинуватої, до встановлення її вини обвинувальним вироком. Презумпція невинуватості коригує змагальність шляхом перерозподілу обов'язку доказування, встановлює правила поведінки в процесі щодо збирання доказів та їх оцінки як для його учасників, так і для суду, тобто впливає як на хід судочинства, так і на здійснення правосуддя шляхом оцінки доказового матеріалу з позиції первинної невинуватості сторони захисту.

Окремо вважаємо за необхідне звернути увагу на співвідношення засади змагальності сторін з представництвом прокурора в судовому процесі. Вся процесуальна діяльність прокурора повинна спрямовуватись на забезпечення всебічного, повного і об'єктивного розгляду справ та прийняттю справедливих і законних рішень. З метою повної реалізації принципу змагальності, слід виключити з підзаконних, відомчих актів будь-які посадові обмеження для прокурора у випадку його відмови від підтримання державного обвинувачення, виправдання обвинуваченого.

Відповідальність повинна нести виключно держава, регрес вимог має допускатись. Якщо дії прокурора призвели до істотного порушення прав людини (тримання під вартою, обмеження свободи, матеріальні втрати, арешт майна, тощо).

Особливе місце у співвідношенні з засадою змагальності сторін слід відвести диспозитивності. Розуміння законодавцем диспозитивності зводиться до «свободи в наданні сторонами суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості» (п. 4 ч. 3 ст. 129 Конституції України). Однак, В.І. Шишкін стверджує, що вказане речення не є тлумаченням принципу диспозитивності, але воно значно наближає до його суті, хоча й не розкриває в повному обсязі¹⁰. Дійсно, сфера дії диспозитивності не обмежується лише наданням доказів та доведенням їх переконливості перед судом, адже засада диспозитивності визначає також можливості сторін і інших осіб, які беруть участь у справі, залежно від їх розсуду та особистої доцільності розпоряджатися предметом спору, виникненням, розвитком та завершенням процесу.

Слід звернути увагу, що в науковій літературі має місце точка зору, за якою вчення про змагальне начало, – це вчення про діяльність суду, що розпочалася, а

вчення про диспозитивне начало стосується ще й моменту, який передує діяльності суду і тому не входить у вчення про змагальне начало¹¹.

Виходячи з предмету даного дослідження, стверджуємо, що в сучасних умовах засада диспозитивності виникає раніше за змагальність, оскільки ще до звернення до суду та підготовки правової позиції з доказовою базою, особа самостійно вирішує чи звертатися їй до суду за судовим захистом. Однак, як засада судочинства змагальність передує диспозитивності, оскільки, пред'являючи позов до суду, та, фактично, в такий спосіб, вчинюючи первісну процесуальну дію, особа вже реалізує змагальне повноваження, а вже пізніше, по ходу судового процесу, вирішує, які докази надати суду та доводити їх переконливість. З протилежної сторони диспозитивність виникає після одержання інформації про наявність в суді вимог до неї. Якщо відповідач (обвинувачений) вирішує захищатися, то його диспозитивна воля втілюється в змагальних можливостях.

Пасивна поведінка в процесі, небажання надавати докази, ухилення від безпосередньої участі, як прояв визначеної п.4 ч.3 ст.129 Основного Закону свободи, може вважатись диспозитивною лише,

¹⁰ Шишкін В. Диспозитивність – принцип судочинства // Право України. – 1999. – №6. – С. 12.

¹¹ Маркуш М.А. Принцип змагальності в кримінальному процесі України: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.09 / НЮАУ ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2006. – С. 52.

коли такі дії чи бездіяльність пов'язані з відсутністю процесуальної зацікавленості в результатах розгляду справи. Якщо ж пасивна поведінка спричинена необхідністю приховати певні докази, створити умови неможливості доведення перед судом певних обставин, то такі дії входять до тактики захисту, спрямовані на досягнення сприятливого процесуального результату, тобто мають змагальний характер.

Засада змагальності визначає можливості і обов'язки сторін щодо доказування підстав заявлених вимог і заперечень щодо відстоювання своєї правової позиції, надає комплекс прав, спрямованих на їх участь у доказуванні та на відстоювання ними своєї процесуальної позиції¹². Тому, диспозитивність і змагальність взаємозалежні і взаємодоповнюють одна одну. Змагальність та диспозитивність визначають і посилюють свою дію. Змагальність є тільки там і тоді, коли в процесі представлені протилежні сторони, які звичайно, окрім направлених на доведення своєї позиції повноважень, повинні вільно обирати способи свого захисту та висловлювати бажання з приводу участі в судовому процесі. Отже,

¹² Котенко В.М. Забезпечення процесуальних прав і законних інтересів позивача та відповідача в адміністративному судочинстві України: дисер. канд. юр. наук – Національний університет «Одеська юридична академія» – Київ, 2011. – С. 89.

за рахунок поєднання засади змагальності сторін та принципу диспозитивності і формується загальне уявлення про змагальність в судовому процесі.

При цьому зауважуємо, що диспозитивна свобода учасників процесу закінчується там, де виникає обов'язок суду справедливо та неупереджено вирішити спір, встановити істину по справі. Як примус не може існувати без права, так і обов'язок доказування не може носити тотального характеру, а неодмінно повинен надавати альтернативу поведінки та гарантувати свободу в наданні доказів. Відтак, в умовах сучасної змагальної моделі судочинства, диспозитивність має входити до змісту засади змагальності та визнаватися її невід'ємним елементом.

Роль засади забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду полягає у тому, що надання заінтересованим особам права на оскарження є однією з гарантій ухвалення правосудного судового рішення у справі, на що і повинна бути спрямована діяльність суду. Справедливість судового рішення неможлива без реалізації права заінтересованої особи на його перевірку іншим складом суду.

Аналізуючи межі розгляду справи апеляційним судом, можна стверджувати, що існують два підходи їх визначення: суд апеляційної інстанції не може вийти за межі заявлених в апеляційній скарзі вимог; апеляційний суд не обмежений доводами апеляційної скарги, якщо під час розгляду справи буде встановлено неправильне

застосування норм матеріального права або порушення норм процесуального права, які є обов'язковою підставою для скасування рішення. На даний час необхідно запровадити такий механізм розгляду спору, коли в жодного стороннього спостерігача не виникне сумніву в об'єктивності винесеного остаточного судового рішення.

Відтак, розгляд по суті спірних відносин щонайменше чотирма професійними судьями (суддею першої інстанції та колегією апеляційного суду) підтверджуватиме законність та обґрунтованість судового рішення. Отже, судам апеляційної інстанції слід надати загальні повноваження щодо перегляду судових рішень, включаючи збирання доказів та вихід за межі пред'явлених позовних вимог. Тому змагальні повноваження сторін та суду не можуть обмежуватись на стадії апеляційного оскарження, за виключенням подачі нових доказів сторонами, які можуть їх надавати, попередньо довівши неможливість пред'явлення в суді першої інстанції. Однак дане обмеження не може поширюватись на апеляційний суд, який, принаймні з другої спроби, повинен всебічно дослідити спірні відносини та встановити істину.

Засада обов'язковості судових рішень за своєю практичною реалізацією, по суті, має змішаний, суб'єктивно-

об'єктивний характер залежно від процесу, в якому вони прийняті, та підлягає безумовному виконанню всіма особами, яких воно стосується¹³. Змагальні процедури на стадії виконання судових рішень при розгляді скарг, клопотань, вирішенні питання про спосіб виконання судового рішення або припинення обов'язку його виконувати, повинні підсилювати статус судового рішення, спрямовуватись на утвердження його обов'язковості.

Змагальність, в свою чергу, реалізуючись на стадії виконання судового рішення, підтверджує своє поширення на всі стадії судового процесу та створює додаткові процесуальні гарантії для обов'язкового виконання рішення суду.

Висновки

Засада змагальності сторін тісно пов'язана з усіма без виключення засадами судочинства, закріпленими ст.129 Конституції України, функціонує в їх цілісній системі, мета якої спрямовується на реалізацію ідеї справедливого правосуддя. Однак, змагальність як засада, що формує модель судового процесу, має певний пріоритет та з категорії основних (ч.3 ст.129 Основного Закону) може бути

¹³ Лунін С.В. Принцип змагальності сторін як конституційна гарантія справедливого судочинства в Україні: дисер. канд. юр. наук – Академія адвокатури України – Київ, 2011. – С. 97.

перенесена до групи первинних засад судочинства (регламентують стандарти, яким повинне відповідати судочинство в цілому, за відсутності або порушенні даних засад судочинство не може розпочатися – ст.ст.10, 55, 124, ч.2 ст.129, п.7 ч.3 ст.129 Конституції України).

Роль змагальності полягає в наданні як сторонам, так і суду процесуальних гарантій щодо забезпечення реалізації всіх закріплених законом повноважень, допускає їх обмеження виключно з метою забезпечення вирішення предмету спору, а не інших життєвих ситуацій. Роль змагальності не може зводитись до формального вирішення спору, адже змагальність не зменшує сенс правосуддя, а лише перерозподіляє процесуальні обов'язки між судом та сторонами, рухаючись у напрямку збільшення можливостей останніх. Змагальність є своєрідним ланцюгом між загально правовими та основними засадами судочинства та формує модель судового процесу, має певний пріоритет перед іншими конституційними засадами адже регламентують стандарти, котрим повинне відповідати судочинство.

**Politisch-kriminologische Technologie des massenhaften Widerstandes:
Die Voraussetzungen der Anwendung und die Besonderheiten der Analyse
im Kontext der Verbrechensbekämpfung**

Doz. Dr. Jurij Wolodymyrowytsch Orlow

Dozent am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie

Fakultät für die Ausbildung von Ermittlungsbeamten

Nationale Universität des Innern, Charkiw

Ukraine

In diesem Beitrag geht es um die Voraussetzungen für die Anwendung und die Besonderheiten der wissenschaftlichen Analyse der politisch-kriminologischen Technologie des massenhaften Widerstandes durch das Prisma des Problems der Verbrechensbekämpfung.

Unter dem Begriff politisch-kriminologische Technologie versteht man einen Komplex von Maßnahmen auf der Grundlage von zielgerichteten und völlig rechtmäßigen Handlungen einer bestimmten Zahl von Menschen, deren Ziel es ist, die Staatsführung zu überzeugen, bestimmte politische Entscheidungen zu treffen oder zu unterlassen, die die überwiegende Mehrheit der Bevölkerung des Landes unterstützt und deren Anlass die äußerste Notwendigkeit ist, die kriminellen Handlungen der politischen Eliten zu beenden.

Es werden die Kriterien dargelegt, nach denen ein Umsturz als kriminelle Übernahme der Staatsgewalt anzusehen ist. Dessen wesentliches Merkmal ist die Personifizierung von Handlungen des Verwaltens und Organisierens und deren Ausrichtung auf die Übernahme der Staatsgewalt im wörtlichen Sinn. Hierzu zählen aber nicht Handlungen, mit denen die Befugnisse eines staatlichen Organs zeitweise übernommen wurden, um dadurch den Eintritt schwerer sozialer und körperlicher Schäden zu verhindern.

Es werden zwei wesentliche Situationen der Beurteilung der Legalisierung eines Staatsumsturzes unterschieden und analysiert: Zum einen, wenn die Leiter der höheren und zentralen Staatsbehörden sich selber von der Pflichterfüllung zurückzogen, es ihnen aber tatsächlich möglich war, ihre Pflichten zu erfüllen. Zum anderen, wenn diese Möglichkeit nicht bestand.

Als Ergebnis wird festgestellt, dass der Einsatz von Staatsumstürzen als Anwendung von außerordentlicher politisch-kriminologischer Technologie zur Wiederherstellung der Rechtsordnung nur in den Fällen angesehen werden kann, wenn er ausschließlich (oder überwiegend) das Ziel der Prävention von Straftaten hat, unter der Voraussetzung, dass sich rückblickend zeigt, dass andere

Maßnahmen, auf den kriminellen Staatsapparat einzuwirken ineffektiv waren und wenn Tatsachen belegen, dass die Mehrheit der Bevölkerung eine Bereitschaft zum Äußersten zeigte.

**Політико-кримінологічна технологія масового спротиву:
підстави застосування та особливості аналізу в контексті протидії злочинності**

Орлов Юрій Володимирович

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри кримінального права та кримінології

факультету підготовки фахівців

для підрозділів слідства

Харківського національного університету внутрішніх справ,

Україна

Виникнення й становлення на пострадянському політико - економічному просторі незалежної держави України відбувалося у досить специфічних, історично нетипових, умовах, пов'язаних із докорінною зміною не лише політичної системи, а й ідеологічних засад суспільного розвитку, системи господарювання. Однією з особливостей вказаного процесу, яка суттєво вплинула на подальшу генезу всіх без виключення сфер соціодинаміки, стала пряма чи опосередкована інтеграція організованих злочинних угруповань із політичними інститутами. В структурі останніх, як наслідок, міцно утвердилась комерційна, кримінальна за своєю сутністю, основа, яка багато в чому визначає реальну спрямованість функціонування значної частини державного апарату, і яка має мало спільного із втіленням у життя високих соціальних стандартів, ліберально - гуманістичної філософії владарювання в

цілому. В таких умовах вельми логічно виглядає інтенсифікація наукових політико - кримінологічних досліджень у напрямі вивчення специфіки новітніх синтетичних проявів злочинності у сфері політичної діяльності та протидії їй відтворенню.

Суттєвого рівня наукової розробки проблеми політичної злочинності набули у працях О. М. Бандурки, В. М. Бурлакова, Я. І. Гілінського, В. О. Глушкова, В. М. Дрьоміна, А. П. Закалюка, П. А. Кабанова, О. Г. Кальмана, О. М. Костенка, В. В. Лунєєва, О.С.Овчинського, А.Л. Сморгунової, А. М. Черниш, В. О.Шабаліна, В. І. Шакуна, Д. А. Шестакова та інших вчених. Втім, й досі залишається малодослідженою політико - кримінологічна технологія масового спротиву, застосування якої у XXI столітті вирізняється значною частотою. Не вирішеними, зокрема, лишаються питання щодо підстав та меж реалізації вказаної технології, а також її відмежування від

завуальованих форм злочинних державних переворотів, в тому числі і як зовнішньо детермінованих елементів безструктурного управління глобальним політичним та економічним процесом.

У своїй сукупності викладені вище обставини в достатній мірі, на нашу думку, обґрунтовують актуальність теми цієї статті.

Метою статті є визначення підстав застосування та контекстуальних особливостей наукового аналізу політико-кримінологічної технології масового спротиву (державного перевороту) крізь призму проблем протидії злочинності.

Загалом протидія злочинності інструментами політичного управління – досить неоднозначна як з правової, так і з етичної точки зору сфера діяльності. Справа в тому, що політичні акції завжди перебувають не перехресті двох чи більше ціннісних позицій, а то й ідеологічно протилежних концептуальних настанов. Саме тому, коли йдеться про використання в будь-яких суспільно значущих цілях, в тому числі й для забезпечення криміногенно безпечного соціального простору, політичних інструментів, досліднику чи-то сторонньому спікеру доводиться позиціонувати себе із визначеним місцем у системі владно-світоглядних координат. Це ж стосується й адресатів відповідної інформації політичного, політико - публіцистичного

чи науково - політологічного характеру, сприйняття якої залежить не в останню чергу від його установок, складових політичної свідомості. Втім, не претендуючи на абсолютний об'єктивізм у своїх викладках (що, в принципі є неможливим, якщо розмірковувати у категоріях феноменології Е. Гуссерля), все ж в цьому дослідженні серед іншого буде реалізована спроба неупередженого політико-кримінологічного аналізу найбільш радикальних заходів впливу на окремі політичні режими. Висловлені зауваження є необхідними з огляду на делікатність порушеної проблематики в цілому та у зрізі суспільно-політичної ситуації в Україні, зокрема, адже вузлові, найбільш конфліктні моменти останньої перебувають на порубіжжі аксіологічного, праксеологічного та гносеологічного аспектів сприйняття, опрацювання та розв'язання.

Адаптація політологічного знання під запити протидії злочинності, інтеграція політичної та кримінологічної практик потребують першочергового наукового осмислення ключових подій, що відбулися в Україні протягом останнього року та переведення їх за можливості у площину типових сценаріїв політико - кримінологічного впливу. Мова, перш за все, йде про умовний державний переворот. Зміни у форматі державного управління, які відбулися в Україні у

лютому 2014 року та пов'язані із залишенням тодішнім Президентом України території країни й наступними подіями щодо налагодження роботи державного апарату і які традиційно пов'язуються окремими категоріями політиків із державним переворотом, потребують своєї належної правової та кримінологічної оцінки.

Відтворюючи у найбільш загальних рисах хронологію подій з листопада 2013 по лютий 2014 року, можна з великою часткою вірогідності стверджувати, що ініційована акція протесту проти невідання Президентом України Угоди про асоціацію з Європейським Союзом набула темпорально протяжних рис та розвивалася хвилеподібно як за інтенсивністю дій учасників, так і за генезою їх вимог до органів державної влади. Зрештою сформувалося кілька стратегічних цілей масових заходів протесту – відставка уряду, Президента України та люстрація чиновницького апарату. Сам же протестний рух набув інституціоналізованих рис: були сформовані органи управління, викристалізувалася структура груп політичного та фізичного тиску. Натомість спроби досягти політичного компромісу з представниками влади не були успішними, через що дії набули більш радикального характеру та суттєвого масштабу поширення по всій країні. Відбулося

захоплення низки адміністративних будівель як в Києві, так і в багатьох інших містах України, інтенсифікувалися сутички демонстрантів з працівниками міліції, внутрішніх військ. Намагання локалізувати протест силовими заходами не були успішними, хоча й супроводжувались масовим неправомірним (а такий висновок можна зробити на підставі аналізу аудіовізуальної інформації з відкритих джерел) застосуванням сили (в тому числі – вогнепальної зброї) з боку правоохоронних органів. Зрештою, Президент, генеральний прокурор, міністр внутрішніх справ та низка інших керівників центральних органів державної виконавчої влади залишили межі України.

Надаючи правову оцінку певним, найбільш поширеним, категоріям дій з боку учасників масових акцій протесту, дійсно слід визнати наявність в них таких складів злочинів, як захоплення державних або громадських будівель чи споруд (ст. 341 КК України), втручання у діяльність державного діяча (ст. 344 КК України), насильство щодо працівника правоохоронного органу у зв'язку з виконанням ним своїх службових обов'язків (ст. 345 КК України) та деяких інших. Більше того, з *формально-юридичної* точки зору, можливо навіть поставити питання про вчинення дій, спрямованих на захоплення державної

влади (ст. 109 КК України). Надання ствердної відповіді на це питання означатиме по суті наявність державного перевороту. Це пояснюється самою суттю державної влади та змістом дій, спрямованих на її захоплення.

Державна влада – це публічно-політичні відносини панування і підкорення між суб'єктами, що спираються на державний примус¹. В інституціональному розумінні – це система структур, органів, установ, які реалізують функції держави. Державна влада в Україні полягає в організації та функціонуванні всіх гілок влади, спрямованих на реалізацію завдань, функцій і повноважень згідно з загальнодержавними програмами, для досягнення мети Української держави – забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя². У диспозиції ст. 109 КК України поняття «державна влада» застосовується, так би мовити, у вузькому смислі. Іншими словами, мову можна вести про кримінальну відповідальність за дії, вчинені з метою неконституційного захоплення влади Президента України, законодавчої, вищої виконавчої або вищої судової влади України, оскільки тільки за

умови отримання такої влади група осіб може суттєво вплинути на суверенітет держави, її форму правління, державний устрій та державний режим і заподіяти шкоду державній безпеці у масштабі держави³.

Тож вчинення дій, спрямованих на захоплення державної влади, має на меті, перш за все, зміну персонального складу вищих державних органів, перехід сконцентрованих у них повноважень до групи інших осіб. В такому розумінні, низка супутніх злочинів (таких, наприклад, як групове порушення громадського порядку, захоплення державних будівель тощо) включена у загальну схему досягнення остаточного результату щодо зміщення визначених осіб із займаних ними посад в органах державної влади. Однак при цьому одними з головних умов надання ствердної відповіді про наявність факту захоплення державної влади слід визнати:

а) *персоніфікацію дій управлінського, організаторського характеру*. Іншими словами – слід довести, що зміна персонального складу окремих органів державної влади стала наслідком цілеспрямованого керованого впливу, а не результатом стихійних дій учасників масових акцій протесту. Тобто

¹ Малько А. В. Теория государства и права в вопросах и ответах: Учебно-методическое пособие. – 4-е изд., перераб. и доп. / А. В. Малько. – М.: Юристъ, 2002. – С. 51.

² Фрицький Ю. О. Теоретичні засади державної влади в Україні: автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.02 / Ю. О. Фрицький. – К., 2009. – С. 17.

³ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Каннон, А.С.К., 2002. – С. 244.

має бути саме усвідомлена та вольова поведінка, спрямована не лише на зміщення з посад, а на їх захоплення. Це – сфера виключно політичних інтересів;

б) спрямованість дій на захоплення у буквальному розумінні цього терміну. Тобто захоплення має бути бажаним результатом, перебувати у структурі інтелектуального моменту прямого умислу. Тож такими не є дії що, як наслідок, призвели до вимушеного тимчасового прийняття повноважень певного органу державної влади для запобігання настанню тяжких наслідків, як-то: масові заворушення, збройний конфлікт, посягання на територіальну цілісність держави тощо. Зі свого боку обставина вимушеності передбачає те, що керівники органів державної влади добровільно, усвідомлюючи можливість продовження виконання своїх службових обов'язків, всупереч встановленому законом порядку, самоусуваються від їх виконання.

Втім, не вдаючись до детального кримінально-правового аналізу ситуації, зауважимо, що нас же цікавить в більшій мірі принципів політико-кримінологічні її аспекти, які можливо представити у двох гіпотетичних варіантах: 1) у керівників вищих та центральних органів державної влади, які самоусуваються від виконання своїх службових обов'язків, була об'єктивна можливість їх виконувати; 2) у

керівників вищих та центральних органів державної влади не було фізичної можливості продовжувати виконання своїх службових обов'язків внаслідок їх затримання (арешту) або спроб затримання чи фізичної розправи.

В першому варіанті наявність факту захоплення державної влади виключається. Саме на такому варіанті ґрунтується, зокрема, Постанова Верховної Ради України від 22.02.2014 р. № 757-VII «Про самоусунення Президента України від виконання конституційних повноважень та призначення позачергових виборів Президента України», в п. 1 якої зазначається, що Президент України В. Ф. Янукович у неконституційний спосіб самоусунувся від здійснення конституційних повноважень та є таким, що не виконує свої обов'язки⁴. При цьому цілком очевидним є те, що визначення та юридичне закріплення подібних фактів, виходячи зі змісту ст. 85 Конституції України, не входить до компетенції Верховної Ради України. Тому, як впливає зі змісту преамбули зазначеної вище постанови, парламент при прийнятті даного рішення виходив із ситуації крайньої необхідності, яка

⁴ Про самоусунення Президента України від виконання конституційних повноважень та призначення позачергових виборів Президента України: Постанова Верховної Ради України від 22.02.2014 р. № 757-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/757-18>.

виразилась у наявності загроз «керованості держави, територіальній цілісності і суверенітету України, масовому порушенню прав і свобод громадян»⁵. Проте посилення на крайню необхідність зроблено не у контексті неіснуючого конституційно-правового інституту, а саме у контексті обставини, що виключає злочинність діяння (зокрема, перевищення службових повноважень) за КК України та послугувало, таким чином, певною правовою гарантією для депутатів, які приймали участь у голосуванні.

В *другому варіанті*, тобто при об'єктивній неможливості керівниками вищих, центральних органів державної влади виконувати свої обов'язки, має йтися дійсно про захоплення державної влади. Однак не стільки у кримінально-правовому, скільки у кримінологічному розумінні. Справа в тому, що визначення мети, як суб'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 109 КК України, саме як прагнення до захоплення державної влади не в повній мірі відповідає вимогам сучасності. Семантичне тлумачення терміну «захоплення» означає «брати що-небудь, хапаючи, стискаючи; схоплювати; оволодівати насильно кимось, чимось, брати силою кого-, що-небудь;

привласнити чуже»⁶. Виходячи з цього, захоплення державної влади передбачає самовільне, всупереч вимогам закону та волі керівників вищих, центральних органів державної влади, зміщення *на користь* суб'єктів захопницьких дій. Тобто має відбутися привласнення владних повноважень. Натомість в сучасному світі країн, де реально можливі такі дії, не так багато. Це переважно деякі африканські країни, в яких інститути політичної та державної влади є поняттям вельми умовним, а зміна їх параметрів, в тому числі й персонального складу, часто відбувається довільно, без прив'язки до передбачених законом процедур, через застосування «права сильного». Так, наприклад, відбулося у 2009 році на Мадагаскарі, у 2012 році – в Малі, у 2013 році – в Центральноафриканській Республіці, коли владу у буквальному значенні захоплювали військові (через арешти, вигнання чи страти керівників державних органів) та свавільно привласнювали собі відповідні повноваження. Переважна ж більшість країн так чи інакше фундує політичні «правила гри» на демократичних засадах, які, навіть у випадку зміщення певних керівників вищих, центральних органів державної влади із займаних ними посад у

⁵ Там само.

⁶ Словник української мови. В 11 т. – Т. 3 / АН УРСР. Інститут мовознавства; під ред. І. К. Білодіда. – К.: Наук. думка, 1972. – С. 390.

непередбачений законом спосіб, обумовлюють подальше застосування саме демократичних процедур до заміщення умовно вакантних посад. Саме таким шляхом розвивалися події і в Україні протягом останнього року. Всі юридично і політично значущі рішення (призначення Прем'єр-міністра, виконуючого обов'язки Президента України, формування Кабінету Міністрів України тощо) приймалися Верховною Радою України – легально обраним вищим органом законодавчої влади – шляхом голосування; таким же шляхом згаданю вже вище постановою № 757-VII від 22.02.2014 було призначено позачергові президентські вибори. Таким чином, самовільного захоплення вищих, центральних органів державної влади не відбулося, відбутися не могло (за реалістичного сценарію) і цілі такі не ставилися. Вільні посади в органах публічної адміністрації, які утворилися в результаті самоусунення від виконання службових обов'язків колишніх керівників, комплектувалися виключно демократичним шляхом у передбачений законом спосіб. Тож, вочевидь, кримінально-правові норми, розміщені у ст. 109 КК України, виходячи з їх буквального тлумачення, не в повній мірі відповідають політико-правовим реаліям сьогодення. А тому відповідні дії не можна вважати як такі, що спрямовані на захоплення державної влади.

Однак, як нами вже зазначалося, державний переворот в цьому дослідженні нами розглядається не стільки у кримінально-правовому, скільки у кримінологічному сенсі. Останній покликаний забезпечити універсалізм наукового знання, застосовуваного не лише в умовах українського правового простору, а й у контексті світової політико-кримінологічної практики. Тож його аналіз не має обмежуватися виключно законодавчими ознаками складу злочину, передбаченого ст. 109 КК України, а враховувати сутнісні риси як політико-кримінологічної технології чи-то політичного злочину.

Як перший, так і другий означені вище варіанти є по суті різновидами державного перевороту у тому значенні, що відбувається дострокова (тобто до закінчення передбаченого законом терміну повноважень) зміна керівників вищих, центральних органів державної влади. Різниця полягає лише в тому, що перший варіант – є незлочинний та однозначно може розглядатися як політико-кримінологічна технологія протидії відтворенню організованих форм політичної злочинності. Щодо другого – можливі відмінності в правовій, соціально-історичній оцінці. Останні залежать від процесуальних, науково-кримінологічних й етичних підстав застосування державного перевороту.

Ведучи мову про значення процесуальної «чистоти» процедури перевороту, доцільно виділити щонайменше три типові ситуації оцінювання.

1. Державний переворот здійснюється без попереднього збирання доказів злочинної діяльності вищих посадовців та не передбачає організацію подальшого об'єктивного розслідування. Основна мета такого перевороту – захоплення влади. Звісно, що в цьому випадку і мови не може йти про визнання подібної акції певною політико-кримінологічною технологією. Йдеться виключно про політичний злочин.

2. Державному перевороту передуює (чи супроводжує його) документування злочинної діяльності керівників вищих, центральних органів державної влади, а зміщення останніх, яке пов'язується із затриманням, є одним з етапів кримінального провадження, яке завершується справедливим судом. Так, наприклад, відбувалося у випадку зовнішньополітичного, із застосуванням військової сили, усуненням вищих посадових осіб фашистської Німеччини у 1945 році внаслідок активних військових і політичних дій та їх подальше засудження Нюрнберзьким трибуналом. При цьому сили антигітлерівської коаліції ще за довго до капітуляції Третього рейху володіли значною доказовою базою найбільш

широкого спектру злочинів проти миру й людяності, проти звичаїв ведення війни тощо. Так, наприклад, з щоденника Ганса Франка (том наради, запис від 24 серпня 1942 року) випливає наступне: «... Той факт, що ми засуджуємо 1 млн. 200 тис. євреїв до голодної смерті, слід відмітити лише побіжно. Само собою зрозуміло, що якщо євреї не загинуть від голоду, то ми сподіваємось, що це відбудеться в результаті активізації анти єврейських заходів»⁷; із телеграфного донесення німецького командування окупаційним режимом в Польщі від 15 травня 1943 року: «... Особлива частина знову оглянула незруйнований квартал в гетто та зруйнувала його...»⁸. Ці та тисячі інших подібних їм документальних доказів ставали надбанням сил антигітлерівської коаліції по мірі звільнення окупованих територій. Тож на момент військової капітуляції гітлерівського режиму була накопичена вже доволі масивна доказова база політичної та іншої злочинної діяльності.

Ця ситуація є найбільш сприятливою з юридичної точки зору, адже передбачає наявність достатньої кількості зафіксованих належним чином

⁷ Нюрнберзький процес. Сборник материалов. – В 2-х т. – Т. 2 / Под ред. К. П. Горшенина, Г. Н. Сафонова, С. А. Голунского, И. Т. Никитченко. – М.: Государственное издательство юридической литературы, 1951. – С. 12.

⁸ Там само. – С. 14.

доказів вчинення відповідних злочинів. Втім, особливості сучасних політичних відносин й відтворення політичної злочинності практично повністю виключають відкритий її характер, у зв'язку з чим для сьогодення більш актуальною видається наступна типова ситуація, в якій відбувається державний переворот.

3. Усунення керівників вищих, центральних органів державної влади від виконання службових обов'язків відбувається без попередньо зібраної доказової бази, однак, з подальшим об'єктивним розслідуванням, доведенням вини й засудженням. Проте й тут можливі два варіанти: а) із застосуванням передбачених законом процедур відсторонення від займаних посад, звільнення, таких як, наприклад, імпічмент, вотум недовіри; б) без застосування вказаних процедур. Перший з них – знімає всі питання щодо законності усунення відповідних керівників та державного перевороту в цілому. Останній є конституційним у буквальному розумінні цього слова. Другий же – залишає чимало питань, які досить часто стають підґрунтям для політичних спекуляцій та навіть військових інтервенцій з боку зацікавлених іноземних держав під різними приводами: від відновлення конституційного ладу до захисту окремих категорій населення, які дійсно чи уявно

потерпають від політико зумовлених утисків. В цьому випадку частина важливих доказів із суто юридичної точки зору отримується у неправовий спосіб, виникають цілком обґрунтовані зауваження щодо недотримання принципу презумпції невинуватості, а також допустимості доказів. Це стає можливим у розрізі здійснення кримінального провадження на загальних засадах без врахування правового імунітету, якого відповідний керівник органу державної влади позбавляється у непередбачений законом спосіб.

Хоча, справедливості заради, слід зазначити, що у тому випадку, коли злочинна діяльність посадових осіб вищих, центральних органів державної влади носить масовий й виключно латентний характер, то можливості легалізації процесу попереднього збирання доказової бази в принципі не існує (принаймні в межах використання національних інструментів кримінальної юстиції). Тоді постає логічне питання: яким чином можливо припинити кримінальну активність в умовах, коли правоохоронні органи на вищому політичному рівні виявляються цілком дисфункціональними, а політичної волі парламенту, президента чи інших політичних акторів не вистачає, аби розв'язати цю проблему відповідно політичними засобами (скажімо, через імпічмент чи розпуск парламенту)?

Видається, що відповідь на це питання лежить в основах методології праворозуміння. З точки зору юридичного позитивізму, – це, безумовно, патова ситуація, яка характеризується *перманентною масовою політичною віктимністю* в масштабі переважної частини населення всієї держави; розрив між закономірностями соціодинаміки й функціонування державно-владних інститутів набуває все більш рельєфних контурів, а громадський контроль за публічною адміністрацією (в тому числі й з використанням ресурсів ЗМІ, інституту громадських розслідувань тощо) елімінується як такий, стає неефективним. З юридико-позитивістських позицій єдино можливим напрямом в організації соціальних практик залишається підкорення волі правлячої еліти, яка зводиться до широкоформатного популізму та зловживанню правом. Однак намагання вирішити проблему зловживання правом правовими ж засобами (у позитивістському розумінні), – це нонсенс. Життєво необхідним є вихід з догматичних пут світоглядної системи координат. Не заглиблюючись, однак, до надр дискусії про найбільш доцільні та виважені типи праворозуміння, зауважимо, що для обґрунтування стратегії виходу з означеної криміналізованої суспільно-політичної кризової ситуації доцільним, вважаємо, застосування інтегративної

концепції бачення природи права, зміст якої може бути виражений через синтез позитивізму, юснатуралізму, комунікативних й низки інших теорій права. Лише за такої інтегративної правової парадигми бачення юридично значущих аспектів соціальних взаємодій стає можливим, на наше переконання, належне правове обґрунтування тих подій, які розгортаються у руслі соціальної справедливості, однак не забезпечені відповідною законодавчою оцінкою.

Слушною з цього приводу видається думка О. Э. Лейста, який вказує на те, що кожне праворозуміння має свої підстави, тому вони існують одночасно і мають прихильників. Кожна концепція виражає реальну сторону права та слугує її здійсненню. Річ у тім, що між крайніми точками зору знаходиться не істина, а дуже складне суспільне явище – право⁹. Тож лише у взаємодоповнюваності слід шукати сутнісні його прояви, які виражатимуть телеологічну й етичну його основи. В цьому сенсі право має слугувати утвердженню та, водночас, виражати соціальну справедливість й упорядкованість суспільного розвитку. Однак справедливість у праві – чи не найскладніша проблема у юриспруденції –

⁹ Лейст О. Э. Три концепции права / О. Э. Лейст // Государство и право. – 1991. – № 12. – С. 4.

як за самою постановкою, так і намаганнями вирішення.

Тому, не претендуючи на формування евристичних положень з цього приводу, зауважимо лише на тому, що коли йдеться про оцінку державного перевороту як соціально прийняттого чи суспільно небезпечного, варто враховувати те, що це – сфера взаємодії етики і права. *Тобто правова оцінка виявляє залежність від етичної.* Втім, слід одразу ж зробити зауваження щодо наявної небезпеки привнесення моралізаторських інновацій до правової реальності. Справа в тому, що, як обґрунтовано відмічає І. Л. Зеленкова, простір етичного – одна з небагатьох сфер знання, новаторство в якій нерідко виявляється таким, що загрожує самій суті цього знання, оскільки моральні закони повинні мати неприхідну цінність та значення. І, тим не менш, саме в області моралі людині надається максимально широкі можливості вибору (або конструювання) своїх та, разом з тим, загальнозначимих зразків та ідеалів. Найбільш складана задача при цьому – залишитися в межах етичного; відштовхуючись від традиційної моралі, не відштовхнути мораль взагалі¹⁰. Тому моральне обґрунтування державного перевороту апіорі містить у собі значні

¹⁰ Этическая мозаика: опыт нетрадиционной интерпретации этики / Под. ред. И. Л. Зеленковой. – Мн.: ООО «Мэджик Бук», 2001. – С. 34-35.

ризика потенційного зловживання у майбутньому імовірно некоректними положеннями, що можуть розв'язати руки екстремістським, терористичним організаціям. Однак саме у надрах етичного осмислення стану речей має перебувати джерело правоутворення, що максимально повинно супроводжуватись правотворчістю. Досить часто такий ідейний та практичний рух відбувається в умовах соціального конфлікту, так як будь-яка усталена система завжди прагне до самозбереження. Це ж стосується і політичної системи та засобів забезпечення її стабільності, серед яких – й правові.

Відомою в науці й публіцистиці є епохальна праця Ш.-Л. Монтеск'є «Про дух законів». Її ключові ідеї стосовно взаємовідношення духу й букви закону на сьогоднішній день набули певної тривіальності, проте, не втратили актуальності. Невідповідність законодавчої бази (зокрема, в контексті *ефективних та доступних* процедур впливу інститутів громадянського суспільства на державну владу з метою контролю за її діяльністю та у разі необхідності – і дострокове припинення повноважень окремих посадових осіб) внутрішнім тенденціям суспільного розвитку – суть закону діалектичного протиріччя, візуалізація механізму втілення якого у площині соціодинаміки

виявляє внутрішні джерела саморуху. Соціальна система лише тоді може позбавитись неприйнятних для неї елементів системи права, коли будуть налагоджені дієві канали акумуляції та артикуляції її інтересів відповідальними за цей процес інститутами. Тому конструктивні правові зміни не рідко стають можливими тільки після реформатування політикуму, в тому числі – радикальними способами. Це – об'єктивна закономірність. Провідною вимогою при цьому залишається дійсність та наявність потреби у відновленні соціальної справедливості, порушення якої прямо пов'язане як з характеристиками позитивно-правового ядра правової системи, так і з неналежним розподілом й здійсненням політичної, державної волі, підкріпленням законодавчим анахронізмом.

Намагання ж конкретизувати зміст соціальної несправедливості в контексті підстав державного перевороту неодмінно призводять до необхідності його кримінологічного обґрунтування.

Слід мати на увазі, що визначення злочинності чи незлочинності державного перевороту, як політичного злочину чи акту відновлення справедливості та радикального прояву безпосередньої демократії, – суть політична оцінка, яка окрім, власне, політичних чинників має ґрунтуватися на правових, етичних, кримінологічних засадах. Тому вирішення

можливості чи неможливості застосування політико-кримінологічної технології державного перевороту, як крайнього заходу припинення діяльності організованих злочинних угруповань у вищих й центральних органах державної влади, в кожному разі має вирішуватися окремо та обов'язково враховувати її *виключний характер*. Це змушує говорити про можливість оперування нею тільки тоді, коли вжиття інших заходів протягом тривалого часу не сприяли досягненню *кримінально-превентивної мети*.

В такій ситуації логіку міркування можливо вибудувати й за схемою «від зворотного»: генеза криміналізації вищих й центральних органів державної влади та, зрештою, її апогей у виді зрощення апарату держави з організованими злочинними угрупованнями зі свого боку може бути представлена як свого роду державний переворот. Захоплення влади відбувається поступово та латентно, із використанням квазідемократичних процедур як засобів прикриття та легалізації криміналізації державного апарату. Характерними ознаками функціонування останнього стає надвисокий рівень корупції, політичний й правовий популізм, комерціалізація суспільних благ (перш за все – з числа природних ресурсів), зубожіння населення, економічна рецесія, постійне зростання зовнішніх боргових зобов'язань.

Слушними в цьому аспекті видаються думки академіка О. М. Бандурки, який, розмірковуючи над проблемою формування криміналізму як суспільного устрою, зазначає, що «...політична боротьба змінюється міжособною боротьбою кримінальних угруповань. Вирватись за межі цього процесу неможливо. Уся правова система, конституція і закони обслуговують інтереси криміналу. Право не перешкоджає злочинності і не стримує її, а лише регламентує правила між кланової боротьби... Зростає суспільний паразитизм, ліквідуються стимули до продуктивної праці... Утягнути у воронку криміналізму суспільство швидко занурюється у безодню, і можливість вирватись на поверхню стає все примарнішою...»¹¹. Очевидно, що подібні характеристики суспільного устрою не мають нічого спільного з реалізацією державою своїх завдань, закріплених, зокрема, у Конституції України. Відбувається повна чи суттєва дисфункція основних державних інституцій, а сфера владарювання стає закритою. Вхід до неї (в тому числі й шляхом виборів) стає можливим виключно через систему кримінальних (корупційних) практик.

¹¹ Бандурка О. М. Злочинність в Україні: економіко-кримінологічний аналіз: монографія / О. М. Бандурка, М. М. Зацеркляний, Р. С. Веприцький / за заг. ред. О. М. Литвинова. – Х.: Золота миля, 2013. – С. 14-15.

Підкорення діяльності публічної адміністрації на всіх рівнях вузькогруповим інтересам дало навіть підстави окремим теоретиками права вести мову про виникнення раніше не відомої науці форми держави – корпоративну.

Побічним підтвердженням гостроти викладених проблем може слугувати кількість звернень громадян України до Європейського суду з прав людини. Наразі в ньому перебувають близько 10500 скарг громадян на порушення Україною їх прав та свобод. Переважна більшість справ стосується таких питань: право на свободу та особисту недоторканність; право на справедливий судовий розгляд; право на мирне володіння своїм майном; право на вільні вибори; право на справедливий судовий розгляд в частині права на виконання рішення суду тощо¹².

І це є відображенням лише тієї частини населення, яка проявляє найвищу правову активність. Дійсні ж масштаби системного порушення прав й свобод людини в Україні набули останніми роками вражаючих параметрів. То чи не є планомірне приведення у життя подібної політики дійсним державним переворотом, коли змінюється сама сутність держави, а спрямованість діяльності її органів набуває соціально паразитарних рис? Риторичне

¹² Рум'янцева В. В. Огляд стану звернень громадян України до Європейського суду з прав людини / В. В. Рум'янцева [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/1957>.

запитання... При чому його підтекст – справжня гуманітарна трагедія як у своїх проявах, так і єдино можливому в межах життя одного умовного покоління людей способу вирішення. Останній полягає, так би мовити, у вторинному державному перевороті (а фактично – у *відновленні правопорядку*), метою якого є деблокування апарату держави, приведення його у належне функціональне становище, яке б відповідало соціальному, правовому, демократичному вектору розвитку країни.

Саме вказана кримінально - превентивна мета разом з вимогами законності є одним з головних критеріїв відмежування державного перевороту як політико-кримінологічної технології від перевороту як політичного злочину. Останній матиме місце при наявності виключно політичної мети чи її суттєвого превалювання, коли криміналізованість державної влади використовується лише як привід для переформатування її персонального складу.

Однак для того, щоб кримінально-превентивна мета була достатньою підставою для легалізації державного перевороту, необхідно, щоб їй кореспондувала мета відновлення соціальної справедливості. Іншими словами: саме масштабна політична кримінальна діяльність має бути основною причиною порушення соціальної

справедливості. Лише за цієї умови кримінологічна підстава державного перевороту буде достатньою, адже розглядатиметься у нерозривному тандемі з підставою етичною. Остання ж, вочевидь, візуалізуватиметься за наявності критичної в державі маси населення (умовно кваліфікованої більшості), яке є носієм своєрідного політико зумовленого когнітивного дисонансу, конфлікту дійсного та бажаного в ідеологічному зрізі державного владарювання у структурі масової політичної свідомості й колективно-несвідомих інтерсуб'єктних емоційно-резонансних практиках. Таке поєднання раціонального та ірраціонального в обґрунтуванні етико-кримінологічної єдності зумовлено відмінностями у різних типах суспільств, навіть тих, яких єднає спільне історичне минуле. Тому не для кожного суспільства значна криміналізованість державної влади є достатньою підставою для легалізації державного перевороту й зведення його до рангу допустимої політико-кримінологічної технології. Обов'язково має бути констатована нетерпимість переважної більшості частини населення до правлячої політичної еліти на основі її зрощеності з організованою злочинністю та відсутність дієвих передбачених законом національних механізмів декриміналізації (у кримінологічному

значенні) вищих й центральних органів державної влади.

В цьому контексті не можна не згадати й відомий трактат «Про правління государів» Фоми Аквінського, в якому він докладно обґрунтовує право народів на політичний спротив. Слід, на нашу думку, погодитись із думкою філософа, що «...опір жорстокості тирана матиме успіх, як дія будь-яких людей не за власним починанням, а за рішенням суспільства. Якщо право будь-якої великої кількості досягає того, щоб висувати собі царя, то не буде несправедливим, що висунений цією множиною цар буде скинутий, або його влада буде обмежена, якщо він тиранічно зловживає царською владою. Не слід вважати, що така множина буде несправедливою, навіть якщо перед цим вони прославили його перед собою навіки; адже він сам заслужив це, поводячись нечесно в управлінні множиною, тому і договір підданих з ним не дотримується...»¹³. Подібна етико-теологічна система координат, яка раціональними категоріями визначає межі дозволеного у взаємодії громадян та публічної адміністрації, згодом викликала до життя теорію права на спротив та втілення її положень в Конституціях й

¹³ Аквинский Ф. О правлении государей / Ф. Аквинский [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.unavoce.ru/library/aquinas_ruling.html.

інших законодавчих актах окремих держав.

Так, наприклад, у преамбулі до Декларації незалежності США зазначено, що розсудливість вимагає, звичайно, щоб форми правління, які давно склалися, не змінювалися внаслідок не дуже важливих і скороминущих причин; оскільки досвід показує, що люди швидше схильні терпіти зло, поки воно ще терпиме, аніж користуватися своїм правом відміни звичних форм життя. Але коли тривалий ряд зловживань і насильства незмінно переслідує одну і ту ж мету, виявляє прагнення підпорядкувати народ абсолютному деспотизму, то правом і обов'язком народу є повалити такий уряд і створити нові гарантії забезпечення своєї майбутньої безпеки¹⁴.

У ст. 7 Конституції Португальської Республіки від 02 квітня 1976 року закріплено наступне: «Португалія визнає право народів на самовизначення та незалежність і на розвиток, а також право на повстання проти будь-яких форм утиску»¹⁵. Ст. 23 Конституції Чеської Республіки від 16 грудня 1992 року

¹⁴ The Declaration of Independence, July 4, 1776: A Transcription [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html.

¹⁵ Конституция Португальской Республики от 02 апреля 1976 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/portugal/portug-r.htm.

визначає: «Громадяни мають право чинити опір кожному, хто зазіхає на демократичний порядок здійснення прав людини і основних свобод, встановлений Хартією, якщо діяльність конституційних органів і дієве використання засобів, передбачених законом, виявляється неможливим»¹⁶.

Певний розвиток концепція права на спротив (у деяких інтерпретаціях – на громадську непокору¹⁷) набула і на доктринальному рівні. Наукові праці, присвячені розробці вказаного правового феномену, належать авторству Х. Арендта, В. В. Бабіна, Е. Віталє, В. Б. Ковальчука, С. П. Погребняка, О. О. Уварової, Д. Штенбергера та деяких інших. Не вдаючись до детального аналізу наявних точок зору, зауважимо лише на тому, що їх спільною рисою є визнання права на спротив своєрідним конституційним еквівалентом праву на необхідну оборону¹⁸. В цьому, власне, і криється раціональне зерно етичного обґрунтування можливості здійснення державного

¹⁶ Конституция Чешской Республики от 16 декабря 1992 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mspa7520.ru/konstituciya-cheshskoy-respubliki>.

¹⁷ Ковальчук В. Б. Легітимність державної влади та право на громадську непокору: конституційно-правовий аспект / В. Б. Ковальчук [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://naub.org.ua/?p=161>.

¹⁸ Погребняк С. П. Сопротивление угнетению. Восстание. Революция (теоретико-правовой анализ в свете доктрины прав человека) / С. П. Погребняк, Е. А. Уварова // Право і громадянське суспільство. – 2013. – № 2. – С. 36.

перевороту. Однак, дотримуючись позначеної аналогії, слід також ж визнати й те, що він може бути застосований тільки тоді, коли ступінь пригнічення народу досяг критичної межі та є суспільно небезпечним.

Отже, лише у єдності вказаних умов, підстав можемо казати про наявність чітко визначеної кримінально - превентивної мети державного перевороту та його соціальну затребуваність, моральну виправданість.

В контексті ж превалювання політичної мети державного перевороту окремий науковий та суто практичний інтерес викликає питання про значення зовнішньополітичного впливу на ініціювання та/або його протікання, а також правової, політико-кримінологічної оцінки у зв'язку з цим. Гадаємо, що наявність вказаного впливу вже сама по собі свідчить якщо не про виключність, то, принаймні, про переважання саме політичної мети. Дійсно, важко, мабуть, уявити собі образ винятково альтруїстичного суб'єкту геополітичного формату, який, здійснюючи суттєві вливання капіталу в підтримку опозиційних політичних акторів всередині якоїсь країни, не має при цьому віддаленої стратегічної мети. Втім, в даній ситуації, окрім встановлення самого фактору зовнішнього впливу та його політичної мети, не менш важливим для надання

вірної його оцінки та державного перевороту в цілому, важливо також визначити його роль у загальному перебігу протестних подій, значення для досягнення остаточного результату. Останнє, для легітимізації досліджуваної технології, має бути не більш, ніж умовою, що певним, не суттєвим, чином сприяє реалізації технологічної програми. В решті ж випадків – має йтися про злочинний державний переворот.

Якщо ж констатується суттєвий зовнішній вплив (безпосередній військовий, чи-то завуальований, з використанням технологій безструктурного управління), то, вважаємо, ситуація реалізації права народу на спротив (повстання) відсутня. Отже, не може йтися про легітимізацію, визнання державного перевороту, що стався внаслідок такого впливу, як прийнятної політико-кримінологічної технології протидії злочинності. На цих же позиціях ґрунтуються і міжнародні нормативно-правові акти. Зокрема, резолюція Генеральної Асамблеї ООН від 20 грудня 2012 р. № 67/170 фактично засуджує «одностороннє застосування і забезпечення виконання окремими державами односторонніх примусових заходів» до країн, які порушують права людини. Таким чином, іноземна держава самостійно, без санкцій ООН не може застосовувати односторонні примусові

заходи до держави, народ якої намагається реалізувати *jus resistendi*¹⁹.

Така розстановка акцентів в оцінці значення державного перевороту в залежності від зовнішньополітичного впливу криється в глибинних теоретичних засадах забезпечення національної безпеки, що ґрунтується, відповідно, на концепції національної держави. Вказана концепція, наразі, на фоні процесів глобалізації утримує міцні позиції в структурі стратегій державного управління практично в усіх країнах Європи і світу загалом. Як слушно зазначає У. Бек, у добу глобальних криз і ризиків політика «золотих наручників», створення щільної мережі транснаціональних залежностей, знову веде до завоювання національної незалежності – на противагу владним досягненням високомобільної світової економіки²⁰. З цим не можна не погодитись.

Таким чином, підсумовуючи викладене, зазначимо, що державний переворот не завжди є злочинним та при дотриманні відповідних умов законності й справедливості, наявності кримінологічного обґрунтування, може

¹⁹ Бабин Б. В. Право на сопротивление как глобальное право / Б. В. Бабин // *NB : Вопросы права и политики*. – 2013. – № 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://e-notabene.ru/lr/article_817.html.

²⁰ Бек У. *Влада і контрвлада у добу глобалізації. Нова світова політична економія / У. Бек; пер. з нім. О. С. Юдіна*. – К.: «Ніка-Центр», 2011. – С. 31.

розглядатися як прийнятний політико-кримінологічний засіб протидії злочинності у розрізі реалізації права народу на спротив. Однак його прийнятність має носити тимчасовий (в ідеалі – одноразовий) характер. Застосування технології державного перевороту для декриміналізації (у кримінологічному розумінні) державного апарату, тобто усунення від управління ним осіб з числа політичних злочинців повинно тягнути за собою подальше системне реформування принципів засад діяльності публічної адміністрації, в тому числі й в частині правового закріплення механізму припинення повноважень керівників органів державної влади у нерадикальний спосіб, наприклад, шляхом вираження недовіри, відкликання із виборних посад тощо.

Переконані, що в сучасних умовах права народу на повстання має трансформуватися належними юридичними засобами у право народу на широкий та ефективний контроль за органами державної влади, яке повинно бути забезпечене дієвими процесуальними інструментами притягнення до відповідальності вищих посадових осіб. Недарма у преамбулі до Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 року визначено, що «необхідно, щоб права людини охоронялися владою так, аби вона не була змушена застосовувати, як

останній засіб, повстання проти тиранії та гніту»²¹.

Тож, одним із найбільш актуальних завдань новітньої стратегії розвитку державного будівництва в Україні серед іншого має стати: а) інтеграція правової й кримінологічної політики в цілому та у визначеному Загальною декларацією прав людини аспекті, зокрема; б) розвиток політичної й антикримінальної активності населення. Як зазначав А. Кауфман, право на спротив – це, в першу чергу, не великі, героїчні подвиги. Це повсякденне життя. Спротив у невеликому масштабі. Цей «дрібний» спротив має бути постійним, щоб зробити «великий» опір застарілим²². Отже, головним інструментом політико-кримінологічного впливу на злочинність, що має виключити практику державних переворотів як витратну в усіх аспектах, має стати розвинена політична свідомість широких верств населення та його постійна участь у виявленні, фіксації, сигналізації та активній протидії кримінальним практикам як загального, так і політичного спрямування.

²¹ Загальна декларація прав людини: Декларація Організації Об'єднаних Націй від 10 грудня 1948 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015.

²² Kaufmann A. Small Scale Right to Resist / A. Kaufmann // *New England Law Review*. – 1985–1986. – Vol. 21:3. – P. 572.

**Die Zusammenarbeit des Leiters einer Staatsanwaltschaft, dem Staatsanwalt,
der die prozessuale Leitung innehat und dem ermittelnden Organ der Staatsanwaltschaft
im Rahmen der ukrainischen Strafprozessordnung**

Prof. Dr. Oksana Komarnytzka

Professor des Lehrstuhls für die Einhaltung

der Gesetzmäßigkeit durch die Behörden, die Ermittlungen,

Ausforschungen und vorgerichtliche Verfahren durchführen,

Nationale Akademie der Staatsanwaltschaft der Ukraine

Ukraine

Der Beitrag behandelt die theoretischen und praktischen Fragen der Zusammenarbeit des Leiters einer Staatsanwaltschaft, dem Staatsanwalt, der die prozessuale Leitung innehat und dem ermittelnden Organ der Staatsanwaltschaft im Rahmen der ukrainischen Strafprozessordnung.

Es geht in dem Beitrag darum, den Begriff „Zusammenarbeit“ zu klären und die Befugnisse der am vorgerichtlichen Verfahren Beteiligten durch die Untersuchung ihrer jeweiligen prozessualen Rolle darzulegen.

Ferner werden die Befugnisse des Leiters einer Staatsanwaltschaft bei der Lösung von Zuständigkeitskonflikten zwischen dem Ermittlungsleiter und dem Verfahrensleiter dargestellt. Dabei werden die Widersprüche in den Regelungen für die Handlungen des Leiters einer Staatsanwaltschaft dargelegt. Diese treten dann auf, wenn dieser Leiter die Ermittlungsleitung und die Verfahrensleitung wahrnimmt, wobei der Schwerpunkt auf der Letzteren liegt. Dazu wurden die Befugnisse der ermittelnden Person und der leitenden Beamten analysiert, da diese einmal aufgrund des Gesetzes über die Staatsanwaltschaft handeln und die Tätigkeit ihrer Behörde organisieren, zum anderen als Beteiligte eines Strafverfahrens nach den Grundsätzen handeln müssen, die in der Strafprozessordnung festgelegt sind.

In dem Beitrag werden dann Vorschläge zur Verbesserung der internen Abläufe der Beteiligten der Anklage gemacht; hierbei werden die positiven internationalen Erfahrungen eingesetzt, insbesondere die der e-Justiz. In diesem Zusammenhang wird auf die rechtlich relevanten Folgen einer ineffektiven Zusammenarbeit der Organe der vorgerichtlichen Ermittlung für die Beteiligten dieses Verfahrensstadiums wie für die Sache insgesamt hingewiesen. Besonders betont wird die Notwendigkeit einer harmonischen und gegenseitig sich ergänzenden Verbindung der Anordnungsbefugnisse des Leiters einer Staatsanwaltschaft, dem Staatsanwalt, der die prozessuale Leitung innehat und dem ermittelnden Organ der Staatsanwaltschaft.

**Взаємодія керівника органу прокуратури, прокурора,
що здійснює процесуальне керівництво та слідчого органу прокуратури
за КПК України**

Комарницька Оксана

кандидат юридичних наук,

професор кафедри нагляду

за додержанням законів органами,

які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство

Національної академії прокуратури України,

Україна

Актуальність теми дослідження полягає в тому, що органи прокуратури як єдині представники державної влади спільного з органами виконавчої та законодавчої влади забезпечують функціонування законності у державі, зокрема й сфері кримінальної юстиції. Аналізуючи дану сферу, на сьогодні, можна виділити одну з найактуальніших проблем – йдеться про взаємодію сторони обвинувачення та її оптимізацію у рамках кримінального провадження. На підтвердження цього зауважимо, що в Конституції України, Законі України «Про прокуратуру» 1991 року та прийнятому 14.10.2014 року безпосередньо визначений організаційно – функціональний поділ органів прокуратури, питання засад взаємодії закріплено опосередковано.

Утім, виконання завдань, зазначених у ст. 3 Кримінального процесуального кодексу України,

прийнятого 13 квітня 2012 року, покликані забезпечити спільною діяльністю прокурором зі слідчим як головних суб'єктів досудового розслідування кримінального провадження в Україні. При цьому реформування та зміни в чинному законодавстві не відкинули весь надбаний досвід щодо взаємодії зазначених суб'єктів, а навпаки, позитивно вплинули на інститут взаємодії і на його подальший розвиток та вдосконалення в сучасних умовах ¹. Тому успішне виконання завдань кримінального провадження неможливе без існування надійного механізму взаємодії сторони обвинувачення.

Тут, варто відзначити недостатню увагу сучасного опрацювання вказаної

¹ Тищенко С. Інститут взаємодії сторони обвинувачення за Кримінальним процесуальним кодексом України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.yourfuture.org.ua/ua/pb/2012/8/Tischenko.pdf>.

проблематики, на відсутність досліджень комплексного характеру, у зв'язку з цим дискусійним залишається низка питань, пов'язаних як із визначенням теоретичних засад взаємодії, так і з практичними аспектами її реалізації.

Хоча, у КПК України термін «взаємодія» відсутній, проте він використовується в інших законах (зокрема, в законах «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю»).

Аксіоматично, що складовими елементами механізму взаємодії сторони обвинувачення є інтеграційна система (узгоджувальні процедури та інститути, а також механізми співпраці у здійсненні тих чи інших функцій) та система взаємного контролю.

Вказане породжує необхідність визначення основних напрямків та етапів взаємодії керівника органу прокуратури, прокурора, що здійснює процесуальне керівництво розслідуванням, та слідчого органів прокуратури відповідно до вимог КПК України.

Метою статті є системний аналіз теоретико-прикладних питань, пов'язаних з рівнем реалізації повноважень стороною обвинувачення задля досягнення єдиної цілі.

Зокрема, значну увагу до вивчення питань взаємодії керівника органу прокуратури, прокурора, що здійснює

процесуальне керівництво та слідчого органу прокуратури у своїх працях приділяли такі видатні науковці, як: Ю.П. Аленін, В.Д. Берназ, М.І. Бортун, І.Д. Гончарова, Ю.О. Гурджі, Ю.В. Кореневський, А.М. Ларина, Є.Д. Лук'янчиков, В.Т. Маляренко, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, І.З. Рогатинська, С.М. Стахівський та інші.

Разом з тим, складність та об'ємність порушеної проблеми, що розглядається, свідчить про залишення низки не розв'язаних питань. Зокрема, вказаними видатними науковцями не здійснювався аналіз взаємодії сторони обвинувачення за правилами дії КПК України 2012 року; не піддавався аналізу новий учасник кримінального провадження – процесуальний керівник, правовий статус якого є новим для вітчизняного кримінального процесу; мало дослідженим через новизну є процесуальне положення керівника органу прокуратури та слідчого даного органу.

Перше питання, на яке варто звернути увагу – це зміст процесуального статусу вказаних осіб, який потрібно розглянути через призму їхніх повноважень. Розглядаючи його, слід, перш за все, зазначити, що коло посад, які охоплює словосполучення «Керівник органу прокуратури» чітко визначено у п. 9 ч 1 ст. 3 КПК України. Подібним чином законодавцем надано формулювання у п.

15 ч. 1 ст. 3 КПК України терміна «прокурор».

Через особливий статус слідчого органу прокуратури, розкриємо його зміст, яким відповідно до пункту 15 частини 1 ст. 3 КПК України, є службова особа органу внутрішніх справ, органу безпеки, органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, органу державного бюро розслідувань, уповноважена в межах компетенції, передбаченої КПК України, здійснювати досудове розслідування кримінальних правопорушень².

Відтак, до сторони обвинувачення з урахуванням зазначеного вище та згідно з п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК України умовно можна віднести слідчого та прокурора, оскільки зміст терміна «прокурор» охоплює не тільки всі посади, перелічені у дефініції «керівника органу прокуратури», але й ряд інших.

За для ефективного аналізу процесуального статусу досліджуваних категорій осіб, доцільно звернути увагу на виключне право слідчих органів прокуратури, яке визначене у КПК України.

Розділ XI «ПЕРЕХІДНІ ПОЛОЖЕННЯ КПК» України передбачає, що до дня введення в дію положень частини першої (в

² Кримінальний процесуальний кодекс України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1389888064627925>.

частині положень щодо повноважень здійснення досудового розслідування злочинів, передбачених статтями 402–421, 423–435 Кримінального кодексу України) та частини четвертої статті 216 КПК України повноваження щодо досудового розслідування, передбачених ними кримінальних правопорушень здійснюють слідчі органів прокуратури, які користуються повноваженнями слідчих, визначених КПК України.

У діючому КПК України та суміжних вітчизняних законодавчих актах відсутнє правове визначення дефініції: «прокурор, який здійснює процесуальне керівництво, тобто, що таке, так зване «процесуальне керівництво». Це, на нашу думку, знижує ефективність процесуального керівництва діями слідчого органу прокуратури та в цілому органами досудового розслідування, що негативно впливає на кінцевий результат кримінального провадження.

Досліджуючи дане питання, відзначимо, що відповідно до Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженої Указом Президента України від 8 квітня 2008 року, під змістом процесуального керівництва прокурором розумілось:

- 1) організація процесу досудового розслідування;
- 2) визначення напрямів розслідування;
- 3) координація процесуальних дій;

- 4) сприяння створенню умов для нормального функціонування слідчих;
- 5) забезпечення додержання у процесі розслідування вимог законів України³.

Тому, для вивчення окресленого питання необхідно глибше, доктринально дослідити сутність, значення, принципи, форми і напрями, поняття та роль означеної взаємодії сторони обвинувачення під час досудового розслідування.

Взаємодію органу досудового розслідування на практиці прийнято називати спільну, погоджену діяльність відповідних суб'єктів при розслідуванні кримінальних проваджень, що спрямована на використання методів і засобів, властивих цим суб'єктам при чіткому розподілі повноважень між ними⁴. Важливим у цьому дослідженні є також питання, протягом якого часу може відбуватися така взаємодія, оскільки фахівцями у галузі права стверджується про існування її тільки в межах стадії досудового розслідування. В той же час невирішеним залишається питання

³ Концепція реформування кримінальної юстиції України, затверджена Указом Президента України від 8 квітня 2008 року. № 311/2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://uccg.org.ua/bulletin/Articles/01%289%29/03-Zakonodavchi_zasady/090301.pdf.

⁴ Тищенко С. Інститут взаємодії сторони обвинувачення за Кримінальним процесуальним кодексом України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.yourfuture.org.ua/ua/pb/2012/8/Tischenko.pdf>.

часових рамок взаємодії під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, які можуть тривати на досудовому розслідуванні до 18 місяців, при умові, що максимальні строки досудового розслідування становлять 12 місяців.

Також не слід забувати, що взаємодія між процесуальним керівником та слідчим органів прокуратури повинна відбуватися в певних рамках, оскільки триває в рамках кримінального провадження, яке повинно відповідати загальним засадам кримінального судочинства, які передбачені ст. 7 КПК України.

Варто відзначити, що на даний час особливої актуальності набуває питання забезпечення керівником органу прокуратури належного рівня взаємодії прокурора, який здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням та слідчих, зокрема.

З системного аналізу положень КПК України слідує, що керівник органу прокуратури є стороною кримінально – процесуальних відносин, та вирішує спірні відносини між процесуальним керівником та слідчим. Його завданням є забезпечення визначених законом прав і свобод громадян при проведенні слідчих дій чи застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження.

Цікавою, з точки зору взаємодії керівника органу прокуратури, прокурора, що здійснює процесуальне керівництво, із слідчим органу прокуратури, є діяльність останнього, як складової системи органу прокуратури та слідчого підрозділу із виключною підслідністю кримінальних правопорушень.

Зокрема, до такої специфічної взаємодії відповідно до КПК України можна віднести:

По-перше, взаємодія керівника органу прокуратури та слідчого органу прокуратури відбувається у випадку неефективного досудового розслідування останнім, де відповідно до ч. 5 ст. 36 КПК України, – Генеральний прокурор України, його заступники, прокурори АРК Крим, областей, міст Києва та Севастополя і прирівняні до них прокурори своєю мотивованою постановою мають право доручати здійснення досудового розслідування будь-якого кримінального правопорушення іншому органу досудового розслідування, у тому числі слідчому підрозділу вищого рівня, в межах одного органу, у разі неефективного розслідування.

Не розкриваючи сутність вказаного положення, відзначимо, що за результатами проведеного нами анкетування 450 респондентів на поставлене питання відповіли однозначно. Проте, що за період дії КПК України

вказане повноваження керівником органу прокуратури не було жодного разу реалізовано. З цього слідує, що абсолютне право керівника органу прокуратури поступається імперативній нормі КПК України в частині виключної підслідності слідчих органів прокуратури.

По-друге, керівник органу прокуратури (ч. 6 ст. 36 КПК України) при здійсненні нагляду за додержанням законів, під час проведення досудового розслідування, має право скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови слідчих та підпорядкованих прокурорів у межах строків досудового розслідування, передбачених статтею 219 цього Кодексу. Про скасування таких постанов повідомляється прокурор, який здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення відповідного досудового розслідування.

Положення даної статті виводить на перший план керівну роль процесуального керівника, яка, по суті, робить його головною процесуальною фігурою на досудовій стадії кримінального провадження, з однієї сторони. Проте, з іншої – така конструкція норми, на нашу думку, не призводитиме до ефективної реалізації засад кримінального судочинства та виконання завдань, чим послабить кінцевий результат остаточної мети взаємодії, сутність якої полягає

отримати кінцевий позитивний судовий результат.

По-третє, у випадку відмови прокурора у погодженні клопотання **слідчого до слідчого суді** про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій чи негласних слідчих (розшукових) дій слідчий має право звернутися до керівника органу досудового розслідування, який після вивчення клопотання за необхідності ініціює розгляд питань, порушених у ньому, перед прокурором вищого рівня, який протягом трьох днів погоджує відповідне клопотання або відмовляє у його погодженні (ст. 40 КПК України). Відповідно до ч. 4 ст. 218 КПК України на початку розслідування слідчий перевіряє наявність вже розпочатих досудових розслідувань щодо того ж кримінального правопорушення. У разі, якщо буде встановлено, що іншим слідчим органу досудового розслідування або слідчим іншого органу досудового розслідування розпочато кримінальне провадження щодо того ж кримінального правопорушення, слідчий передає слідчому, який здійснює досудове розслідування, наявні у нього матеріали та відомості, повідомляє про це прокурора, потерпілого або заявника та вносить відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Побудова даних положень КПК України, на нашу думку, ефективно впливатиме на підвищення відповідальності слідчих, які сьогодні, посилаючись на процесуальне керівництво прокурора, нерідко чекають від нього вказівок стосовно розкриття правопорушення. Оскільки слідчий, як посадова особа органу досудового розслідування, з одного боку, підпорядковується визначеним у Законі України «Про прокуратуру» принципам організації й діяльності свого відомства, а з другого – як учасник кримінального провадження, має діяти відповідно до його принципів, закріплених у Кримінальному процесуальному кодексі України.

Із вищевикладеного можна зробити висновок, що взаємодія прокурора, який здійснює процесуальне керівництво із керівником органу прокуратури, слідчого органу прокуратури у досудовому провадженні зумовлена співвідношенням їхніх кримінально-процесуальних функцій.

Водночас, відносини між процесуальним керівником та слідчим будуються на процесуальних принципах, які становлять єдину систему, згідно з якою здійснюються регулятивна і охоронна функція стосовно інших норм, які підлягають використанню при провадженні у конкретному провадженні. Основний результат кримінального провадження здобувається спільними

діями та процесуальними засобами вказаних суб'єктів, що, у свою чергу, призводить до виникнення неузгодженостей між ними, усунення яких за КПК України здійснює керівник органу прокуратури. Вказане зумовлює необхідність виокремлення принципів діяльності керівника органу прокуратури у досудовому провадженні зі слідчим через розкриття його повноважень. Крім того, відповідно до ч. 1 ст. 37 КПК України прокурор, який здійснюватиме повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні, визначається керівником відповідного органу прокуратури після початку досудового розслідування. У разі необхідності керівник органу прокуратури може визначити групу прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів у конкретному кримінальному провадженні, а також старшого прокурора такої групи, який керуватиме діями інших прокурорів.

Поряд із цим, розглядаючи питання взаємодії процесуального керівника із керівником органу прокуратури, необхідно зазначити, що в їх діяльності є досить багато чинників і ознак, включаючи й правозастосовні, які досі детально не з'ясовані, водночас які і формують, і впливають на взаємодію зі слідчими.

З цього приводу зазначимо, що як самостійні учасники процесу прокурор,

який здійснює процесуальне керівництво, та керівник органу прокуратури мають різноманітні форми взаємодії зі слідчим органу прокуратури. При цьому, повноваження керівника органу прокуратури в основному направлені на усунення конфліктів між процесуальним керівником та слідчим. Тобто законодавець надав керівнику органу прокуратури арбітних повноважень.

Зокрема, керівник органу прокуратури включається в механізм взаємодії слідчого із процесуальним керівником саме через наявні в нього повноваження, і саме через керівника органу прокуратури здійснюється врегулювання суперечок про компетенцію між слідчим та процесуальним керівником, учасниками кримінального провадження. Прикладом реалізації подвійних стандартів діяльності керівника органу прокуратури при поєднанні в своєму функціонуванні керівну та процесуальну функцію, з наголосом на другу, оскільки відповідно до КПК України, вона має сприяти формуванню партнерських стосунків між процесуальним керівником та слідчим.

Зокрема, ч. 5. ст. 218 КПК України передбачає, що спори про підслідність вирішує керівник органу прокуратури вищого рівня. Продовження арбітних повноважень керівника органу прокуратури міститься у ст. 308 КПК України. Відповідно до даної статті

прокурор вищого рівня розглядає скаргу на недотримання слідчим, прокурором розумних строків. Та у випадку задоволення скарги, прокурор вищого рівня надає відповідному прокурору обов'язкові для виконання вказівки щодо строків вчинення певних процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень.

Варто відзначити, що саме вирішення цих питань належить безпосередньо керівнику органу прокуратури. Тобто керівник органу прокуратури у досудовому провадженні підпорядковується двом відносно відокремленим групам принципів, першу з яких можна назвати організаційними, а другу – процесуальними, причому вони одноковою мірою є обов'язковими для прокурора.

Належність наступного комплексу повноважень керівнику органу прокуратури перебуває в залежності від рівня органу прокуратури.

До них належить розгляд скарги слідчого на рішення, дії, бездіяльність прокурора службовою особою органу прокуратури вищого рівня. У випадку скасування рішення або визнання незаконними вчинених дій чи бездіяльності службова особа органу прокуратури вищого рівня має право здійснити заміну одного прокурора на іншого з числа службових осіб органу прокуратури того самого рівня в

досудовому провадженні, де було прийняте або вчинене незаконне рішення, дія чи бездіяльність (ст. 312 КПК України). Відповідно до ч. 1 ст. 83 КПК України у разі задоволення відводу слідчого, прокурора у кримінальному провадженні повинні бути невідкладно призначені відповідно інший слідчий – керівником органу досудового розслідування або інший прокурор – керівником органу прокуратури.

Крім того, якщо керівник органу прокуратури, прокурор вищого рівня відмовляє у погодженні обвинувального акта із зміненним обвинуваченням, клопотання про висунення додаткового обвинувачення чи початок провадження щодо юридичної особи або постанови про відмову від підтримання державного обвинувачення, він усуває від участі в судовому розгляді прокурора, який ініціював таке питання, та самостійно бере участь у ньому як прокурор або доручає участь іншому прокуророві. У такому разі судовий розгляд продовжується в загальному порядку. – (ст. 341 КПК України).

Також, питання про продовження строку досудового розслідування до трьох місяців вирішується – районним (міським) або іншим прирівняним до нього прокурором, до шести місяців – прокурором Автономної Республіки Крим,

прокурором області, міст Києва і Севастополя чи прирівняним до них прокурором або їх заступниками, до дванадцяти місяців – Генеральним прокурором України чи його заступниками.

Але, відповідно до положень ст. 295 КПК України, продовження строку досудового розслідування кримінального правопорушення здійснюється за клопотанням слідчого або прокурора, який здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення цього досудового розслідування у формі процесуального керівництва.

Резюмуючи зазначене, можна дійти висновку, що такий підхід цілком виправдовує підвищену увагу до діяльності керівника органу прокуратури при дослідженні його повноважень, які не тільки формують, але й впливають на напрямки та види взаємодії між процесуальним керівником та слідчим, зокрема й на досудове розслідування.

Тому, на нашу думку, потребують наукового розгляду та обґрунтування питання єдності процесуального керівника та слідчого як основи взаємодії з керівником органу прокуратури.

Зокрема, виключно прокурор у кримінальному провадженні приймає рішення відповідно до ст. 217 КПК України про об'єднання чи виділення матеріалів досудового розслідування.

Крім того, роль прокурора у прийнятті на стадії досудового розслідування такого важливого рішення, як погодження клопотань, необхідно розглядати як паритетну із слідчим діяльність, коли позитивне рішення одного із цих суб'єктів щодо розглядуваного питання неможливе без відповідного рішення іншого суб'єкта.

Процесуальний керівник не повинен виконувати функції слідчого, а лише здійснювати нагляд за розслідуванням кримінального провадження у формі процесуального керівництва. Це означає, що процесуальний керівник або визнає процесуальні дії слідчого законними і погоджується з ними або не визнає і відхиляє клопотання слідчого, визначає обсяг доказів достатнім для повідомлення особі про підозру і визначає подальший хід розслідування.

Тут необхідно врахувати не тільки специфіку процесуального статусу прокурора, який, відповідно до ч. 2 ст. 36 нового КПК України, визначається процесуальним керівником досудового розслідування, тобто суб'єктом, який несе безпосередню персональну відповідальність за його хід та результати, але й правове положення слідчого, який відповідно до ч. 1 ст. 40 КПК України несе відповідальність за законність та

своєчасність здійснення процесуальних дій.

Відповідно до ст. 36 КПК України прокурор є самостійним у своїй процесуальній діяльності, втручання в яку осіб, що не мають на те законних повноважень, забороняється. Органи державної влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації, службові та інші фізичні особи зобов'язані виконувати законні вимоги та процесуальні рішення прокурора.

Варто зазначити, що повноваження, передбачені у ст. 36 КПК України процесуального керівника не є вичерпними, оскільки є й ті, що впливають з інших положень КПК України, також доповнюють і розвивають закріплені у цій статті його права та обов'язки.

Отже, вплив основоположних повноважень процесуального керівника на природу його діяльності у досудовому кримінальному провадженні характеризується прямими і зворотними зв'язками, оскільки ці повноваження становлять основні вимоги до діяльності процесуального керівника, визначають його зміст та спрямованість, і водночас сама діяльність прокурора є елементом механізму реалізації основних засад кримінального провадження.

У площині перелічених у ст. 36

КПК України та інших статтях цього кодексу повноважень процесуального керівника, принципів та засад кримінального провадження виводять його на перше місце серед усіх учасників кримінального провадження на стадії досудового розслідування. Вказані повноваження можна згрупувати на блоки, як: починати розслідування, мати повний доступ до матеріалів, давати доручення щодо проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, повідомляти особі про підозру, й наостанок – вирішувати долю всього кримінального провадження.

Варто відзначити, що закріплений суттєвий комплекс прав та обов'язків для слідчого у ст. 40 КПК України задля ефективної взаємодії з учасниками провадження не є вичерпний.

Органи досудового розслідування, не киваючи на процесуального керівника, повинні відповідно до своїх природних завдань і законних повноважень встановити обставини кримінального правопорушення та осіб, які можуть бути до нього причетні; процесуальний керівник – оцінити повноту і якість матеріалів, достатність для висунення підозри та подальшого обвинувачення.

Слідчий, у свою чергу, обирає тактичні прийоми у розслідуванні злочинів і погоджує їх із прокурором. Як наслідок

вказаного, має відбутися гармонізуєче, взаємодоповнююче поєднання повноважень слідчого та процесуального керівника задля досягнення позитивного кінцевого судового рішення за результатами розслідування кримінального провадження.

Досліджуючи питання взаємодії процесуального керівника та слідчого органу прокуратури, не можна оминати питання про з'ясування правового механізму їхньої взаємодії із вирішення завдань кримінального судочинства.

Складність вирішення завдань кримінального провадження і доказування факту вчинення кримінального правопорушення та забезпечення його подальшої судової перспективи вимагає узгодженого поєднання зусиль процесуального керівника та слідчого. Адже слідчі дії мають важливе значення для процесуального керівника при прийнятті процесуальних рішень та визначенні видів приведення гласних і негласних слідчих (розшукових) дій. Надана слідчим інформація орієнтує процесуального керівника щодо місцезнаходження об'єкта, який має значення для провадження, та може бути використаний при прийнятті рішень щодо: 1) про проведення слідчих дій; 2) для проведення інших дій, метою яких є залучення їх до провадження для надання їм процесуального статусу.

Саме від рівня організованості взаємодії слідчого та процесуального керівника залежить ефективність діяльності правоохоронних органів у цьому напрямку.

На жаль, за результатами аналізу, першого досвіду взаємодії відповідно до КПК України процесуального керівника та слідчого при розслідуванні кримінальних правопорушень, визнається низький рівень співробітництва названих суб'єктів, що призводить до багатьох помилок і затягування слідства з усіма його негативними наслідками.

Тому погоджусь з думкою фахівців у галузі права, якщо результату після проведення негласних слідчих (розшукових) дій не буде отримано, то слідчий повинен нести відповідальність за порушення чинного законодавства.

Оскільки, вчинювані, на сьогодні, злочини мають певну специфіку у механізмі відображення в навколишньому середовищі. Окрім того, більш активно і масштабно відбувається протидія правоохоронним органам у виявленні ними злочинів, а потім і їх розслідуванні. Наявний рівень протидії приховання вчиненого кримінального правопорушення є на кілька щаблів вище від механізму його протидії. Дані обставини вимагають від правоохоронних органів узгодженого поєднання своїх зусиль, починаючи з внесення відомостей до ЄРДР, а в окремих

випадках – з моменту огляду місця події, затримання уповноваженою особою у порядку ст. 208 КПК України та проведенні її обшуку і т. д. та до кінцевого результату в суді.

Як недолік існуючої практики взаємодії процесуального керівника та слідчого за результатами проведеного анкетування 50 респондентів слідує, що «не налагоджено взаємодії слідчих та процесуальних керівників щодо визначення певного часу погодження клопотань на проведення процесуальних дій та усунення недоліків по змісту процесуальних документів.

Окремого розгляду під час взаємодії процесуального керівника та слідчого потребує проблема надання останнім результатів процесуальних та слідчих дій для ознайомлення. Як свідчить практика у розпорядження процесуального керівника не завжди своєчасно надається у повному обсязі матеріали гласних та негласних слідчих (розшукових) дій.

Для того, щоб прокурор мав повний доступ до усіх матеріалів кримінального провадження в будь-який момент без їх фізичного витребування, доцільно поступово переходити до «електронних кримінальних проваджень» на прикладі інших країн.

Якість наданих процесуальному керівнику первинних матеріалів залежить

від багатьох обставин, в тому числі від рівня взаємодії.

Розглядаючи питання взаємодії керівника органу прокуратури, прокурора, що здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням та слідчого органів прокуратури, відповідно до КПК України, варто все ж таки наголосити на тому, що функціонально, згідно з призначенням органів прокуратури в державі, органи цієї влади, постановляючи законні та обґрунтовані рішення, шляхом застосування чинного законодавства на основі принципу рівності всіх перед законом та судом, *мають стримувати інші гілки влади від зловживань.*

При реалізації своїх повноважень органи досудового розслідування повинні діяти в межах закону та наданих їм повноважень, щоб не відчути на собі дієвість судової влади.

Однак для успішного визначення шляхів взаємодії сторони обвинувачення слід окреслити завдання, які необхідно вирішити. Тому постійна внутрішня взаємодія правоохоронних органів у цілому, та органів досудового розслідування зокрема, є важливою запорукою успішного виконання завдань кримінального судочинства.

**Rechtliche Mechanismen zur Bestimmung der verwaltungsgerichtlichen
Zuständigkeit bei Streitigkeiten über den Schutz dienstlicher Information***Anna Barikowa**Magistrandin an der juristischen Fakultät**KNU Taras Schewtschenko**Ukraine*

In diesem Beitrag werden Aspekte der gerichtlichen Zuständigkeit in Streitigkeiten über den Schutz dienstlicher Information aufgezeigt. Es werden die Kriterien für das Bestehen von rechtlichen Beziehungen bei der Übermittlung, Aufbewahrung und dem Schutz von dienstlicher Information dargestellt, ferner die Beziehung zum Verwaltungsrecht und schließlich die verwaltungsprozessualen Anforderungen und ihre Anwendung in den besagten Beziehungen.

Die Untersuchung der Rechtsprechung des EGMR zeigte, dass hinsichtlich der Zuständigkeit der Wirkungskreis der Handlungen des Staates auf dem bestimmten Territorium maßgeblich ist, und zwar vom Blickwinkel des Rechts und der Grenzen der *ratione personae* und *materiae et loci*, ferner der Prinzipien, des Wesens und des Inhalts der rechtlichen Beziehungen (Berücksichtigung der territorialen Aspekte und die Anwendung der Rechtsnormen).

Auf dem Gebiet des Schutzes der dienstlichen Information sind in der Praxis Verwaltungs- Wirtschafts- und Zivilgerichte zuständig. Wenn die Verstöße auf dem Gebiet der dienstlichen Information den Tatbestand eines Vergehens oder Verbrechens erfüllen, so entscheidet über ein solches Verfahren die allgemeine Gerichtsbarkeit nach den Vorschriften der ukrainischen Strafprozessordnung. Die wichtigsten Kriterien für die Abgrenzung der Gerichtszweige sind das öffentliche Interesse und die Stufe der Gefahr für die Gesellschaft, die von den Delikten ausgeht.

In der Rechtsprechung gelten bei der Bestimmung der Zuständigkeit bei Rechtsbeziehungen auf dem Gebiet der Übermittlung, Aufbewahrung und dem Schutz von dienstlicher Information gleichzeitig diese Beurteilungsmaßstäbe: öffentlich-rechtliche (verwaltungsrechtliche) Rechtsbeziehungen, die Beteiligung der öffentlichen Verwaltung (Subjekte der staatlichen Ermächtigungen), die Ausübung konkreter Formen von öffentlich-rechtlichen Handlungen; eine verwaltungsrechtliche und eine komplexe informationsrechtliche gesetzliche Grundlage, wobei Letztere eine Gemengelage von öffentlichem Recht und Privatrecht darstellt; die Anwendbarkeit von Verwaltungsrecht (verwaltungsrechtliche Streitigkeiten, das Recht, die Verhaltensregeln durch Eingaben bei staatlichen Stellen zu wählen).

Правовий механізм визначення адміністративної юрисдикції спорів про захист службової інформації

Барікова Анна

магістрант юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Україна

Постановка проблеми

Забезпечення права на належний судовий захист з огляду на розвиток суспільства та науки зумовлює потребу в дослідженні правового механізму визначення юрисдикції у сфері захисту службової інформації.

Спори про захист службової інформації постають як не врегульовані конфлікти, що виникають із правовідносин з формування, обігу, охорони та захисту відповідного складу й обсягу службових відомостей у зв'язку з порушенням прав, свобод і законних інтересів суб'єктів цих правовідносин. Звідси до видів цих спорів, підвідомчим судам України, за критерієм юрисдикційного судового органу можна відносити ті, які розглядаються та вирішуються судами адміністративної, господарської або загальної юрисдикції.

Питання механізму адміністративно-правового забезпечення (регулювання) та його складових досліджували К. Афанасьєв, О. М. Єщук, Д. Голосніченко, Р. Зуєв, Ю.М. Козлов,

М.І. Козюбра, Т.О. Коломоєць, Я.В. Лазур, С.І. Лекарь В.В. Серьогіна та інші. Особливості розгляду, вирішення спорів, які виникають у сфері захисту права на службову інформацію, досліджені в наукових працях Д.В. Іванова, А.В. Незнамова, С.О. Ніколаєва, Г.О. Шломи та інших. Водночас наразі немає комплексних наукових досліджень, присвячених правовому механізму визначення адміністративної юрисдикції спорів про захист службової інформації, а також об'єктивним обставинам існування правовідносин у цій сфері.

Метою статті є виявлення сутності правового механізму визначення адміністративної юрисдикції спорів про захист службової інформації, а також об'єктивних обставин існування правовідносин у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації; зв'язку предмета адміністративного права з останніми.

У цьому контексті доцільним є формулювання правового механізму визначення адміністративної юрисдикції

цієї категорії спорів, оскільки за умов наявності управлінських функцій і публічного інтересу, компетенцію щодо розгляду спорів мають адміністративні суди. При цьому на вирішення адміністративного суду передається такий публічно-правовий спір, у якому хоча б однією із сторін є суб'єкт владних повноважень, їхня посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень.

Об'єктивні обставини існування правовідносин у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації

Об'єктивними обставинами існування правовідносин у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації є юридичні категорії, що вказують на умови, за яких відбувається оцінка цих правовідносин, судового захисту суб'єктивних прав, свобод, інтересів, а також здійснюється визначення відповідної судової юрисдикції, особливостей реалізації повноважень фізичними особами, юридичними особами приватного права, публічною адміністрацією (зокрема, суб'єктами владних повноважень), єдності застосування та тлумачення законодавства

про службову інформацію, правильності застосування норм права.

До таких обставин належать онтологічні характеристики (правовідносини у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації є предметом регулювання як приватного, так і публічного законодавства); функціональний аспект (учасники цих відносин можуть здійснювати як публічні, так і приватні повноваження); інструментальний підхід (усі без винятку учасники правовідносин застосовують на власний розсуд, згідно із приписами національного законодавства як приватні, так і публічні (адміністративні) інструменти).

За видом конфліктних відносин можна виділяти спори про відмову в задоволенні запиту на інформацію, ненаданні відповіді на інформаційний запит (звернення), надання недостовірної, неповної та неточної інформації та несвоєчасне її надання тощо.

При цьому аналіз судової практики розгляду відповідної категорії справ судами Вінницького апеляційного адміністративного округу дає підстави стверджувати, що серед основних причин, які сприяли виникненню спорів при застосуванні положень Закону України «Про доступ до публічної інформації», є порушення законодавства суб'єктами владних повноважень у їхній діяльності,

зокрема, відмова в задоволенні запиту на інформацію¹. Прикладом є постанова Чернівецького окружного адміністративного суду від 10.05.2012 у справі № 2а/2470/508/12, у якій суд дійшов висновку про те, що відповідач безпідставно та необґрунтовано відмовив у задоволенні запиту гр. Б., оскільки відповідна інформація не відноситься до службової, а твердження, що надання такої інформації може зіпсувати репутацію або права інших людей є безпідставними, бо запит стосувався кількісних даних відносно посадових осіб відповідача².

Водночас існування як приватного, так і публічного (адміністративного) елементів відповідних відносин зумовлює конкуренцію норм законодавства і, як наслідок, – неоднакове застосування судами одних і тих же норм матеріального права у подібних правовідносинах. Розв'язання такої ситуації можливе шляхом розмежування права на приватне та публічне, однозначної ідентифікації форм і змісту діяльності згаданих учасників правовідносин, установлення

¹ Узагальнення практики розгляду та вирішення адміністративними судами справ, пов'язаних із застосуванням положень Закону України «Про доступ до публічної інформації» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.vaas.gov.ua/files/file/NaukovaD/stat_analiz/yzagalnennya_publichna_inform.doc. – Назва з екрана.

² Постанова Чернівецького окружного адміністративного суду від 10.05.2012 у справі № 2а/2470/508/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24084015>. – Назва з екрана.

природи правовідносин, тлумачення та застосування публічного (адміністративного) законодавства.

Предмет адміністративного права та правовідносин у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації

Суспільні відносини у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації різноманітні, структурно й змістовно складні. За суб'єктним критерієм – індивідуальні (у зв'язку з використанням і тлумаченням правових норм), колективні (присутній конфлікт інтересів).

Учасники правовідносин

Учасниками відповідних правовідносин є особи, відмінні за своїми організаційно-правовою формою, завданнями та повноваженнями:

- 1) фізичні особи, юридичні особи приватного права;
- 2) суб'єкт публічного адміністрування (суб'єкт владних повноважень, юридичні особи публічного права та ін.), їхня посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень – обов'язковий учасник публічних правовідносин (публічно-правових) за ч. 1 ст. 2; 17 Кодексу адміністративного судочинства України.

Об'єкт і предмет правовідносин

Об'єктом правовідносин у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації потрібно вважати суспільні відносини, соціальні зв'язки, суб'єктивні права, свободи та інтереси, матеріалізовані та нематеріалізовані блага.

На рівні предмета адміністративного права відповідні правовідносини можуть бути віднесені до службового права як інституту (підгалузі) Особливого адміністративного права (за суб'єкт-об'єктним критерієм). Водночас з огляду на комплексний характер цих відносин можна вести мову також про їхній інформаційно-правовий характер і приналежність до права інформаційної безпеки як Спеціальної частини інформаційного права (йдеться про інформаційно-технічний бік захисту службової інформації). З огляду на сутність суспільних відносин у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації потрібно розмежувати їхню галузеву приналежність.

Предметом правовідносин є службова інформація та форми її відображення. По суті, службова інформація – це склад та обсяг службових відомостей, створених чи одержаних на законній підставі при виконанні своїх обов'язків, доступ до яких обмежений органами державної влади та іншими особами відповідно до законодавства,

дисциплінарних статутів у силу службової необхідності та які не підлягають зовнішньому чи внутрішньому розголошенню та використанню для власного інтересу або інтересу інших осіб у формі порад чи рекомендацій (до, під час виконання трудової функції та після припинення служби)³.

На рівні судової практики правовий режим цього виду інформації з обмеженим доступом є вирішальним при розгляді клопотань про витребування доказів. Так, до Вінницького окружного адміністративного суду надійшла на розгляд із Вищого адміністративного суду України адміністративна справа за позовом військової частини (третья особа, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору) на стороні позивача до Державної фінансової інспекції у Вінницькій області. Під час судового розгляду представником відповідача було заявлено клопотання про витребування у Кабінету Міністрів України постанову з грифом «Для службового користування» № 759 від 29.05.1998 року «Про затвердження Методики визначення залишкової вартості майна Збройних Сил України та інших військових формувань» із додатками, що стосуються визначення

³ Barikowa A. The mechanism of administrative and legal framework of the restricted information circulation, security / A. Barikowa // Адміністративне право і процес. – 2014. – № 3(9) / 2014. – С. 139-146. – С. 139.

залишкової вартості військового майна⁴.

Постановою Вінницького окружного адміністративного суду від 21.09.2012, залишеною без змін ухвалою Вінницького апеляційного адміністративного суду від 28.11.2012, позов було задоволено. Вищий адміністративний суд України в ухвалі від 05.06.2013 рішення Вінницького окружного адміністративного суду та Вінницького апеляційного адміністративного суду скасував, а справу направив на новий розгляд до суду першої інстанції, зазначивши, що з метою забезпечення єдиного порядку обліку, зберігання та використання матеріалів, які містять службову інформацію, постановою Кабінету Міністрів України № 1893 від 27.11.1998 затверджено Інструкцію про порядок обліку, зберігання і використання документів, справ, видань та інших матеріальних носіїв інформації, які містять службову інформацію. Тому в ухвалі суду касаційної інстанції було вказано на необхідність дотримання вказаного порядку при розгляді справи під час опрацювання документів, призначених для службового користування: згідно з абз. 2 п. 39 Інструкції від 27.11.1998, копіювання

⁴ Ухвала Вінницького окружного адміністративного суду від 29.07.2013 у справі № 805/3065/13-а [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravoscope.com/act-uxvala-sudu-802-3065-13-a-dmitrishena-ruslana-mikola-vna-29-07-2013-spravi-zi-sporiv-z-privodu-reali-s>. – Назва з екрана.

для сторонніх організацій документів з грифом «Для службового користування», одержаних від інших організацій, здійснюється за погодженням з організаціями-авторами цих документів.

Причому для визначення залишкової вартості майна Центр обліку надлишкового та списаного військового майна Збройних Сил України та інспектори Департаменту внутрішнього аудиту та фінансового контролю Міністерства Оборони України керувалися методикою визначення залишкової вартості майна Збройних Сил України та інших військових формувань, затвердженою постановою № 759, а для вирішення спору суду необхідно було ознайомитись із її змістом. Враховуючи, що постанова містить гриф «Для службового користування», суд прийшов до висновку про необхідність її витребування в Кабінету Міністрів України разом із додатками, що стосуються визначення залишкової вартості військового майна⁵.

Зміст правовідносин

Зміст правовідносин у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації

⁵ Ухвала Вінницького окружного адміністративного суду від 29.07.2013 у справі № 805/3065/13-а [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravoscope.com/act-uxvala-sudu-802-3065-13-a-dmitrishena-ruslana-mikola-vna-29-07-2013-spravi-zi-sporiv-z-privodu-reali-s>. – Назва з екрана.

має матеріальний аспект (фактична поведінка суб'єктів); юридичний аспект (права та обов'язки суб'єктів).

Саме тому позовні вимоги можуть стосуватися визнання протиправною відмови надати інформацію, зобов'язання надати відповідь на інформаційний запит (звернення), задовольнити запит на інформацію, надати достовірну, повну та точну інформацію тощо.

Критерії адміністративної юрисдикції та їх застосування в правовідносинах у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації

Критерії адміністративної юрисдикції та їх застосування в правовідносинах у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації є ознаками, які беруться за основу визначення належності спорів про захист службової інформації на підставі вимог законодавчих і підзаконних актів, судової практики та доктрини, які є мірилом істинності та відповідності об'єктивній дійсності.

При цьому враховуються онтологічні, гносеологічні та методологічні складові правового механізму визначення судових юрисдикцій: сутність спору; динамічні аспекти з'ясування судової юрисдикції (теоретико-практичний рівень при подачі позову до суду); методи її визначення.

У сфері захисту службової інформації може існувати адміністративна, господарська, загальна судова юрисдикція. Основними критеріями для їх розмежування постають публічний інтерес, ступінь суспільної небезпечності деліктів.

Загальна характеристика критеріїв судової юрисдикції та їх застосування в правовідносинах у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації

Враховуючи існуючі колізійні аспекти у визначенні юрисдикцій судів стосовно питання підвідомчості, за підходом М.О. Власенка, перевагу має змістовний принцип, згідно з яким більш загальна норма, прийнята пізніше, не скасовує дії прийнятої раніше спеціальної норми. Така позиція пояснюється тим, що законодавець виходить із мети збереження стабільності системи права, із необхідності стабільно регулювати суспільні відносини ⁶. Водночас А.М. Колодій, В.В. Копейчиков, С.Л. Лисенков, не акцентуючи уваги на співвідношенні правил вирішення правових колізій, віддають перевагу темпоральному принципу над змістовним (ними взагалі не

⁶ Власенко Н.А. Коллизионные нормы в советском праве / Н.А. Власенко. – Иркутск : Изд-во Иркутского ун-та, 1984. – 100 с. – С. 93.

згадується змістовний принцип)⁷. У зарубіжній доктрині також втілений підхід стосовно переваги темпорального принципу над змістовним⁸. Вирішення такої ситуації можливе при накладенні горизонтів розуміння конкретної особи (особи-позивача та судді, що приймає рішення про підвідомчість спору) на горизонти розуміння доктринального та правозастосовчого напрямів із застосуванням напрацювань правової герменевтики. Вирішальним при цьому є співпадіння горизонтів розуміння суддів та науковців із одного й того ж питання про підвідомчість і підсудність конкретного спору.

У цьому контексті потрібно застосовувати такі відмежувальні критерії: 1) суб'єктний склад учасників конкретного судового провадження; 2) онтологічні характеристики, пов'язані з сутністю спору; 3) легальний критерій (відносини, врегульовані актами законодавства; передбачена в законі норма, яка безпосередньо врегульовує розгляд і вирішення спору конкретним судом і відсутність норми, яка прямо передбачала

⁷ Теорія держави і права: [навч. посіб.] / [А.М. Колодій, В.В. Копейчиков, С.Л. Лисенков та ін.]; за заг. ред. С.Л. Лисенкова та В.В. Копейчикова. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 368 с. – С. 197-198.

⁸ Boer A., Hoebtra R., Winkels R. The CLIME Ontology / A. Boer, R. Hoebtra, R. Winkels // Second International Workshop on Legal Ontologies. – Amsterdam: Department of Computer Science & Law, Faculty of Law, University of Amsterdam, 2001. – P. 37-47.

б вирішення такого спору судом іншої юрисдикції; принцип верховенства права); 4) причинно-наслідковий зв'язок (наявність відносин, із яких слідує спір про право).

При розгляді та вирішенні кожного конкретного спору для з'ясування характеру спірних відносин необхідно, по-перше, враховувати положення процесуальних кодексів про підвідомчість (теоретичний рівень дослідження), по-друге, здійснювати моніторинг судової практики (емпіричний рівень дослідження), по-третє, проводити повторний відхід на теоретичний рівень визначення підвідомчості (із використанням теоретичних, емпіричних і логічних методів дослідження щодо обрання необхідних критеріїв, зокрема, за характером спорів: публічно-правовим і приватно-правовим), по-четверте, знову переходити до емпіричного рівня (безпосередня подача позову до суду).

Визначення юрисдикції в практиці Європейського суду з прав людини

У практиці Європейського суду з прав людини юрисдикція як юридична категорія стосується територіального аспекту, питання застосування правових норм, врахування сутності та змісту відносин.

Територіальний аспект юрисдикції за підходами Європейського суду з прав людини базується на врахуванні сфери дії влади на визначеній території з огляду на положення правових норм (формально-юридичний підхід).

Так, у справі «Yonghong v. Portugal» від 25.11.1999 Європейський суд з прав людини сформулював позицію, відповідно до якої механізм Конвенції надає державі можливість поширити Конвенцію на території, за зовнішні зносини яких вона несе відповідальність, шляхом заяви на підставі цієї норми, в результаті чого питання, що стосуються цих територій, відносяться до юрисдикції заінтересованої Високої Договірної Сторони. Істотним елементом системи статті 56 є те, що заява, яка поширює Конвенцію на територію, про яку йде мова, робиться до того, як Конвенція пошириться на дії влади вищезазваної території або на політику Уряду Договірної Сторони з виконання обов'язків по відношенню до вищевказаної території⁹.

У справі «Pașcu and others v. Moldova and Russia» від 08.07.2004 Європейський суд з прав людини зазначив, що поняття «юрисдикція» в значенні статті 1 Конвенції не обмежується межами

національної території Високих Договірних Сторін. Наприклад, їхня відповідальність може виникати і у зв'язку з діями їхньої влади, що має наслідки й поза межами їхньої території. Сторона фактично контролює райони, що знаходяться за межами її національної території. Зобов'язання щодо забезпечення прав і свобод, що передбачаються Конвенцією, ґрунтується на факті такого контролю, незалежно від того, як він здійснюється – безпосередньо, із використанням збройних сил або через підлеглу місцеву адміністрацію¹⁰.

Питання застосування правових норм у практиці Європейського суду з прав людини втілено в аспекті меж дії *ratione personae, materiae et loci*, принципів, сфери дії нормативно-правових, у тому числі міжнародних, актів, не враховуючи види норм і конкретних заходів. Наприклад, у справі «Affaire Parti Communiste Unifié de Turquie et autres c. Turquie» від 30.01.1998 сформульовано підхід, що норма встановлює межі дії Конвенції *ratione personae, materiae et loci*. Однак вона не проводить жодної відмінності між видом норм чи конкретних заходів і не виводить зі сфери дії Конвенції ніяку сторону, що знаходиться під

⁹ Справа «Yonghong v. Portugal» від 25.11.1999 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-5646#%7B%22itemid%3A%22%3A%5B%5C%22001-5646%5C%22%5D%7D>. – Назва з екрана.

¹⁰ Справа «Pașcu and others v. Moldova and Russia» від 08.07.2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61886#%7B%22itemid%3A%22%3A%5B%5C%22001-61886%5C%22%5D%7D>. – Назва з екрана.

«юрисдикцією» держав-учасниць. Вищеназвані держави відповідають за дотримання ними Конвенції своєї «юрисдикцією» в цілому, яка часто здійснюється, перш за все, через Конституцію¹¹ (п. 29). Так, інституціональний та політичний устрій держав-учасниць Конвенції повинен враховувати права та принципи, закріплені в Конвенції. Мало важливо, у цьому відношенні, що підлягає застосуванню: конституційні норми або прості норми закону. З того моменту, як держава здійснює свою «юрисдикцію», використовуючи ці норми, вона підпорядковується дії Конвенції¹² (п. 30).

Підхід Європейського суду з прав людини щодо врахування сутності та змісту відносин відображений, зокрема, у справі «Paşcu and others v. Moldova and Russia» від 08.07.2004, де зазначено, що для встановлення юридичного характеру заяви необхідно не тільки розглядати її найменування, а й спробувати визначити сутність її змісту¹³.

¹¹ Справа «Affaire Parti Communiste Unifié de Turquie et autres c. Turquie» від 30.01.1998 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-62691#{<itemid>:\[<001-62691>\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-62691#{<itemid>:[<001-62691>]}). – Назва з екрана.

¹² Справа «Affaire Parti Communiste Unifié de Turquie et autres c. Turquie» від 30.01.1998 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-62691#{<itemid>:\[<001-62691>\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-62691#{<itemid>:[<001-62691>]}). – Назва з екрана.

¹³ Справа «Paşcu and others v. Moldova and Russia» від 08.07.2004 [Електронний ресурс]. –

По суті, за підходами Європейського суду з прав людини щодо юрисдикції як юридичної категорії необхідно дотримуватися сфери дії влади на визначеній території з огляду на положення правових норм, на межі дії *ratione personae, materiae et loci*, принципи, сутність і зміст правовідносин.

Критерії розмежування судової юрисдикції та їх застосування в правовідносинах у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації

Юрисдикція у сфері захисту службової інформації на практиці є адміністративною, господарською, загальною судовою.

Якщо правопорушення у сфері службової інформації утворюють склад кримінальних проступків і злочинів, то відповідні справи необхідно розглядати в судах загальної юрисдикції за правилами, визначеними в Кримінальному процесуальному кодексі України.

Водночас у п. 2 резолютивної частини Рішення Конституційного Суду України від 23.05.2001 у справі № 6-рп/2001 визнано таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), положення абзацу

Режим доступу: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61886#{<itemid>:\[<001-61886>\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61886#{<itemid>:[<001-61886>]}). – Назва з екрана.

третього статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України про те, що судам не підвідомчі скарги «на акти, що стосуються забезпечення обороноздатності держави, державної безпеки, зовнішньополітичної діяльності держави, збереження державної, військової і службової таємниці»¹⁴. З іншого боку, необхідно зауважити, що нині чинний Цивільний процесуальний кодекс України було прийнято 18.03.2004, а Кодекс адміністративного судочинства України – 06.07.2005. Тобто в 2001 р. положення абзацу третього статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України, яке було сформульовано так, що судам загальної юрисдикції взагалі не підвідомчі скарги громадян на акти, які стосуються, зокрема, збереження службової таємниці (за тодішніми підходами), суперечило ст.ст. 55, 64, 124 Конституції України, оскільки Кодексу адміністративного судочинства України не існувало. Із прийняттям Кодексу адміністративного судочинства України розгляд і вирішення спорів щодо захисту службової інформації в судах загальної юрисдикції за правилами цивільного судочинства залишаються можливими, коли правовий спір є комплексним, тобто

¹⁴ Рішення Конституційного Суду України від 23.05.2001 у справі № 6-рп/2001 щодо конституційності статті 248-3 ЦПК України // Офіційний вісник України. – 2001. – № 22. – Стор. 89. – Ст. 1004. – Код акту 19025/2001.

стосується не виключно питань захисту службової інформації.

Прикладом є справа № 1007/11883/2012, у якій Іллюхін С. М., вважаючи відмову в наданні в письмовому вигляді особисто копії документів, які входять до складу документації по інвентаризації земель рекреаційного призначення, зокрема, плану встановлених меж землекористування, яким було присвоєно гриф «Для службового користування», незаконною та необґрунтованою, всупереч п. 3 ч. 4 ст. 22 Закону України «Про доступ до публічної інформації», 24.10.2012 звернувся з позовом до Броварського міськрайонного суду Київської області стосовно визнання протиправною відмови Броварської міської ради надати інформацію на запит і зобов'язання надати повну інформацію на зазначений запит¹⁵. Позов ґрунтувався на положеннях ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод щодо права на свободу одержувати інформацію, п. 1 ч. 1 ст. 3, ч. 2 і ч. 5 ст. 6, ст. 9 Закону України «Про доступ до публічної інформації».

¹⁵ Апеляційна скарга від 26.04.2013 на Постанову Броварського міськрайонного суду Київської області від 13.04.2013 у справі № 1007/11883/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.medialaw.kiev.ua/userimages/files/Court_cases/Illuhin_Brovarska_miska_rada/%D0%90%D0%9F%D0%95%D0%9B%D0%AF%D0%A6%D0%86%D0%99%D0%9D%D0%90%20%D0%A1%D0%9A%D0%90%D0%A0%D0%93%D0%90_1.docx. – Назва з екрана.

При цьому запитуваний план встановлених меж землекористування не належить до категорій «службова кореспонденція», «довідні записки» або «рекомендації», а також не був створений у процесі оперативно-розшукової чи контррозвідальної діяльності, не є документом у сфері оборони країни. Також у Переліку відомостей, що становлять службову інформацію та інструкції з питань обліку, зберігання та використання документів та інших матеріальних носіїв, які містять відомості, що становлять службову інформацію у виконкомі Броварської міської ради від 14.03.2012 № 41-ОД немає категорії, якою б охоплювався план встановлених меж землекористування парку «Перемога». Інвентаризація земель рекреаційного призначення стосується володіння, користування та розпорядження майном, що перебуває у комунальній власності, тому не може бути обмежений доступ до інвентаризаційної документації, яка за законом не може бути віднесена до службової інформації та є відкритою.

У судовій практиці спори про захист службової інформації розглядаються та вирішуються господарськими судами з використанням критеріїв приватно - правового характеру прийнятого владними суб'єктами рішення та наявності спеціальних правових норм.

Наприклад, у постанові Вищого господарського суду України від 03.06.2008 у справі № 2/323 про визнання недійсним рішення адміністративної колегії відділення Антимонопольного комітету України, зокрема, про відмову в наданні для ознайомлення заяви, якій надано гриф «Для службового користування», міститься аргументація щодо віднесення справи до підвідомчості господарських судів¹⁶ (на підставі положень кількох правових актів). Так, відповідно до приписів ст. 60 Закону України «Про захист економічної конкуренції» рішення органів Антимонопольного комітету України оскаржуються до господарського суду¹⁷. У п. 4 Інформаційного листа Верховного Суду України від 26.12.2005 № 3.2-2005 також зазначено: «Закони України можуть передбачати вирішення певних категорій публічно-правових спорів в порядку іншого судочинства (наприклад, стаття 60 Закону України «Про захист економічної конкуренції» встановлює, що заявник, відповідач, третя особа мають право оскаржити рішення органів Антимонопольного комітету України до господарського суду у двомісячний строк з

¹⁶ Постанова Вищого господарського суду України від 03.06.2008 у справі № 2/323 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_1968611.html. – Назва з екрана.

¹⁷ Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01.2001 № 2210-III: із змінами та доп. станом на 11.08.2013 // Відомості Верховної Ради. – 2001. – № 12. – Ст. 64.

дня одержання рішення)»¹⁸. Тому Вищий господарський суд стверджував, що спір у цій справі відноситься до підвідомчості господарських судів і підлягає вирішенню за правилами Господарського процесуального кодексу України¹⁹.

Водночас необхідно зважати на те, що Антимонопольний комітет України як державний орган зі спеціальним статусом є розпорядником інформації (публічно-правова компетенція). Згідно з ч. 2 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України до адміністративних судів можуть бути оскаржені будь-які рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень, крім випадків, коли щодо таких рішень, дій чи бездіяльності Конституцією чи законами України встановлено інший порядок судового провадження²⁰. А згідно з ч. 2 ст. 4 названого Кодексу юрисдикція адміністративних судів поширюється на всі

публічно-правові спори, крім спорів, для яких законом встановлений інший порядок судового вирішення²¹. При цьому в судовій практиці сформувався підхід щодо переваги критерію наявності спеціальної норми, щодо якого з доктринальних позицій виникають сумніви з огляду на правовий статус органів, характер діяльності, сутність відносин. Спираючись на конституційний принцип верховенства права, який також закріплено в Кодексі адміністративного судочинства України, доцільно відносити до юрисдикції адміністративних судів суто інформаційні спори, пов'язані з діяльністю суб'єктів владних повноважень як розпорядників публічної інформації, що має в тому числі правовий режим обмеженого доступу. Зокрема, такий підхід стосується службової інформації.

За умови наявності управлінських функцій і публічного інтересу, компетенцію щодо розгляду спорів мають адміністративні суди. На думку М.І. Смоковича, правильне розмежування судових юрисдикцій та визначення компетенції адміністративних судів сприятиме посиленню гарантій забезпечення дотримання принципу законності та реалізації принципу

¹⁸ Щодо застосування господарськими судами України положень процесуального законодавства стосовно розмежування компетенції між адміністративними і господарськими судами : Інформаційний лист Верховного Суду України від 26.12.2005 № 3.2-2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v3-2-700-05>. – Назва з екрана.

¹⁹ Постанова Вищого господарського суду України від 03.06.2008 у справі № 2/323 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_1968611.html. – Назва з екрана.

²⁰ Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV : із змінами та доп. станом на 27.04.2014 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 32. – Стор. 11. – Ст. 1918. – Код акту 33303/2005.

²¹ Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV : із змінами та доп. станом на 27.04.2014 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 32. – Стор. 11. – Ст. 1918. – Код акту 33303/2005.

доступності судочинства в адміністративних судах²².

Базовим критерієм для розмежування судових юрисдикцій є публічний інтерес, на підставі наявності або відсутності якого можна розмежувати юрисдикційну підсудність адміністративних і господарських судів.

Причому обсяг поняття публічного на різних історичних етапах був неоднаковим. У докласичних науках публічне тлумачилося як загальний інтерес, що є більш широким, ніж приватний інтерес, пов'язаний із конкретною особою (Стародавній Рим). У період модерну йшлося про існування публічного інтересу в публічному праві або в системі права в цілому (Р. Ієринг, К.О. Неволін). У постмодерні на теренах країн пострадянського простору публічний інтерес насамперед ототожнюється з державним інтересом.

За часів незалежної України, із 1995 р., поняття публічності в суспільстві не звужується лише до державних інтересів, а також охоплює спільні інтереси людей як інтереси різного виду

²² Смокович М.І. Проблеми розмежування судової юрисдикції та визначення компетенції адміністративних судів: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / М.І. Смокович. – К. : Б. в., 2010. – 20 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mydisser.com/en/catalog/view/7194.html>. – Назва з екрана.

товариств, об'єднань (у т.ч. територіальних), інтереси колективної самоорганізації та саморегулювання й самоуправління²³.

Виступаючи критерієм розмежування спорів, публічний інтерес постає як мотиваційне становище й об'єктивне вольове ставлення індивіда, групи індивідів, суспільства в цілому (соціальних суб'єктів, які беруть участь у різних суспільних відносинах і взаємодіють з іншими особам) до явищ і предметів оточуючої дійсності, що не залежать від волі суб'єкта (-ів), джерелом яких є об'єктивно існуючі соціальні потреби та шляхи їх задоволення так, щоб зробити можливим реальне використання предмета правовідносин у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації.

Особливості критеріїв адміністративної юрисдикції та їх застосування в правовідносинах у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації

У Кодексі адміністративного судочинства України існує легальне визначення поняття «справа адміністративної юрисдикції» («адміністративна справа») як переданого на вирішення адміністративного суду

²³ Тихомиров Ю.А. Публичное право: [учебник] / Ю.А. Тихомиров. – М. : БЕК, 1995. – 496 с. – С. 32.

публічно-правового спору, у якому хоча б однією зі сторін є орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень²⁴ (п. 1 ч. 1 ст. 3). По суті, справа адміністративної судової юрисдикції – це переданий на вирішення адміністративного суду публічно-правовий спір, у якому хоча б однією зі сторін є орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень.

Про правовідносини у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації як предмет судової юрисдикції адміністративних судів можна вести мову при одночасному існуванні множини таких критеріїв:

- 1) правовідносини – публічно-правові (адміністративні);
- 2) суб'єктний склад – присутність публічної адміністрації (суб'єкта владних повноважень);
- 3) здійснення конкретного виду діяльності

²⁴ Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV : із змінами та доп. станом на 27.04.2014 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 32. – Стор. 11. – Ст. 1918. – Код акту 33303/2005.

у вигляді публічного управління;

4) законодавче підґрунтя – регулювання як адміністративним, так і законодавством, яке в собі вміщує норми і публічного (адміністративного), і приватного права;

5) наявність адміністративного права (суперечка про адміністративне право; право вибору правила поведінки через звернення до органу державної влади) (елемент публічності адміністративності).

Справи, у яких позивач об'єднав вимоги щодо рішень суб'єктів владних повноважень і договірних відносин, повинні розглядатися та вирішуватися за правилами, встановленими як Господарським процесуальним кодексом України, так і Кодексом адміністративного судочинства України. Щодо решти позовних вимог, враховуючи встановлену ч. 3 ст. 21 Кодексу адміністративного судочинства України заборону об'єднувати в одне провадження кілька вимог, які належить розглядати в порядку різного судочинства, якщо інше не встановлено законом²⁵, спір не повинен вирішуватися адміністративним судом.

Висновки

²⁵ Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV : із змінами та доп. станом на 27.04.2014 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 32. – Стор. 11. – Ст. 1918. – Код акту 33303/2005.

Таким чином, об'єктивними обставинами існування правовідносин у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації є юридичні категорії, що вказують на умови, за яких відбувається оцінка цих правовідносин, судового захисту суб'єктивних прав, свобод, інтересів, а також здійснюється визначення відповідної судової юрисдикції, особливостей реалізації повноважень фізичними особами, юридичними особами приватного права, публічною адміністрацією (зокрема, суб'єктами владних повноважень), єдності застосування та тлумачення законодавства про службову інформацію, правильності застосування норм права.

На рівні предмета адміністративного права відповідні правовідносини можуть бути віднесені до службового права як інституту (підгалузі) Особливого адміністративного права (за суб'єкт-об'єктивним критерієм). Водночас з огляду на комплексний характер цих відносин можна вести мову також про їхній інформаційно-правовий характер і приналежність до права інформаційної безпеки як Спеціальної частини інформаційного права. З огляду на сутність суспільних відносин у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації потрібно розмежувати їхню галузеву приналежність.

Юрисдикція у сфері захисту службової інформації на практиці є адміністративною, господарською, загальною судовою. Основними критеріями для їх розмежування постають публічний інтерес, ступінь суспільної небезпечності деліктів.

За підходами Європейського суду з прав людини щодо юрисдикції як юридичної категорії необхідно дотримуватися сфери дії влади на визначеній території з огляду на положення правових норм, на межі дії *ratione personae, materiae et loci*, принципи, сутність і зміст правовідносин (врахування територіального аспекту, застосування правових норм).

Розгляд і вирішення спорів щодо захисту службової інформації в судах загальної юрисдикції за правилами цивільного судочинства можливі, коли правовий спір є комплексним, тобто стосується не виключно питань захисту службової інформації. Якщо правопорушення у сфері службової інформації утворюють склад кримінальних проступків і злочинів, то відповідні справи необхідно розглядати в судах загальної юрисдикції за правилами, визначеними в Кримінальному процесуальному кодексі України. Базовим критерієм для розмежування юрисдикцій адміністративних і господарських судів постає публічний інтерес. справи, у яких

позивач об'єднав вимоги щодо рішень суб'єктів владних повноважень і договірних відносин, повинні розглядатися та вирішуватися за правилами, встановленими як Господарським процесуальним кодексом України, так і Кодексом адміністративного судочинства України. Щодо решти позовних вимог, враховуючи встановлену ч. 3 ст. 21 Кодексу адміністративного судочинства України заборону, спір не повинен вирішуватися адміністративним судом.

Про правовідносини у сфері обігу, охорони та захисту службової інформації як предмет судової юрисдикції адміністративних судів можна вести мову при одночасному існуванні множини таких критеріїв: 1) публічно-правові (адміністративні) правовідносини; 2) суб'єктний склад – присутність публічної адміністрації (суб'єкта владних повноважень); 3) здійснення конкретного виду діяльності у вигляді публічного управління; 4) законодавче підґрунтя – регулювання як адміністративним, так і комплексним інформаційним законодавством, яке в собі вміщує норми і публічного (адміністративного), і приватного права; 5) наявність адміністративного права (суперечка про адміністративне право; право вибору правила поведінки через звернення до органу державної влади) (елемент публічності адміністративності).

**Das Verhältnis von Vorschriften des öffentlichen und privaten Rechts bei der Regelung
der Aufrechnung von gleichartigen Gegenforderungen
im Außenhandel**

Stanislaw Stanislawowitsch Pylypyschyn

Advokat

Kristiniwska Oblast, Tscherkassy

Ukraine

Gegenstand dieses Beitrags ist das Verhältnisses von Vorschriften des öffentlichen und privaten Rechts bei der Regelung der Aufrechnung von gleichartigen Gegenforderungen als Methode der Abrechnung im Außenhandel.

Es muss darauf hingewiesen werden, dass im internationalen Handel der Begriff „Abrechnung“ nicht gebräuchlich ist, stattdessen wird der Begriff „Zahlungsmethode“ verwendet.

Die Aufrechnung von gleichartigen Gegenforderungen als Methode der Abrechnung im Außenhandel hat die Aufmerksamkeit von Juristen aus der Praxis wie aus der Wissenschaft auf sich gezogen. So hat das Ministerium für Steuern und Abgaben (jetzt: Finanzministerium) die Auffassung dargelegt, dass die Aufrechnung von gleichartigen Gegenforderungen im Außenhandel nur zwischen den Betroffenen zulässig ist, die in diesem Verhältnis Kontrahenten sind (ein und dieselben Personen). Jede von ihnen muss einmal als Kreditgeber, zum anderen als Schuldner auftreten. Eine Aufrechnung in anderen Fällen ist unzulässig. Hierbei ist bedeutungslos, ob die Betroffenen in einem oder mehreren Ländern ansässig sind.

Gleichzeitig muss darauf hingewiesen werden, dass im ukrainischen Recht die Begriffe „Aufrechnung gemeinsamer Schulden“ und „Abrechnung von Gegenforderungen“ und „Aufrechnungen von gleichartigen Gegenforderungen“ Synonyme sind.

Obwohl die Aufrechnungen von gleichartigen Gegenforderungen im strengen rechtlichen Wortsinn eine Möglichkeit ist, in einer Reihe von Fällen (vor allem in der Bankpraxis) eine Verpflichtung aufzuheben und nicht abzusichern ist sie das effektive Druckmittel, mit dem die Interessen des Kreditgebers geschützt werden können.

Es muss der Unterschied gesehen werden, dass die Normen des öffentlichen Rechts Vorschriften über die Fristen für die Abrechnung und auch die Befugnisse der staatlichen Behörden zur Kontrolle der Abrechnung enthalten, die des Privatrechts dagegen die Fälle regeln, wann die Aufrechnung von gleichartigen Gegenforderungen im Außenhandel zulässig ist und wie das zu geschehen hat.

**Співвідношення норм публічного і приватного права у регулюванні заліку
зустрічних однорідних вимог у зовнішньоекономічній діяльності**

Пилипишин Станіслав Станіславович

адвокат

Черкаська область м. Христинівка

Україна

Постановка проблеми

Залік зустрічних однорідних вимог як метод розрахунків у зовнішньоекономічній діяльності не залишає поза своєю увагою як юристів-практиків, так і вчених. Так Міністерство доходів і зборів України обґрунтувало висновок, що залік зустрічних вимог у зовнішньоекономічній діяльності можливий тільки між сторонами, які є контрагентами за цими операціями (одні й ті самі особи), кожна з яких в одному зобов'язанні виступає кредитором, а в іншому – боржником. Здійснювати залік в інших випадках не дозволяється. При цьому не має значення, є сторони резидентами однієї країни чи різних країн¹. Водночас слід зауважити, що в українському праві поняття залік взаємної заборгованості та зарахування зустрічних однорідних вимог та залік

зустрічних однорідних вимог є дефініціями одного і того ж самого поняття.

Звертаємо увагу, що С. В. Овсейко вказує, на те, що в міжнародній торгівлі поняття «розрахунки» не використовується, а натомість застосовують «метод платежу» (поняття «метод» тлумачиться як шлях, спосіб пізнання, дослідження або виконання чогось²), котре є більш широким і більш комплексним, ніж поняття «розрахунків». Якщо останнє поняття охоплює лише формально-юридичні і бухгалтерську сторону розрахункової операції (права та обов'язки сторін, форму документу), то метод платежу, наряду з іншим, включає економічну сторону зовнішньоторговельної операції (форма фінансування: авансовий платіж, товарний кредит, негайний платіж проти поставки розподіл ризиків сторін

¹ Залік зустрічних вимог у сфері ЗЕД між різними компаніями // Вісник міністерства доходів і зборів України //11.05.2012, № 17-18 [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://www.visnuk.com.ua/ua/pubs/id/1795>

² Загнітко А.П. Щукіна І.А. Тлумачний словник сучасної української мови. – Донецьк : ТОВ «ВКФ» БАОЮ. -960 с.

зовнішньоекономічної операції)³.

Залік зустрічних однорідних вимог, хоча, кажучи строго правовою мовою, і є способом припинення, а не забезпечення зобов'язання, в ряду випадків (насамперед банківській практиці), але є тим оперативним заходом впливу, який може захищати інтереси кредитора. У зарубіжних країнах залік зустрічних однорідних вимог і похідна від нього операція – неттінг (юридично термін «неттінг» означає механізм багатостороннього заліку (стаття 1291 Французького цивільного кодексу), який надає особам, що беруть участь у даній процедурі, можливість заощаджувати на банківських витратах в сфері комісії за переказ коштів та втрат через телексий зв'язок), що застосовуються досить широко, базується на тих самих юридичних концепціях⁴.

Залежно від особливостей чинного законодавства, які регулюють правовий порядок по відношенню до заліку зустрічних однорідних вимог, можна виділити три групи держав.

До першої відноситься законодавство Франції та орієнтовані на нього країни. Згідно вимог статті 1290 Французького цивільного кодексу «залік

зустрічних однорідних вимог реалізується без звернення до суду, безпосередньо в силу закону, навіть без відома боржника; обидва борги погашаються взаємно в той момент, коли вони опиняються одночасно існуючими, в розмірі тієї частини в якій вони існують обопільно».

Законодавство другої групи країн: Білорусії і Росії, містить ті ж вимоги до заліку зустрічних однорідних вимог, що і українське законодавство. Їх відмітна ознака – необхідність і достатність для заліку зустрічних однорідних вимог наявної заяви однієї із сторін (ст. 381 Громадянський кодекс Республіки Білорусь; стаття 410 Громадянський кодекс Російської Федерації).

В третій групі держав, включаючи країни англосаксонського права, в якості загального правила залік зустрічних однорідних вимог можливий тільки на основі двохсторонньої згоди⁵.

Актуальність проблем, які виникають у зв'язку з використанням заліку зустрічних однорідних вимог як методу розрахунків у зовнішньоекономічній діяльності, полягає у співвідношенні норм публічного та приватного права.

³ Международные расчеты : право и практика / С.В.Овсейко. Минск. Амалфея, 2009 - 348

⁴ Овсейко С.В. «Неттинг: понятие и основные черты «Юрист», 2009, № 12 с. 61-68.

⁵ Международные расчеты : право и практика / С.В.Овсейко. Минск. Амалфея, 2009 - 348

Науковим дослідженням проблем розрахунків у зовнішньоекономічній діяльності присвячені роботи таких зарубіжних вчених, як, наприклад, С. В Овсейко,⁶ Д. М Михайлов⁷, В. В Канашевський⁸, так і вітчизняних науковців: В. П. Богун⁹, Ю. Кулік¹⁰.

Постановка завдання

Метою даної статті є висвітлення співвідношення норм публічного і приватного права у регулюванні заліку зустрічних однорідних вимог у зовнішньоекономічній діяльності.

Виклад основного матеріалу дослідження

Публічні норми права, які регулюють відносини у сфері розрахунків, містяться в Законі України «Про порядок

⁶ Международные расчеты : право и практика / С.В.Овсейко. Минск. Амалфея, 2009 – 348

⁷ Международные контракты и расчёты. Д.М. Михайлов изд. Юрайт. М. –2008

⁸ Внешнеэкономические сделки. Материально-правовое и коллизийное регулирование // В.А. Канашевский Издательство: Wolters Kluwer 2008.

⁹ Богун В.П. Правове регулювання розрахунків в іноземній валюті у зовнішньоекономічних відносинах : Автореф. дис.. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук : спец 12.00.04 – Господарське право; арбітражний процес / Богун В.П. – Донецьк – 2001. – 22 с.

¹⁰ Зарахування зустрічної однорідної вимоги в сфері зовнішньоекономічної діяльності / Кулік Ю. / Юридичний журнал №6, 2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=326>

здійснення розрахунків в іноземній валюті» від 23.09.1994 № 185/94-ВР. Водночас в статті 1 вище названого Закону України вказується, що «виручка резидентів у іноземній валюті підлягає зарахуванню на їх валютні рахунки в уповноважених банках у строки виплати заборгованостей, зазначені в контрактах, але не пізніше 180 календарних днів з дати митного оформлення (виписки вивізної вантажної митної декларації) продукції, що експортується, а в разі експорту робіт (послуг), прав інтелектуальної власності – з моменту підписання акта або іншого документа, що засвідчує виконання робіт, надання послуг, експорт прав інтелектуальної власності. Перевищення зазначеного строку потребує висновку центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері економічного розвитку»¹¹. Це дозволяє зробити висновок, що норми даного Закону України спрямовані на врегулювання строків здійснення розрахунків між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності, а також вони визначають правовий порядок використання іноземної валюти в процесі господарської діяльності.

¹¹ Закон України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» від 23.09.1994 № 185/94-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/185/94-вр>

Крім того, дані відносини також врегульовані Декретом Кабінету міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19.02.1993 № 15-93, в якому встановлено, що у розрахунках між резидентами і нерезидентами в межах торговельного обороту використовуються як засіб платежу іноземна валюта та грошова одиниця України – гривня. Такі розрахунки здійснюються лише через уповноважені банки згідно правового порядку, встановленого Національним банком України¹². Прикладом даного порядку є «Положення про порядок здійснення уповноваженими банками операцій за документарними акредитивами в розрахунках за зовнішньоекономічними операціями», яке затверджене постановою правління Національного банку України від 03.12.2003 № 514 та зареєстровано в Міністерстві юстиції України 24 грудня 2003 р. за № 1213/8534¹³.

¹² Декрет Кабінету міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19.02.1993 № 15-93 [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/15-93>

¹³ «Положення про порядок здійснення уповноваженими банками операцій за документарними акредитивами в розрахунках за зовнішньоекономічними операціями» затверджене постановою правління Національного банку України від 03.12.2003 № 514 та зареєстрована в Міністерстві юстиції України 24 грудня 2003 р. за № 1213/8534.

Звертаємо, увагу, що спеціального правового порядку до цього часу не прийнято, по заліку зустрічних однорідних вимог в зовнішньоекономічній діяльності, але, в свою чергу, Національний банк України, передбачив, в підпункті 1.10 «Інструкції про порядок здійснення контролю за експортними, імпорнтними операціями», що експортна, імпорнтна операція можуть бути зняті з контролю за наявності належним чином оформлених документів про припинення зобов'язань за цими операціями із зарахуванням зустрічних однорідних вимог, якщо:

вимоги впливають із взаємних зобов'язань між резидентом і нерезидентом, які є контрагентами за цими операціями;

вимоги однорідні;

строк виконання за зустрічними вимогами настав або не встановлений, або визначений моментом пред'явлення вимоги;

між сторонами не було спору щодо характеру зобов'язання, його змісту, умов виконання тощо¹⁴.

[Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z1213-03>

¹⁴ «Інструкції про порядок здійснення контролю за експортними, імпорнтними операціями» затверджена постановою Правління Національного банку України від 24.03.99 № 136 та зареєстрована в Міністерстві юстиції України 28 травня 1999 р. за № 338/3631 [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0338-99>

Приватні норми права, які регулюють відносини у сфері розрахунків, сформовані в Цивільному кодексі України. Зокрема в статті 601 Цивільного кодексу України, передбачено, що зобов'язання припиняється зарахуванням зустрічних однорідних вимог, строк виконання яких настав, а також вимог, строк виконання яких не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги. Зарахування зустрічних вимог може здійснюватися за заявою однієї із сторін¹⁵. Очевидно, що згідно статті 601 Цивільного кодексу України, встановлюються випадки, коли суб'єкт господарювання має право здійснити зарахування зустрічної однорідної вимоги а також, законодавчо визначений механізм його здійснення. Вище розглянуті положення чинного цивільного законодавства також повністю дубльовані в частині третій статті 203 Господарського кодексу України¹⁶.

Крім того, в статті 14 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 № 959-ХІІ, визначається, що «всі суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності мають

право: самостійно визначати форму розрахунків по зовнішньоекономічних операціях з-поміж тих, що не суперечать законам України та відповідають міжнародним правилам»¹⁷.

Слід зауважити, у певних випадках, резиденту – суб'єкту підприємницької діяльності необхідно отримати від Національного банку України погодження для зарахування заборгованості щодо такої оплати під час проведення заліку зустрічних однорідних вимог, у випадку письмової відмови Державного інформаційно-аналітичного центру моніторингу зовнішніх товарних ринків у проведенні цінової експертизи щодо відповідності контрактних цін на роботи, послуги, права інтелектуальної власності, які є предметом договору, кон'юнктури ринку. Ця вимога не є обов'язковою, якщо Державний інформаційно-аналітичний центр моніторингу зовнішніх товарних ринків провів цінову експертизу та встановив завищення контрактних цін на роботи, послуги, права інтелектуальної власності, які є предметом договору відносно кон'юнктури ринку¹⁸.

¹⁵ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15/paran3014#n3014>

¹⁶ Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/436-15/page6>

¹⁷ Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 № 959-ХІІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/959-12/page2>

¹⁸ «Положення про порядок видачі резидентам погодження Національного банку України на проведення окремих операцій» затверджене постановою Правління Національного банку України 30.12.2003 № 597

Також дані випадки передбачені у пункті 4 постанови правління Національного банку України «Про переказування коштів у національній та іноземній валюті на користь нерезидентів за деякими операціями», в якій вказується, що «платежі з операцій з оплати робіт, послуг, прав інтелектуальної власності та/або виконання зобов'язань за векселем, яким оформлена заборгованість резидента перед нерезидентом за такою оплатою, та/або зарахування заборгованості за такою оплатою в разі проведення заліку зустрічних однорідних вимог, якщо загальна вартість послуг, робіт, прав інтелектуальної власності за договором перевищує 100 000 євро, або еквівалент цієї суми в іншій валюті за офіційним курсом гривні до іноземних валют, установленим Національним банком України на день укладення договору, окрім зазначених у пункті 1 цієї постанови документів, є акт цінової експертизи Державного інформаційно-аналітичного центру моніторингу зовнішніх товарних ринків, який засвідчує відповідність контрактних цін на роботи, послуги, права інтелектуальної власності, які є предметом договору, кон'юнктурі ринку»¹⁹.

та зареєстровано в Міністерстві юстиції України 5 лютого 2004 р. за № 159/8758 [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0159-04>

¹⁹ «Про переказування коштів у національній та іноземній валюті на користь нерезидентів за деякими операціями» затверджене

Для отримання погодження від Національного банку України, резидент зобов'язаний подати оригінали або копії договорів, які мають бути засвідчені нотаріусом або в установленому законодавством порядку, вимоги за якими зараховуються під час проведення заліку зустрічних однорідних вимог, та документів, що підтверджують стан виконання цих договорів²⁰. Вищевикладене дозволяє зробити висновок, що держава в особі уповноваженого органу, а саме Національного банку України, встановила порядок проведення заліку зустрічних однорідних вимог як ефективного способу розрахунків за зовнішньоекономічними зобов'язаннями.

Висновки з проведеного дослідження.

Вищевикладене дозволяє сформулювати такі висновки :

1) норми публічного права містять норми права, які регулюють строк

постановою Правління Національного банку України 30.12.2003 № 597 та зареєстровано в Міністерстві юстиції України 5 лютого 2004 р. за № 159/8758 [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0159-04>

²⁰ «Положення про порядок видачі резидентам погодження Національного банку України на проведення окремих операцій» затверджене постановою Правління Національного банку України 30.12.2003 № 597 та зареєстровано в Міністерстві юстиції України 5 лютого 2004 р. за № 159/8758 [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0159-04>

здійснення розрахунків, а також визначають повноваження органів державної влади у сфері контролю за здійсненням розрахунків;

2) норми приватного права містять випадки, коли застосовується залік зустрічних однорідних вимог у зовнішньоекономічній діяльності та правовий механізм його здійснення.

**Internationale Standards zur Qualifikation von Richtern und deren Einführung
in die ukrainische Gesetzgebung**

Dr. Dmitrij Jurjewitsch Schpenow

verdienter Jurist der Ukraine

Doktorand der Charkiwer Nationalen Universität des Inneren

Ukraine

Der Autor geht von dem Ansatz aus, dass die Untersuchung internationaler Standards zur Absicherung und Unterstützung einer hohen Qualifikation von Richtern ermöglicht, die Fehler und Lücken in der nationalen Gesetzgebung zu erkennen und sie mit Hilfe dieser internationalen Standards zu verbessern.

Das Ziel dieses Beitrags ist es, Wege aufzuzeigen, auf denen die internationalen Standards zur Absicherung und Unterstützung einer hohen Qualifikation von Richtern in die ukrainische Gesetzgebung eingefügt werden können.

Nach Auffassung des Autors sind für die Lösung dieser Probleme grundlegend:

- 1) Die Entwicklung eines Systems von Qualifikationsanforderungen für Richter (professionelle, persönliche, moralische und ethische Qualitäten, Wissen, Fertigkeiten) und deren Einfügung in das Gesetz „über den Gerichtsaufbau und den Status der Richter“;
- 2) Ausarbeitung und Einführung einer Methode zur Beurteilung der Qualifikation der Richter;
- 3) Der Übergang von der ursprünglichen Konzeption der Ausbildung zukünftiger Richter hin zu spezialisierten wissenschaftlichen Einrichtungen;
- 4) Die Einführung verpflichtender planmäßiger (einmal alle drei Jahre) und außerplanmäßigen (in den Fällen von Disziplinarverfahren oder streitigem Verfahren über eine Entlassung) Beurteilung von auf Lebenszeit ernannten Richtern und die Methode der Durchführung.

Der vorgeschlagene Ansatz zur Einführung von internationalen Standards in die ukrainische Gesetzgebung erlaubt, ein einheitliches Konzept zur Absicherung und Unterstützung eines hohen Niveaus der Qualifikation von Richtern festzulegen und diese regelmäßig zu überprüfen und zu beurteilen.

Международные стандарты квалификации судей и их внедрение в законодательство Украины

Шпенев Дмитрий Юрьевич

кандидат юридических наук,

Заслуженный юрист Украины,

соискатель Харьковского национального

университета внутренних дел,

Украина

Постановка проблемы

Профессионализм и высокий уровень квалификации судьи являются одной из гарантий принятия ими качественных, с точки зрения социальной справедливости, законности и объективности, решений, обеспечения верховенства права и закона, формирования доверия общественности к судебной власти. При этом в национальной практике повышения квалификации судей, поддержания высокого уровня такой квалификации, до сих пор отсутствуют единые критерии оценки профессионализма судей, их компетенции, а также методика обеспечения и поддержания высокого уровня квалификации судей. Международные стандарты в данной сфере сформулированы в соответствующих международно-правовых актах. Процесс интеграции Украины в международное содружество обязал нашу страну принять во внимание и внедрить в национальное законодательство ведущие международные

стандарты обеспечения и поддержания высокого уровня квалификации судьи. Однако следует отметить, что данные обязательства, на сегодняшний день, выполнены не в полной мере, что обуславливает необходимость разрешения этой проблемы как на общетеоретическом, так и на законодательном уровне.

Таким образом, исследование вопросов международных стандартов обеспечения и поддержки высокого уровня квалификации судей позволит выявить пробелы и недостатки национального законодательства в данной сфере и выработать пути его усовершенствования с учётом требований международных стандартов.

Актуальность темы исследования подтверждается недостаточностью научных работ, посвящённых вопросу международных стандартов обеспечения и поддержания высокого уровня квалификации судей и их внедрения в законодательство Украины, что в

сочетании с необходимостью комплексного научного анализа данного вопроса, обуславливает важность и своевременность данной статьи.

Состояние исследования

Отдельные аспекты профессионализма судей в Украине исследовали такие учёные, как Н. Кузнецова, Л. Москвич, И. Панчук, С. Погребняк, С. Прилуцкий, О. Саленко, Н. Шуклина и многие другие. Однако, на сегодняшний день, отсутствуют комплексные исследования, посвященные международным аспектам обеспечения и поддержания высокого уровня квалификации судей, что еще раз подчеркивает важность и актуальность предложенной темы.

Цель и задачи исследования

Целью статьи является определение путей внедрения в законодательство Украины международных стандартов обеспечения и поддержания высокого уровня квалификации судей. Для достижения поставленной цели необходимо выполнить следующие задачи: определить критерии высокого уровня квалификации судей; проанализировать международные стандарты обеспечения и поддержания высокого уровня

квалификации судей; выявить недостатки и пробелы национального законодательства Украины в данной сфере и определить пути его усовершенствования с учётом требований международных стандартов.

Изложение основного материала

В научной литературе значительное внимание уделяется вопросам профессиональной подготовки и отбора кандидатов на должность судьи¹. Однако, проблема обеспечения и поддержания высокого уровня квалификации уже действующего судьи в контексте повышения квалификации, аттестации судьи, изучена недостаточно. Исследование данной проблемы, прежде всего, требует определения критериев такой квалификации.

В специализированных юридических исследованиях категорию «высокий уровень квалификации судьи» часто используют в тесной связи с такими терминами, как «профессионализм», «эффективность деятельности» и некоторыми другими. Так, М. Л. Поздняков указывает на то, что критерием профессионализма судьи следует считать

¹ Саленко О.В. Застосування в Україні європейських стандартів для забезпечення належного кваліфікаційного рівня судді / О.В. Саленко // Європейські перспективи. – 2014. – № 3. – С. 69-76; 133-137.

качество вынесенных судьёй решений, что, в свою очередь, определяется количеством оставленных без изменения и не отменённых решений². Н. В. Куприянович считает, что необходимо выделять и разграничивать две группы критериев эффективности деятельности судей, а именно: критерии качества работы судей, связанные с достижением целей правосудия, и критерии организации судебной работы, определяемые через иные признаки (служебная нагрузка судей в соотношении с оптимальной; время, затрачиваемое на рассмотрение одного дела в соотношении с объективно необходимым; подбор и расстановка судебных кадров; стимулирование труда судей; техническая оснащённость судебных участков и др.)³. Таким образом, о неразрывной связи высокого уровня квалификации судьи с уровнем его профессионализма и эффективностью работы свидетельствует ряд общих для всех этих качественных характеристик судьи критериев.

Определяя этимологию категории «высокая квалификация», следует учесть значение двух её составляющих терминов –

² Поздняков М. Л. Критерии оценки качества работы судей и дисциплинарная ответственность. / Поздняков М. Л. – СПб. : ИПП ЕУ СПб, 2014. – С. 31.

³ Куприянович Н.В. Критерии эффективности деятельности мировых судей / Н.В. Куприянович // Мировой судья. – 2006. – № 1. – С. 415.

«высокая» и «квалификация». В толковом словаре значение понятия «квалификация» определяется как: 1) действие по значению квалифицировать, то есть определять уровень подготовки к какому-либо виду деятельности (как правило, профессиональной); 2) степень пригодности, подготовленности к какому-либо виду труда; 3) профессия, специальность⁴. «Высокий» в контексте уровня квалификации обозначает: 1) очень хороший, наилучший, развитый; 2) небудничный, значительный от обычного, исполненный глубокого смысла⁵. Таким образом, высокий уровень квалификации судьи следует понимать как наилучшую, наиболее значительную степень подготовленности и пригодности судьи к осуществлению правосудия и выполнению иных судебных функций.

Для выделения единых критериев высокого уровня квалификации судей, необходимо обратиться к анализу положений международных и национальных нормативно-правовых актов.

Так, в Рекомендациях Совета Европы № (94) 12 идёт речь о том, что когда судьи выполняют свои обязанности неэффективно или, когда имеют место

⁴ Великий тлумачний словник сучасної української мови / [уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел]. – Київ, Ірпінь : Перун, 2005. – С. 128.

⁵ Там само.

дисциплинарные нарушения, должны быть приняты все необходимые меры, при условии, что они не влияют на независимость правосудия⁶. Из этого следует, что одним из критериев высокой квалификации судьи является эффективность его деятельности.

«Эффективный» обозначает приводящий к нужным результатам, последствиям, дающий наибольший эффект или который вызывает эффект, то есть надлежащий результат⁷. Для оценки результативности профессиональной деятельности судьи следует ориентироваться на определённые в ст. 2 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» задания суда, к которым относятся обеспечение каждому права на справедливый суд и уважения к его иным правам и свободам, гарантированных Конституцией и законами Украины, а также международными договорами⁸. Исходя из данных заданий, одним из критериев оценки высокой квалификации судьи должен являться уровень законности в государстве или отдельных его регионах.

⁶ Рекомендація N (94) 12 «Незалежність, дієвість та роль суддів» Міжнародний документ від 13.10.1994 // [Електронний ресурс] – Режим доступу:

http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_323.

⁷ Великий тлумачний словник сучасної української мови / [уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел]. – Київ, Ірпінь : Перун, 2005. – С. 128.

⁸ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41-42, № 43, № 44-45. – Ст. 529.

Однако использование такого критерия оказывается несколько проблематичным ввиду следующих причин. Во-первых, среди государственных органов, на которые возлагается обязанность по обеспечению законности, кроме судов, следует выделить органы прокуратуры, органы внутренних дел, Службу безопасности и другие. Соответственно, чётко определить меру влияния каждого из этих органов на состояние законности в стране или отдельном её регионе, крайне сложно. Во-вторых, законность – категория неоднозначная и сама по себе является оценочной, поскольку точно определить приемлемый уровень законности нельзя. Тут следует исходить также из количества, плотности населения, его социальной структуры и иных социально-экономических и правовых факторов, влияние которых исключать было бы неверным. Таким образом, исходя из представленного критерия – уровня законности, сложно сделать вывод о квалификации каждого конкретного судьи. Поэтому существует потребность в выделении других, более конкретизированных, критериев оценки такого уровня.

В работах, посвящённых данной проблеме, можно выделить два основных подхода к её разрешению. Первый из них предполагает выявление и подсчёт

судебных ошибок: чем меньше оных, тем выше уровень квалификации конкретного судьи. Таким образом, в данном случае следует исходить от обратного – не оценивать положительные характеристики судьи, а учитывать допущенные судьёй ошибки в выполнении своих функций, их частоту и причины, и на основе этого делать соответствующие выводы об уровне квалификации судьи. Такой подход, примером, можно встретить в работах Н. А. Колоколова⁹, А. А. Устюгова¹⁰ и других. Однако, с нашей точки зрения, он содержит несколько существенных недостатков. На первый из них указывают сами авторы данного подхода. Так, Н. А. Колоколов совершенно справедливо говорит о том, что применение методики подсчёта судебных ошибок невозможно без четкого определения понятия «судебная ошибка»¹¹. В законодательстве Украины отсутствует определение данного понятия. В научной литературе также нет единого подхода к его формулировке. В наиболее общем виде судебная ошибка определяется

как результат судебной деятельности, свидетельствующий о не достижении целей судопроизводства¹². Как можно увидеть, судебная ошибка, как и законность, – понятия, не отличающиеся достаточным уровнем конкретности. Для их интерпретации неминуемо обращение к другим, более определяемым понятиям (вина судьи, умысел судьи и т.д.), на основании которых можно сделать вывод о принадлежности того или иного явления к судебной ошибке. Поэтому использование метода подсчёта судебных ошибок в чистом виде требует индивидуального подхода к каждому судье и разработки единой методики, на базе которой будут оцениваться недостатки в деятельности судьи и степень их принадлежности к категории «судебная ошибка».

Согласно второму подходу, наоборот, следует учитывать и оценивать положительные, с точки зрения высокого уровня квалификации, качественные характеристики судьи, которые необходимо чётко прописать в актах национального законодательства. Например, Н. Кузнецова обращает внимание на то, что международный опыт свидетельствует, что совершенствование процесса отбора и подготовки судей невозможно без определения перечня характеристик,

⁹ Колоколов Н. А. Судебная ошибка в уголовном процессе: понятие, пути исправления / Н. А. Колоколов // Уголовное судопроизводство. – 2007. – № 2. – С. 3.

¹⁰ Устюгов А. А. Судебные ошибки: проблемы, интерпретации, понятия / А. А. Устюгов // Молодой ученый. – 2013. – №5. – С. 558.

¹¹ Колоколов Н. А. Судебная ошибка в уголовном процессе: понятие, пути исправления / Н. А. Колоколов // Уголовное судопроизводство. – 2007. – № 2. – С. 3.

¹² Устюгов А. А. Судебные ошибки: проблемы, интерпретации, понятия / А. А. Устюгов // Молодой ученый. – 2013. – №5. – С. 558.

профессиональных качеств и навыков, которыми должен обладать судья. Страны Европы и США уже разработали такой перечень необходимых профессиональных качеств судьи¹³. На сегодняшний день, в законодательстве Украины отсутствуют чётко определённые качества, умения, знания и навыки, которыми должен обладать судья. В международно-правовых актах данному вопросу уделяется большее внимание. Так, в Бангалорских принципах поведения судьи определяются такие качества и квалификационные характеристики судьи: 1) умение выносить решения разумно, справедливо и с достаточной скоростью, а также выполнять иные профессиональные функции; 2) знание и соблюдение судьёй этикета в процессе всех судебных разбирательств; 3) терпеливость, достоинство и вежливость по отношению к сторонам судебного заседания, присяжных, свидетелей, адвокатов и других лиц, с которыми судья общается в своем официальном качестве; 4) недопустимость занятия деятельностью, не совместимой со старательным выполнением судебных функций¹⁴.

¹³ Кузнецова Н. До питання про підвищення професійної підготовки суддівських кадрів / Н. Кузнецова // Право України. – 2010. – № 5. – С. 27.

¹⁴ Бангалорські принципи поведінки суддів: Резолюція Економічної та Соціальної Ради ООН від 27 липня 2006 року № 2006/23 // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://crimecor.rada.gov.ua/komzloch/control/uk/publis h/article;jsessionid>.

В Украине попытка формулирования соответствующих личных, морально-этических и профессиональных качеств судьи была предпринята в 2009 году, когда рабочая группа Рады судей Украины разработала проект Методических рекомендаций по определению соответствия лица, претендующего на должность судьи, профессиональным и личностным характеристикам¹⁵. В нём все качественные характеристики судьи условно разделены на три группы: 1) профессиональные качества, к которым отнесены знания из области права и знания судебной практики применения законодательства, умение применять знания на практике и грамотно составлять процессуальные документы; 2) технические навыки, а именно: организационные и организаторские навыки, навыки письма и речи; 3) персональные качества, к которым относятся: стремление к профессиональному росту, решительность и оперативность, уверенность в себе, логичность, критичность мышления, способность внимательно слушать, трудолюбие, честность, порядочность,

¹⁵ Методичні рекомендації щодо визначення відповідності особи, що претендує на посаду судді, фаховим та особистісним характеристикам: проект Рухення Ради суддів України 16 грудня 2009 року // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://rsu.court.gov.ua/wp-content/uploads/2013/09.pdf>.

справедливость, личное достоинство и самоуважение¹⁶. В Методических рекомендациях также была предложена методика оценки каждого из перечисленных качеств и знаний. Основными из них являются собеседования, ситуативные задания, психологическое тестирование. Однако, этот проект так и остался не утверждённым, не смотря на его высокое практическое значение. Поэтому, считаем, что на законодательном уровне, а именно в Законе «О судоустройстве и статусе судей», следует определить профессиональные, личные, морально-этические качества судьи, приняв за основу вышерассмотренный проект с некоторыми дополнениями. Так, особо важным для надлежащего и профессионального исполнения судьёй своих функций является обладание высоким уровнем правосознания.

И. О. Панчук определяет профессиональное правосознание судей как особый вид общественного сознания, который отражает отношение к праву судей как представителей отдельной профессиональной группы и включает в себя совокупность правовых знаний,

¹⁶ Методичні рекомендації щодо визначення відповідності особи, що претендує на посаду судді, фаховим та особистісним характеристикам: проект Рішення Ради суддів України 16 грудня 2009 року // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://rsu.court.gov.ua/wp-content/uploads/2013/09.pdf>.

оценок, представлений, идей, суждений, осуществляющих влияние на выполнение ими своих профессиональных обязанностей, а именно осуществления правосудия¹⁷. На законодательном уровне следует определить, что судья должен обладать высоким уровнем правосознания и правовой культуры, что включает его добросовестное отношение к выполняемым им функциям, уважение закона, острое чувство справедливости, понимание буквы и духа закона и умение применять нормы права к каждой конкретной ситуации.

Следует указать, что подобные рекомендации содержатся в Заключении Венецианской комиссии относительно Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей», где указано на необходимость внесения изменения в ч. 2 ст. 80 Закона путём определения критериев повышения судей по службе и привлечения Высшей квалификационной комиссии судей к процедуре повышения судей по службе¹⁸. Частично эта рекомендация была учтена, и в ч. 3 ст. 80 Закона «О судоустройстве и статусе

¹⁷ Панчук І.О. Загальні риси професійної правосвідомості суддів / І.О. Панчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право» – 2013. – №1(7). – С. 6.

¹⁸ Заключение Венецианской комиссии относительно Закона Украины о судоустройстве и статусе судей: Международный документ от 25.10.2010. // [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://pravo.ua/news.php?id=23556>.

судьи» указано, что перевод судьи, избранного бессрочно, в суд другой специализации осуществляется Верховной Радой Украины по представлению Высшей квалификационной комиссии судей Украины по результатам сдачи судьёй квалификационного экзамена. Исходя из этого, следует, что основной методикой оценки уровня квалификации судьи является квалификационный экзамен, проводимый Высшей квалификационной комиссией судей. Порядок его проведения определяется Положением о порядке сдачи кандидатами на должность судьи квалификационного экзамена и методике его оценки, утверждённом Решением Высшей квалификационной комиссии судей 10 июля 2013 года¹⁹. Таким образом, в ст.ст. 70, 80 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей», а также в Положении о порядке сдачи кандидатами на должность судьи квалификационного экзамена и методике его оценки нашли своё полное отображение международные стандарты относительно методики оценки уровня квалификации судьи, а также относительно органа, отвечающего за такую оценку (который преимущественно

должен состоять из действующих судей), определённым в Европейской Хартии о статусе судей²⁰. Однако, анализ вышеуказанных актов национального законодательства показывает, что оценка уровня квалификации судьи происходит лишь в том случае, если судья претендует на переводение его на другую судебную должность или избрания на бессрочной основе. Следовательно, систематическая (плановая или внеплановая – в случае применения мер дисциплинарного взыскания) аттестация судьи, избранного на бессрочной основе, действующим национальным законодательством Украины не предусмотрена. Это обозначает отсутствие в Украине практического и правового механизма постоянной и непрерывной проверки и оценки квалификации судьи, что является основой для её поддержки на высоком уровне.

Таким образом, для обеспечения соблюдения международных стандартов в сфере квалификации судей необходимо усовершенствовать национальный механизм обеспечения и поддержания высокого уровня квалификации судьи.

Первым элементом в данном механизме является система

¹⁹ Про затвердження Положення про порядок складення кандидатами на посаду судді кваліфікаційного іспиту та методику його оцінювання: Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів від 10 липня 2013 року // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.vksu.gov.ua/ua/dobir-kandidativ-na-posadu-suddi-vpershe/documents-pp/polozhenniasep>.

²⁰ Європейська хартія про закон «Про статус суддів»: Міжнародний документ від 10.07.1998 // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_236.

соответствующих критериев оценки высокого уровня квалификации судьи, которая должна включать: 1) соответствие судьи тем личностным и морально-этическим качествам, которые определены в законе (следует отобразить качества, приведённые в проекте Методических рекомендаций по определению соответствия лица, претендующего на должность судьи, профессиональным и личностным характеристикам). Проверяется путём психологического тестирования, собеседования; 2) наличие у судьи достаточного уровня знаний в сфере права, правоприменения, анализа и т.д. Оценивается на основе тестирования, решения ситуационных заданий; 3) минимальный уровень допущения судебных ошибок (необходима разработка методики оценки и подсчёта судебных ошибок, допущенных судьями при отправлении правосудия), и дисциплинарных взысканий. Таким образом, методика оценки уровня квалификации судьи должна основываться на комплексном подходе, учитывающем как наличие у судьи необходимых качеств, так и отсутствие (или минимальный уровень) судебных ошибок.

Вторым элементом правового механизма обеспечения и поддержания высокого уровня квалификации судьи

является порядок и методика обеспечения высокой квалификации судьи.

Международные стандарты обеспечения и поддержания высокого уровня квалификации судьи определены в Бангалорских принципах поведения судьи, согласно которым такой уровень достигается: 1) постоянным расширением и усовершенствованием судьёй своих знаний и практического опыта; 2) усовершенствованием личных положительных качеств; 3) постоянным отслеживанием соответствующих изменений в международном и национальном законодательстве²¹. Следует отметить, что не все из перечисленных способов обеспечения квалификации судьи применяются в национальном законодательстве Украины. Так, О. В. Саленко, анализируя положения законодательства Украины о судоустройстве и статусе судей в части обеспечения надлежащего квалификационного уровня работающего судьи, определил такие его виды: 1) систематическая подготовка судей, назначенных на должность судьи впервые (проводится ежегодно в течение пяти лет продолжительностью в две недели); 2) систематическая подготовка судей,

²¹ Бангалорські принципи поведінки суддів: Резолюція Економічної та Соціальної Ради ООН від 27 липня 2006 року № 2006/23 // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://crimcor.rada.gov.ua/komzloch/control/uk/publis h/article;jsessionid>.

избранных на должность судьи бессрочно (проводится не реже одного раза в три года, в течение двух недель); 3) подготовка судей, назначенных на административные должности; 4) периодическое обучение судей с целью повышения уровня их квалификации²².

Согласно Закону Украины «О судоустройстве и статусе судей» функция по обеспечению профессиональной квалификации судьи возлагается на Национальную школу судей. Однако, уже на этапе подготовки будущих судей (получение высшего юридического образования), а также последующих периодических обучения судей, возникают определённые практические проблемы. На это указывает в своём исследовании Н. Г. Шуклина, отмечая, что отечественная система подготовки юридических кадров традиционно ориентирована на усвоение знаний по основным отраслям права, при этом не учитываются в полном объеме потребности формирования практических навыков юриста, в данном случае — судьи. Автор предлагает изменить концептуальные подходы к приобретению будущими судьями практических навыков, широко применяя практику привлечения к

²² Саленко О.В. Застосування в Україні європейських стандартів для забезпечення належного кваліфікаційного рівня судді / О.В. Саленко // Європейські перспективи. – 2014. – № 3. – С. 74.

учебному процессу практикующих судей. Это, с одной стороны, будет способствовать совершенствованию навыков правоприменения, что является основой судебной деятельности, а с другой — обеспечивать связь учебной деятельности с судебной практикой²³. Частично эта задача решена введением специальной подготовки кандидатов на должность судей. Однако, достаточно ли такой подготовки для обеспечения высокого уровня квалификации судьи? Считаем, что нет. Поэтому, соглашаясь с мнением О. В. Саленко, наиболее эффективным, с нашей точки зрения, является расширение системы высших учебных заведений, специализирующихся на подготовке будущих служителей фемиды и возложение на них функций обеспечения высшего образования в соответствующей специализации (по примеру специализированных ВУЗов Министерства внутренних дел, прокуратуры и т.д.).

Н. Кузнецова указывает на иную проблему, а именно, — отсутствие практической возможности отслеживания судьёй изменений соответствующего законодательства и правоприменительной практики. Автор отмечает, что уровень загруженности судей текущей

²³ Шукліна Н. Г. Національна школа суддів України: на шляху до становлення / Н.Г. Шукліна. // Судова апеляція. – 2011. – №2 (23) – С. 137.

правоприменительной работой настолько высок, что возможность основательно отслеживать процесс развития действующего законодательства даже по отдельным направлениям выглядит довольно иллюзорной. Поддержание надлежащего профессионального уровня судей должно иметь системный характер и быть организованным в установленном порядке²⁴. Кроме того, на сегодня отсутствует методика обеспечения самостоятельной работы судьи над повышением и поддержанием уровня своей квалификации, о которой также идёт речь в Бангалорских принципах поведения судьи.

Таким образом, можем сделать вывод о том, что международные стандарты обеспечения и поддержания высокого уровня квалификации судьи не в полной мере внедрены в национальном законодательстве Украины. Основными способами решения этой проблемы являются: 1) разработка системы квалификационных характеристик судьи (профессиональных, личностных, морально-этических качеств, знаний, умений и навыков) и закрепление их в Законе «О судоустройстве и статусе судей»; 2) разработка и внедрение

методики оценки уровня квалификации судьи; 3) трансформация концепции первичной подготовки будущих судей на базе специализированных высших учебных заведений; 4) введение обязательной систематической плановой (1 раз в три года) и внеплановой (в случае привлечения судьи к дисциплинарной ответственности или возникновения спорных оснований для его увольнения) аттестации бессрочно избранного судьи и методики её осуществления.

Предложенные выше способы решения проблемы внедрения международных стандартов в национальном законодательстве Украины позволят определить единую государственную концепцию обеспечения и поддержки высокого уровня квалификации судей, а также периодической его проверки и оценки. Перспективами дальнейших научных исследований в данной сфере должна стать разработка соответствующих методик (оценки уровня квалификации судьи, проведения аттестации и т.д.).

²⁴ Кузнецова Н. До питання про підвищення професійної підготовки суддівських кадрів / Н. Кузнецова // Право України. – 2010. - № 5. – С. 27.

Rechte und Pflichten der ukrainischen Staatsangehörigen auf dem Gebiet der Staatssprache

Doz. Dr. phil. Galyna Vasylivna Yankovska

Dozentin am Lehrstuhl für geisteswissenschaftliche und sozial-wirtschaftliche Studien

Lehrwissenschaftliches Institut Recht und Psychologie

Nationale Universität des Inneren,

Ukraine

In diesem Beitrag werden die Rechte und Pflichten der Bürger hinsichtlich der Staatssprache entsprechend der ukrainischen Gesetzgebung voneinander unterschieden. Insbesondere wird dargelegt, dass jeder Bürger des Landes das Recht hat, die Staatssprache zu erlernen und sie zu nutzen aber auch die Pflicht hat, sie zu erlernen und zu beherrschen. In diesem Zusammenhang vertritt die Autorin die Auffassung, dass solche Rechte und Pflichten in dem grundlegenden Gesetz über die Sprache, dem Gesetz über „die Grundlagen der staatlichen Sprachpolitik“ geregelt werden müssen.

Die Analyse der ukrainischen Sprachengesetzgebung zeigt, dass die meisten einschlägigen Regelungen rein deklarativen Charakter haben. Deshalb wurde die Gesetzgebung der post-sovjetschen Staaten auf Regelungen zu Rechten und Pflichten auf dem Gebiet der Staatssprachen untersucht. Daraus wurden für die Gesetzgebung der Ukraine diese Folgerungen gezogen:

- 1) In die ukrainische Gesetzgebung sollte eine Erläuterung der Formulierung „die Staatssprache beherrschen“ eingefügt werden, was in etwa das Verstehen, Lesen, Schreiben und das Ausdrücken eigener Gedanken in der Staatssprache bedeutet;
- 2) es sollten verschiedene Stufen des Beherrschens der Staatssprache eingeführt werden. In diesem Zusammenhang ist es angebracht, die Erfahrungen der EU bei der Einführung von Stufen der Fremdsprachbeherrschung zu nutzen und entsprechend sechs Stufen einzuführen;
- 3) in der ukrainischen Gesetzgebung sollte das Niveau des Beherrschens der Staatssprache für diejenigen Personen festgelegt werden, die die ukrainische Staatsangehörigkeit anstreben (die Autorin schlägt die Stufe B₁ vor) und für staatliche Bedienstete (hier schlägt die Autorin die Stufe C₁ vor);
- 4) es sollte ein System des Verhältnisses der Noten einer unabhängigen Fremdbeurteilung der ukrainischen Sprache zu den Stufen des Beherrschens der Staatssprache festgelegt werden. Denn traditionell wird die Sprachkenntnis zusammen mit der Kenntnis der ukrainischen Literatur geprüft und es ist daher nötig, eine Möglichkeit zu entwickeln, die Noten ausschließlich für die Sprachkenntnisse zu vergeben;

5) es sollte ein Verfahren der einheitlichen Prüfung der Staatssprache entwickelt und eingeführt werden. In diesem Zusammenhang sollte eine Regelung der Festlegung der Stufen des Beherrschens der Staatssprache ausgearbeitet werden.

Державно-мовні права та обов'язки громадян України**Янковська Галина Василівна***кандидат філологічних наук, доцент,**доцент кафедри гуманітарних та соціально-економічних дисциплін**Навчально-наукового інституту права та психології**Національної академії внутрішніх справ**Україна***Постановка проблеми**

Нині питання функціонування, розвитку та захисту державної мови є актуальним. Як зазначали В. Іванишин та Я. Радевич-Винницький: «Свого часу говорилося: «Буде держава – буде й мова» (В. Яворівський). Воно так, але, як бачимо, ще в часи М. Левицького розуміли, що якби «була мова», то була б і держава. Тож, якщо хочемо мати справжню державу, подбаймо про українську мову. Без української мови не буде української держави¹». А в час чергового становлення чи то відстоювання України як незалежної самостійної української держави питання державної мови є, як ніколи, по-перше, назрілим (недарма ж державну мову порівнюють до четвертого символу країни) та, по-друге, гострим (питання

співвіднесення у використанні державної мови та мов національних меншин було і є в нашій державі наболілим).

Державна мова – це засіб офіційного спілкування держави, закріплення (використання) якого породжує низку прав та обов'язків громадян та держави. Основна мова може належним чином функціонувати у тій чи іншій державі за умови її розуміння учасниками правовідносин, які можуть мати різні права та обов'язки щодо вивчення, володіння та використання державної мови, що залежить від їх статусу в державі (наприклад громадянин чи іммігрант; фізична особа-підприємець чи посадова особа державного органу тощо). Під державно-мовними правами та обов'язками у цій статті розуміємо права і обов'язки громадян України, які пов'язані з використанням саме державної мови.

¹ Іванишин В., Радевич-Винницький Я. Мова і нація / В. Іванишин, Я. Радевич-Винницький. – Дрогобич: Видавнича фірма «Відродження», 1994. – 218 с. – Режим доступу: <http://www.vesna.org.ua/txt/vidrodzhenia/ivanyshynv/movnaz/index.html>.

Аналіз останніх досліджень

Варто зазначити, що окремої наукової розвідки щодо державно-мовних прав та обов'язків громадян України нині немає. Разом з тим деякі напрацювання (окремі аспекти) з порушеної теми наявні у роботах таких вітчизняних науковців, як Є. Ткаченко, Б. Ажнюк, Т. Кияк, Г. Маценко, В. Кузьменко, Н. Тумай, Ю. Чередник, Г. Панченко, В. Заблоцький, І. Балашенко, Л. Клименко, І. Лопушинський, О. Ялова, О. Сергеева та ін. Це питання порушували й зарубіжні дослідники такі, як І. Ілішев, Г. Гунжатова, А. Нозімов, М. Костюк, Н. Ляшенко, Л. Васільєва, П. Воронецький, Ц. Годерзішвілі, Є. Тренін, О. Озаева, В. Ромашкін, А. Науризбай, О. Доровских, А. Айрапетян та ін.

Мета статті

У зв'язку з відсутністю комплексного дослідження державно-мовних прав та обов'язків громадян України спробуємо заповнити цю прогалину в науковому правовому полі. Саме тому метою статті є виокремлення державно-мовних прав та обов'язків громадян України на основі аналізу мовного законодавства нашої країни, розкриття їх сутності шляхом порівняння з аналогічними в пострадянських країнах. Свідомо беремо до уваги насамперед досвід колишніх

Pflichten der ukrainischen Staatsangehörigen
країн СРСР, адже вони мали спільне минуле, у т.ч. й у мовній сфері.

Виклад основного матеріалу

Розпочнемо з аналізу нормативно-правової бази України. Так, у Конституції України² відсутні правові норми щодо державно-мовних прав та обов'язків громадян України. Окремої правової норми не містить і чинний Закон України «Про засади державної мовної політики»³. Утім деякі зобов'язання можна виокремити з інших правових положень цього нормативно-правового акта.

Зокрема в ч. 1 ст. 20 вищезазначеного закону передбачено, що вільний вибір мови навчання є невід'ємним правом громадян України, яке реалізується в рамках цього закону, за умови обов'язкового вивчення державної мови в обсязі, достатньому для інтеграції в українське суспільство. А в ч. 7 цієї ж статті зазначено, що в усіх загальних середніх навчальних закладах забезпечується вивчення державної мови. Із вищенаведених правових норм можна зробити такі висновки: 1) кожен

² Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

³ Закон України «Про засади державної мовної політики» від 03.07.2012 № 5029-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5029-17>

громадянин України зобов'язаний вивчити державну мову; 2) встановлено обсяг вивчення державної мови: достатність для інтеграції в українське суспільство; 3) держава забезпечує вивчення державної мови в загальних середніх навчальних закладах.

Отже, кожен громадянин України зобов'язаний вивчити державну мову.

Така вимога наявна у законодавстві більшості пострадянських держав. Наприклад, у Казахстані⁴ передбачено, що обов'язком кожного громадянина Республіки Казахстан є оволодіння державною мовою, яка є важливим фактором консолідації народу Казахстану. У Киргизії⁵ такий обов'язок щодо дітей покладають на їхніх батьків. У Білорусії⁶ державні органи, органи місцевого управління та самоврядування, підприємства, установи, організації та громадські об'єднання створюють громадянам Республіки Білорусь необхідні умови для вивчення державних мов:

⁴ Ст. 4 Закону Республіки Казахстан «Про мову Республіки Казахстан» від 11.07.1997 № 151-I [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://online.zakon.kz/document/?doc_id=1008034&show_di=1

⁵ Ст. 3 Закону Киргизької Республіки «Про державну мову Киргизької Республіки» від 02.04.2004 № 54 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.mkk.gov.kg/index.php?option=com_content&view=section&id=48&layout=blog&Itemid=82&lang=ru

⁶ Ст. 2 Закону Республіки Білорусь «Про мову в Республіці Білорусь» від 26.01.1990 № 3094-XI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravo.2000.by-ru.info/baza33/d32663.htm>

Pflichten der ukrainischen Staatsangehörigen
білоруської та російської мов. У Вірменії⁷ вивчення державної мови є обов'язковим у всіх середніх спеціальних, професійно-технічних, вищих навчальних закладах. У Туркменістані⁸ держава забезпечує своїм громадянам вивчення державної мови.

Варто зазначити, що зобов'язання щодо вивчення державної мови стосується не лише корінних жителів, а й представників національних меншин, які є громадянами тієї чи іншої держави. До речі, така вимога відповідає і нормам міжнародного законодавства. Зокрема пунктом «а» ст. 10 Конвенції про забезпечення прав осіб, які належать до національних меншин⁹, визнано необхідність вивчення державної мови національними меншинами.

В Україні держава гарантує громадянам вивчення державної мови, що визначається загальноосвітніми стандартами держави:

- вивчення державної мови в усіх загальних середніх навчальних закладах¹⁰

⁷ Ст. 2 Закону Республіки Вірменії «Про мову» від 30.03.1993 №3P-52 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=2942

⁸ Ст. 3 Закону Туркменської Радянської Соціалістичної Республіки «Про мову» від 24.05.1990 №202-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=10680

⁹ Конвенція про забезпечення прав осіб, які належать до національних меншин від 21.10.1994 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_050

¹⁰ Ст. 20 Закону України «Про засади державної мовної політики» від 03.07.2012 № 5029-

та проведення державної підсумкової атестації учнів з дисципліни «Українська мова» у 4, 9 та 11-му класах¹¹;

- виявлення рівня володіння державною мовою під час складання зовнішнього незалежного оцінювання¹²;

- вивчення нормативної навчальної дисципліни «Українська мова (за професійним спрямуванням)» у всіх вищих навчальних закладах¹³.

Разом з тим для допризовної та призовної молоді органи управління освітою можуть забезпечувати додаткові заняття для вивчення державної мови, що

VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5029-17>

¹¹ Положення про державну підсумкову атестацію учнів (вихованців) у системі загальної середньої освіти, затверджене наказом Міністерства освіти і науки України від 18.02.2008 № 94 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0151-08>

¹² Постанова Кабінету Міністрів України «Про невідкладні заходи щодо запровадження зовнішнього незалежного оцінювання та моніторингу якості освіти» від 31 грудня 2005 р. N 131 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1312-2005-%D0%BF>; Наказ Міністерства освіти і науки України «Про затвердження нормативно-правових актів щодо проведення зовнішнього незалежного оцінювання навчальних досягнень випускників навчальних закладів системи загальної середньої освіти в 2014 році» від 08.11.2013 № 1573 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z2018-13>

¹³ Наказ Міністерства освіти і науки України «Про затвердження Плану дій щодо вдосконалення викладання дисципліни «Українська мова (за професійним спрямуванням)» у вищих навчальних закладах» від 17.04.2009 № 341 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://osvita.ua/legislation/Vishya_osvita/3730/; Наказ Міністерства освіти і науки України «Про затвердження програм навчальної дисципліни «Українська мова (за професійним спрямуванням)» від 29.03.2010 № 259 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://osvita.ua/legislation/Vishya_osvita/6122/

Pflichten der ukrainischen Staatsangehörigen передбачено чинним законодавством. Так, відповідно до ст. 12 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу»¹⁴ органи управління освітою забезпечують освітню підготовку допризовної та призовної молоді, за необхідності організують додаткові заняття для вивчення державної мови громадянами, які не володіють або недостатньо володіють нею. Утім, на нашу думку, ця норма є декларативною.

На жаль, дорослим громадянам України держава не гарантує можливості для вивчення державної мови чи підвищення її рівня володіння. Хоча й така норма була передбачена попереднім мовним законом. Так, відповідно до ст. 2 Закону Української РСР «Про мови в Українській РСР»¹⁵ республіканські і місцеві державні, партійні, громадські органи, підприємства, установи і організації створюють всім громадянам необхідні умови для вивчення української мови та поглибленого оволодіння нею.

Варто зазначити, що у деяких пострадянських країнах на законодавчому рівні держава гарантує безкоштовне навчання державної мови своїм

¹⁴ Закон України «Про військовий обов'язок і військову службу» від 25.03.1992 № 2232-ХІІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2232-12>

¹⁵ Закон Української РСР «Про мови в Українській РСР» від 28.10.1989 № 8312-ХІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/8312-11>

громадянам, йдеться наприклад про Молдову¹⁶, Узбекистан¹⁷, Казахстан¹⁸. Українська держава де-юре такого зобов'язання на законодавчому рівні не передбачила, утім де-факто у загальноосвітніх закладах, у державних вищих бюджетного фінансування вивчення державної мови відбувається на безкоштовній основі.

Якщо ж говорити про обсяг вивчення державної мови, то формулювання «в обсязі, достатньому для інтеграції в українське суспільство» (як це передбачено ст. 20 Закону України «Про засади державної мовної політики»), є беззмістовним, адже не співвідноситься із жодним рівнем володіння мовою. Обсяги вивчення державної мови визначаються відповідними державними стандартами з дисципліни «Українська мова» в загальноосвітніх закладах чи «Українська мова (за професійним спрямуванням)» у вищих України.

Окрім обов'язку вивчити державну мову, **кожен громадянин України має**

¹⁶ Ст. 1 Закону Молдавской Советской Социалистической Республики «О функционировании языков на территории Республики Молдова» от 01.09.1989 №3465-XI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=3281

¹⁷ Ст. 4 Закону Республики Узбекистан «О государственном языке» от 21 октября 1989 года №3561-XI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=770

¹⁸ Ст. 4 Закону Республики Казахстан «О языках в Республике Казахстан» от 11.07.1997 № 151-I [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://online.zakon.kz/document/?doc_id=1008034&show_di=1

право навчатися державною мовою, що сприяє кращому оволодінню нею. Як відомо, більшість громадян України реалізує це право під час навчання у загальноосвітніх та вищих навчальних закладах.

Наступний **обов'язок громадянина України – володіти державною мовою**, виконання якого сприяє консолідації народу України. За таких умов державна мова може виконувати функцію міжнаціонального спілкування у країні. Окремої правової норми у чинному законодавстві щодо такого обов'язку для всіх громадян України немає, утім на основі аналізу інших (зокрема щодо вивчення державної мови, володіння державною мовою особами, які хочуть отримати громадянство України або обійняти певні державні посади в Україні тощо) постає обов'язок громадян володіти державною мовою.

Водночас обов'язок громадянина України щодо володіння державною мовою породжує лише **право користуватися державною мовою у повсякденному житті**, оскільки вибір мови спілкування громадянами України залежить виключно від них самих. Зокрема така норма впливає зі ст. 3 Закону України «Про засади державної мовної політики», де зазначено, що кожен має право вільно визначати мову, яку вважає рідною, і вибирати мову спілкування, а

також визнавати себе двомовним чи багатомовним і змінювати свої мовні уподобання; кожен незалежно від етнічного походження, національно-культурної самоідентифікації, місця проживання, релігійних переконань має право вільно користуватися будь-якою мовою у суспільному та приватному житті, вивчати і підтримувати будь-яку мову.

Зобов'язання щодо володіння державною мовою та користування нею наявне у всіх посадових та службових осіб, що передбачено ч. 3 ст. 11 Закону України «Про засади державної мовної політики», де зазначено, що посадові та службові особи зобов'язані володіти державною мовою, спілкуватися нею із відвідувачами.

Наявні й законодавчі вимоги щодо володіння державною мовою для посадових осіб: місцевих державних адміністрацій (ст. 12 Закону України «Про місцеві державні адміністрації»¹⁹); органів місцевого самоврядування (ст. 5 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування»); членів Кабінету Міністрів України (ст. 7 Закону України «Про Кабінет Міністрів України»); міліціонерів (ст. 17 Закону України «Про міліцію»); членів Національної ради (ст. 7 Закону України «Про Національну раду

¹⁹ Тут і надалі щодо законодавства України використано сторінку «Законодавство України» з офіційного веб-порталу «Верхована Рада України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws>

України з питань телебачення і радіомовлення»); членів Вищої ради юстиції (ст. 6 Закону України «Про Вищу раду юстиції»); Президента України (ст. 103 Конституції України, ст. 2 Закону України «Про вибори Президента України»); професійних суддів (ст. 127 Конституції України, ч. 2. ст. 14 Закону України «Про засади державної мовної політики», ст. 64 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»); суддів Конституційного Суду України (ст. 148 Конституції України, ст. 16 Закону України «Про Конституційний Суд України»); Уповноваженого Верховною Радою України з прав людини (ст. 5 Закону України «Про Уповноваженого Верховною Радою України з прав людини»); помічника-консультанта народного депутата України (ст. 34 Закону України «Про статус народного депутата України»); секретаря окружної чи дільничної виборчої комісії (ст. 26 Закону України «Про вибори народних депутатів України»); адвоката (ст. 6 Закону України «Про адвокатура та адвокатську діяльність»); нотаріуса (ст. 3 Закону України «Про нотаріат»); помічника нотаріуса (ст. 13 Закону України «Про нотаріат»).

Аналізуючи вищезазначений перелік, приходимо до висновку, що норма, закріплена у Законі України «Про засади державної мовної політики» щодо обов'язкового володіння всіма

службовими та посадовими особами державною мовою, знаходить своє втілення тільки у деяких спеціальних законах України. Така непослідовність законодавця є небажаним явищем для нормативно-правових актів України. Наприклад, дуже дивним видається зобов'язання володіти державною мовою для помічників-консультантів народних депутатів та водночас відсутність цієї вимоги серед обов'язків народних депутатів України, хоча вони є державними службовцями²⁰.

Разом з тим наявність зобов'язання щодо володіння державною мовою певними категоріями осіб породжує, по-перше, логічне запитання щодо змісту поняття «володіти державною мовою»; по-друге, виникають запитання щодо процедури встановлення факту чи перевірки володіння цією мовою.

На жаль, український законодавець не визначив дефініцію поняття «володіти мовою». Саме тому в законодавстві маємо різні бачення такого володіння: «вільно володіти» (ст. 34 Закону України «Про статус народного депутата України»); «володіти в обсязі, необхідному для ведення діловодства» (ст. 26 Закону України «Про вибори народних депутатів

²⁰ Див. Закон України «Про статус народного депутата» від 17.11.1992 № 2790-ХІІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2790-12>

України»); володіти або розуміти в обсязі, достатньому для спілкування (п. 5 ч. 2 ст. 9 Закону України «Про громадянство України) тощо.

Утім у пострадянських країнах відповідь на це запитання знайти можна. Наприклад, у ст. 51 Конституційного Закону Киргизької Республіки "Про вибори Президента Киргизької Республіки і депутатів Жогорку Кенеша Киргизької Республіки"²¹ терміносполуку «володіння державною мовою» визначено крізь призму вмінь читати, писати, викладати свої думки державною мовою. А в ст. 8 Закону Киргизької Республіки «Про державну мову Киргизької Республіки»²² тлумачення дещо ширше: Президент Киргизької Республіки, Торагою Жогорку Кенеша Киргизької Республіки, Прем'єр-міністр Киргизької Республіки, голова Верховного суду Киргизької Республіки, голова Конституційної палати Верховного суду Киргизької Республіки зобов'язані володіти державною мовою – вміти читати, писати, викладати свої думки і публічно виступати державною мовою.

²¹ Конституционный Закон Кыргызской Республики «О выборах Президента Кыргызской Республики и депутатов Жогорку Кенеша Кыргызской Республики» от 02.06.2011 года №88 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=45509

²² Закон Кыргызской Республики «О государственном языке Кыргызской Республики» от 02.04.2004 № 54 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.mkk.gov.kg/index.php?option=com_content&view=section&id=48&layout=blog&Itemid=82&lang=ru

При цьому встановлення факту володіння державною мовою, наприклад кандидатом на посаду Президента Киргизької Республіки, здійснюється на підставі висновку комісії з мови, а рівень володіння цією мовою оцінюється за шкалою: володіє, не володіє.

Відповідно до Постанови Конституційної Ради Республіки Казахстан від 9 жовтня 1998 №9/2 «Про офіційне тлумачення пункту 2 статті 41 Конституції Республіки Казахстан»²³ слова «вільно володіє державною мовою» означають вміння грамотно читати, писати, легко, без труднощів викладати свої думки і публічно виступати казахською мовою.

З порушеного питання доречно розглянути й законодавство Прибалтійських держав. Відповідно до § 23 Закону про мову Естонії²⁴ публічні службовці, працівники підвідомчих урядових установ державних органів та органів місцевого самоврядування та працівники публічно-правових юридичних осіб і їх організацій, нотаріуси, судові виконавці, присяжні перекладачі і

²³ Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан «Об официальном толковании пункта 2 статьи 41 Конституции Республики Казахстан» от 09.10.1998 № 9/2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ksrk.gov.kz/rus/resheniya/?cid=11&rid=158>

²⁴ Закон о языке Эстонии от 23.02.2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=XXXXXX08&keel=en&pg=1&ptyyp=RT&tyup=X&query=language>

Pflichten der ukrainischen Staatsangehörigen
працівники їх бюро зобов'язані володіти естонською мовою та використовувати її на рівні, необхідному для виконання службових та трудових обов'язків. При цьому рівень обов'язкового володіння державною мовою визначений і ґрунтується на рівнях володіння мовою, визначених Європейським рамковим документом мовного навчання. Відповідно до Постанови Уряду Республіки від 26.07.2008 № 105²⁵, у державі розроблені рівні володіння мовою (A₁, A₂, B₁, B₂, C₁, C₂), ситуації використання мови і характеристики трудових обов'язків для тих, хто має володіти відповідним рівнем; подано співвіднесення рівня володіння мовою та відповідною посадою для службових осіб державних органів, органів місцевого самоврядування, суспільно-правових посадових осіб, комерційних, некомерційних товариств і підприємців – фізичних осіб.

Наприклад, володіння державною мовою на рівні C₁ необхідне для таких службових осіб: вищі службовці; старші службовці; кадрові унтер-офіцери й офіцери; прикордонні унтер-офіцери й офіцери; юристи-діловоди, секретарі-діловоди та секретарі судових засідань;

²⁵ Постановление Правительства Эстонии «Требования к уровню владения и правила использования эстонского языка публичными служащими, работниками и предпринимателями-физическими лицами» от 26.06.2008 № 105 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ekk.edu.ee/101198>

керівники установ та їх заступники; керівники навчальних закладів, їх заступники та завідувачі навчальною частиною; вчителі та викладачі естонської мови і предметів, які викладаються естонською мовою; лікарі (у тому числі ветеринарні), психологи, фармацевти, провізори; спецпедагоги (виключаючи тих, послугами яких користуються особи, для кого естонська мова не рідна); судові виконавці; члени адвокатури (присяжні повірені, старші помічники присяжних повірених і помічники присяжних повірених); нотаріуси; керуючі майном банкрута; судді і помічники суддів; прокурори; службовці поліції; службовці служби порятунку.

Аналогічна вимога у ст. 6 Закону Литовської Республіки «Про державну мову»²⁶: керівники, службовці та посадові особи державних і віднесених до самоврядування інституцій, установ, служб, керівники, службовці та посадові особи поліції, правоохоронних служб, установ зв'язку, транспорту, охорони здоров'я, соціального захисту та інших закладів обслуговування населення повинні володіти державною мовою відповідно до категорій володіння мовою, встановленими Урядом Литовської

²⁶ Закон Литовской Республики «Закон о государственном языке» от 31.01.1995 № I-779 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www3.lrs.lt/pls/inter/www_tv.show?id=91765,6953,30

Республіки. Відповідно до постанови «Про здійснення і затвердження категорій знання державної мови» № 1688, яка була прийнята 24.12.2003, розрізняють три категорії володіння державною мовою. Так, наприклад, перша категорія необхідна для працівників сфери послуг, транспорту, торгівлі і под., друга – працівників сфери освіти, культури, охорони здоров'я, соціального захисту; третя – керівникам державних органів, викладачам та ін.

У ст. 6 Закону Латвійської Республіки про державну мову²⁷ передбачено, що працівники державних і муніципальних установ, судів і тих, хто відноситься до установ судової системи, державних та муніципальних компаній, а також тих підприємств, у яких велика частина капіталу належить державі або самоврядуванню, зобов'язані знати і використовувати державну мову в обов'язку, необхідному для виконання їх професійних і посадових обов'язків. При цьому такий обсяг знань державної мови та порядок перевірки володіння державною мовою встановлює Кабінет Міністрів.

Наявні особливі вимоги щодо знання державної мови і в Республіці Молдова. Зокрема у ст. 7 Закону «Про

²⁷ Закон Латвийской Республики «Закон о государственном языке» от 21.12.1999 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://latvia.news-city.info/docs/sistemsf/dok_iercib.htm

функціонування мов на території Молдавської РСР»²⁸ передбачено для керівних працівників, працівників органів державної влади, державного управління та громадських організацій, а також для працівників підприємств, установ та організацій, які під час виконання службових обов'язків спілкуються з громадянами (охорона здоров'я, народна освіта, культура, засоби масової інформації, транспорт, зв'язок, торгівля, сфера обслуговування, житлово-комунальне господарство, правоохоронні органи, аварійно-рятувальна служба та ін.), незалежно від національної приналежності, з метою забезпечення права громадянина на вибір мови встановлюються вимоги щодо володіння молдавською мовою на рівні спілкування, достатньому для виконання трудових, службових і посадових обов'язків.

Відповідно до Положення про атестацію кадрів на рівень знань державної мови²⁹ щодо вищезазначених осіб здійснюється атестація з метою встановлення рівня володіння державною

²⁸ Закон Молдавской Советской Социалистической Республики «О функционировании языков на территории Республики Молдова» от 01.09.1989 №3465-XI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=3281

²⁹ Постановление Правительства Республики Молдова «Об организации и проведении аттестации кадров на уровень знания государственного языка от 28.12.1993 № 805 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=296821>

Pflichten der ukrainischen Staatsangehörigen мовою та підготовки висновку про достатність рівня володіння особою державною мовою для виконання службових обов'язків та відповідність особи займаній посаді. При цьому можливі три рівні володіння мовою: рівень знань державної мови достатній для виконання службових обов'язків; рівень знань державної мови ще незадовільний і встановлюється строк у кілька місяців для його засвоєння; рівень знань державної мови недостатній для виконання службових обов'язків.

Як бачимо, розуміння поняття «рівень володіння мовою» дає можливість говорити про подальшу процедуру встановлення факту володіння цією мовою чи виявлення рівня її володіння; натомість відсутність – дає підстави говорити про декларативність відповідної правової норми, що насамперед прослідковуємо в чинному українському законодавстві. Навіть конституційні вимоги щодо володіння державною мовою Президентом України, професійними судьями та судьями Конституційного Суду України залишаються суто декларативними в Україні, оскільки немає відповідної процедури перевірки або встановлення рівня володіння державною мовою вищезазначених посадовців. Для цього важливим є встановлення форми проведення такої перевірки, суб'єктів оцінювання відповідних знань, критеріїв

оцінювання володіння мовою, форми й змісту відповідного документа, який фіксує результати перевірки відповідних знань.

Наприклад, відповідно до Постанови Конституційної Ради Республіки Казахстан від 9 жовтня 1998 №9/2 «Про офіційне тлумачення пункту 2 статті 41 Конституції Республіки Казахстан»³⁰ для встановлення вільного володіння кандидатом в президенти Республіки Казахстан державною мовою створюється лінгвістична комісія, яка утворюється на підставі постанови Центральної виборчої комісії Республіки Казахстан. У складі такої комісії можуть бути мовознавці та інші фахівці у кількості не менше 5 осіб. Також можуть бути присутні члени виборчої комісії як спостерігачі. Згідно з Постановою Центральної виборчої комісії Республіки Казахстан «Про процедуру встановлення вільного володіння кандидатом в Президенти Республіки Казахстан державною мовою»³¹ створюється лінгвістична комісія протягом п'яти календарних днів з моменту подачі

³⁰ Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан «Об официальном толковании пункта 2 статьи 41 Конституции Республики Казахстан» от 09.10.1998 № 9/2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ksrk.gov.kz/rus/resheniya/?cid=11&rid=158>

³¹ Постановление Центральной избирательной комиссии Республики Казахстан «О процедуре установления свободного владения кандидатом в Президенты Республики Казахстан государственным языком» от 31 августа 2005 года №2/26 [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://normativ.uchet.kz/view.php?ID=16117>

громадянином заяви про самовисування або подання виписки з протоколу засідання вищого органу республіканського громадського об'єднання про висування кандидата разом із заявою кандидата про згоду балотуватися.

Своєрідний екзамен проходить протягом одного календарного дня. Дата і час проведення засідання визначаються лінгвістичною комісією за погодженням з кандидатом в Президенти Республіки Казахстан. Під час екзамену потрібно: 1) виконати письмове завдання на тему, запропоновану лінгвістичною комісією, обсягом не більше двох сторінок; 2) прочитати друкований текст, запропонований лінгвістичною комісією, обсягом не більше трьох сторінок; 3) публічно виступити на задану лінгвістичною комісією тему не менше п'ятнадцяти хвилин. На виконання першого та третього завдань кандидатів надається час на підготовку не менше однієї години.

Після виконання всіх завдань лінгвістична комісія видаляється в нарадчу кімнату. Шляхом відкритого голосування приймається рішення, у якому обов'язково має бути висновок про володіння або не володіння кандидатом в Президенти Республіки Казахстан державною мовою. До рішення лінгвістичної комісії додаються тексти перевірених завдань та

за наявності окрема думка членів лінгвістичної комісії. Таке рішення невідкладно передається присутньому на засіданні члену Центральної виборчої комісії Республіки Казахстан.

Відповідно до ст. 51 Конституційного Закону Киргизької Республіки "Про вибори Президента Киргизької Республіки і депутатів Жогорку Кенеша Киргизької Республіки"³² у Киргизії встановлення володіння державною мовою кандидатом на посаду президента держави здійснюється Центральною виборчою комісією на підставі висновку комісії з мови. При цьому процедура перевірки така: 1) створення комісії з мови (12 осіб), яку пропонує уповноважений державний орган з державної мови не пізніше ніж за 20 календарних днів з дня офіційного опублікування рішення про призначення виборів та затверджує постановою центральна виборча комісія в 10-денний термін; 2) виконання кандидатами у президенти завдань для встановлення факту володіння ними державною мовою. При цьому вони виконують такі завдання: а) письмовий виклад своєї передвиборчої програми обсягом не більше трьох сторінок; б) усний виступ з викладом основних положень своєї передвиборчої

³² Конституционный Закон Кыргызской Республики «О выборах Президента Кыргызской Республики и депутатов Жогорку Кенеша Кыргызской Республики» от 02.06.2011 года №68 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=45509

Pflichten der ukrainischen Staatsangehörigen програми (до 15 хвилин); в) читання друкованого тексту обсягом не більше трьох сторінок; 3) оцінювання членами комісії з мови володіння кандидатами у президенти знань державної мови, під час якого кожен член комісії висловлює вголос висновок щодо володіння чи не володіння державною мовою кандидатами на підставі аналізу кожного виконаного завдання. Остаточне рішення приймається шляхом обов'язкового для всіх членів комісії голосування, при цьому утримуватися від голосування не дозволяється. У разі набрання однакової кількості голосів вирішальною є думка голови комісії. Варто зазначити, що вся процедура встановлення кандидатами володіння державною мовою відбувається за участю державного телебачення, яке зобов'язане висвітлювати все у прямому ефірі.

Зобов'язані володіти державною мовою й іноземці або особи без громадянства, які хочуть бути прийнятими до громадянства України, що передбачено п. 5 ч. 2 ст. 9 Закону України «Про громадянство України»³³. При цьому рівень володіння державною мовою визначається як «володіти або розуміти в обсязі, достатньому для спілкування» (п. 5 ч. 2 ст. 9 Закону України «Про громадянство України»). І тут, по-перше,

³³ Закон України «Про громадянство України» від 18.01.2001 № 2235-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2235-14>

знову ж таки незрозумілим є зміст поняття «володіння державною мовою»: які критерії вказують на те, що особа володіє чи не володіє мовою; по-друге, виявляється володіти мовою не обов'язково, а достатньо хоча б її розуміти в обсязі достатньому для спілкування. А якщо під словом «спілкування» розуміти взаємозв'язок між співрозмовниками, який може відбуватися будь-якими мовами, то виявляється основним хоча б розуміти сказане державною мовою. Такий парадокс впливає із некоректно сформульованої правої норми, яка в Україні є декларативною.

Щодо процедури перевірки володіння або розуміння державної мови осіб, які хочуть отримати громадянство України, то маємо лише одну правову норму. Відповідно до Порядку провадження за заявами і поданнями з питань громадянства України та виконання прийнятих рішень³⁴ про наявність необхідних знань з української мови може свідчити або документ про володіння державною мовою чи її розуміння в обсязі, достатньому для спілкування, який видається в Україні керівником навчального закладу, місцевим органом виконавчої влади України, виконавчим

³⁴ Порядок провадження за заявами і поданнями з питань громадянства України та виконання прийнятих рішень, затвердженого Указом Президента України від 27.03.2001 № 215 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/215/2001#n62>

Pflichten der ukrainischen Staatsangehörigen
органом місцевого самоврядування; або копія атестата чи витяг із залікової відомості диплома – для особи, яка має документ про закінчення навчального закладу з вивченням української мови. Утім, наприклад, на підставі чого виконавчий орган місцевого самоврядування надає відповідний документ щодо володіння державною мовою такою особою та на підставі яких критеріїв він визначає, володіє чи розуміє державну мову особа – це все залишається незрозумілим.

Натомість у Латвії для отримання громадянства потрібні знання латиської мови. При цьому чітко визначено поняття «володіти мовою». Так, відповідно до ст. 20 Закону Латвійської Республіки «Про громадянство» особа володіє латиською мовою, якщо вона: повністю розуміє інформацію побутового та офіційного характеру; вільно може розповідати, розмовляти і відповідати на запитання побутового характеру; може вільно читати і розуміти будь-які тексти побутового характеру, закони та інші нормативні акти, інструкції і пам'ятки побутового характеру; може написати виклад на побутову тему. Разом з тим особи, які отримали загальну освіту у школі з латиською мовою навчання звільняються від перевірки знань державної мови так, як і інваліди 1-ї групи, інвалідність яким встановлена безстроково.

Відповідно до Правил про встановлену Законом про громадянство перевірку знання латиської мови, основних правил Конституції Латвійської Республіки, тексту державного гімну, знань історії та основ культури Латвії³⁵ перевірка знань державної мови складається з усної та письмової частин, під час яких перевіряють володіння чотирма мовними навиками: слухання, говоріння, писання, читання. Іспит вважається складеним, якщо кожен навик оцінено екзаменаторами не менше, ніж 16 балів із 25.

Відповідно до Постанови Уряду Естонської Республіки «Умови суміщення іспиту з естонської мови для осіб, які клопочуть про громадянство та здачу рівневого іспиту з естонської мови, а також порядок проведення іспиту»³⁶ особа, яка хоче отримати естонське громадянство має знати державну мову не нижче від рівня В₁. Для іноземців, які планують отримати громадянство Молдови рівень

³⁵ Правила про встановлену Законом про громадянство перевірку знання латиської мови, основних правил Конституції Латвійської Республіки, тексту державного гімну, знань історії та основ культури Латвії, затвержені Кабінетом Міністрів Латвійської Республіки від 24.09.2013 № 973 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://likumi.lv/doc.php?id=260430>

³⁶ Постановление Правительства Республики «Условие совмещения экзамена по эстонскому языку для ходатайствующих о гражданстве и уровня экзамена по эстонскому языку, а также порядок проведения экзамена» 20.03.2008 № 68 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.skylaser.ee/p_zone/common/Pravitelstvo/Prv%20068%2020_03_08.htm

Pflichten der ukrainischen Staatsangehörigen володіння державною мовою визначається відповідно до Положення про оцінку мовної компетенції і визначення рівня володіння державною мовою іноземцями, які клопочуть про надання права на постійне перебування у Республіці Молдова³⁷. При цьому розрізняють два рівні володіння державною мовою: незадовільний, коли іноземець не може продемонструвати базові знання і найпростіші навички спілкування та розуміння державної мови; середній, коли іноземець демонструє мовну компетенцію незалежного користувача державною мовою, що дозволяє ефективно інтегруватися в суспільство, легко спілкуватися в соціальному контексті і мати високу ступінь поінформованості про функціонування мови.

Висновки

Вищезазначений аналіз державно-мовних прав та обов'язків громадян щодо основної мови країни дає підстави зробити такі висновки:

1. Кожен громадянин України має право навчатися державною мовою та

³⁷ Постановление Правительства Республики Молдова «Об утверждении Положения об оценке языковой компетенции и определении уровня владения государственным языком иностранцами, которые ходатайствуют о предоставлении права на постоянное пребывание в Республике Молдова» от 11.07.2011 № 524 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=51676

право користуватися нею; зобов'язаний вивчити державну мову та володіти нею. При цьому вважаємо, що обов'язки щодо вивчення державної мови та володіння нею мають бути включені до Закону України «Про засади державної мовної політики» в такому формулюванні: «Кожен громадянин України зобов'язаний вивчити державну мову» (внести до статті 20 «Мова освіти»); «Кожен громадянин України зобов'язаний володіти державною мовою» (внести до статті 6 «Державна мова в Україні»).

2. Усі службові особи України зобов'язані володіти державною мовою та користуватися нею під час виконання своїх посадових обов'язків. Така норма наявна у Законі України «Про засади державної мовної політики» і має бути введена до Закону України «Про державну службу». В інших спеціальних законах вважаємо за доцільне зазначати відсильну правову норму.

3. Оскільки неодноразово в українському чинному законодавстві введено поняття «володіти державною мовою», вважаємо доречним ввести до Закону України «Про засади державної мовної політики» тлумачення цього поняття крізь призму основних чотирьох мовних навичок: слухання, читання, писання, говоріння: «Володіти державною мовою означає розуміти, читати, писати та викладати свої думки державною мовою»

(до пункту 3 статті 11 Закону України «Про засади державної мовної політики»).

4. Необхідно розробити та запровадити рівні володіння державною мовою. При цьому доречно використати досвід Європейського Союзу щодо розробки системи рівнів володіння іноземною мовою (Common European Framework of Reference), відповідно до якої пропонується шість рівнів: А (А₁; А₂) – елементарне володіння мовою, яке притаманне користувачу-початківцю; В (В₁; В₂) – самостійне володіння мовою, яке характерне для незалежного користувача; С (С₁; С₂) – вільне володіння мовою, яке властиве для досвідченого користувача.

5. Потрібно визначити у законодавстві рівень володіння державною мовою для осіб, які хочуть отримати українське громадянство. Вважаємо, що таким має бути рівень В₁.

6. Потрібно визначити у законодавстві рівень володіння державною мовою для службових осіб. Вважаємо, що таким може бути С₁.

7. Потрібно розробити систему співвідношення балів зовнішнього незалежного оцінювання з української мови до рівнів володіння державною мовою. Оскільки українська мова традиційно оцінюється разом з українською літературою, то потрібно продумати можливість виокремлення балів виключно з української мови.

8. Необхідно розробити і впровадити в практику процедуру здачі рівневого іспиту з державної мови. При цьому підготувати Положення про встановлення рівня володіння державною мовою, у якому визначити: склад та компетентність суб'єкта прийняття іспиту; процедуру попереднього розгляду заяви та призначення дати іспиту (зміст та умови подачі заяви про здачу іспиту; період розгляду такої заяви; встановлення дати складання іспиту тощо); процедуру проведення іспиту (час тривання іспиту; зміст іспиту; критерії оцінки знань тощо); процедуру прийняття рішення щодо присвоєння рівня володіння мовою; процедуру підготовки та видання документа, який посвідчує рівень володіння мовою та процедуру оскарження відповідного рішення. При цьому обов'язково прописати особливі умови встановлення рівня володіння державною мовою найвищими посадовими особами (наприклад висвітлення у прямому ефірі тощо).

9. З метою забезпечення України від чергових мовних конфліктів будь-які вищезазначені дії слід здійснювати таким чином, щоб ні в якому разі не применшувати права представників національних меншин України.

Подальші розвідки вбачаємо у дослідженні особливостей використання державної мови в певних сферах.

