

ВІСНИК

КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ



Загальнодержавне періодичне видання

Виходить шість разів на рік

Засноване

19 лютого 1997 року

Свідоцтво

про державну реєстрацію
Серія КБ № 2444

Засновник:

Конституційний Суд України

Адреса: 01033, Київ-33
вул. Жилянська, 14

Видавець:

Юридична інформаційна
компанія — «Юрінком Інтер»
Шеф-редактор **В. Ковальський**

Адреса: 04209, м. Київ-209
вул. Героїв Дніпра, 31-б

Редакційна рада:

В. Німченко — ГОЛОВА

М. Козюбра

М. Костицький

П. Мартиненко

О. Мироненко

В. Тихий

А. Чубар

В. Шаповал

С. Яценко

Відповідальний секретар —

Г. Сурначова

Тел. 238-11-54

238-11-55

2'2005

У НОМЕРІ

АКТИ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Рішення Конституційного Суду України

у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 1.17 статті 1, статті 8 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» (справа про податкову заставу) 4

Рішення Конституційного Суду України

у справі за конституційними поданнями Харківської обласної державної адміністрації та Харківської обласної ради про офіційне тлумачення положень пункту 4 частини третьої статті 56, пункту 2 частини першої, частини п'ятнадцятої статті 64 Закону України «Про вибори Президента України» (справа про вибори Президента України) 11

Окрема думка судді Конституційного Суду України**Іваценка В.І. стосовно Рішення Конституційного Суду України**

у справі за конституційними поданнями Харківської обласної державної адміністрації та Харківської обласної ради про офіційне тлумачення положень пункту 4 частини третьої статті 56, пункту 2 частини першої, частини п'ятнадцятої статті 64 Закону України «Про вибори Президента України» (справа про вибори Президента України) 18

Окрема думка судді Конституційного Суду України**Ткачука П.М. стосовно Рішення Конституційного Суду України**

у справі за конституційними поданнями Харківської обласної державної адміністрації та Харківської обласної ради про офіційне тлумачення положень пункту 4 частини третьої статті 56, пункту 2 частини першої, частини п'ятнадцятої статті 64 Закону України «Про вибори Президента України» (справа про вибори Президента України) 20

Рішення Конституційного Суду України

у справі за конституційним зверненням закритого акціонерного товариства «Оболонь» та громадянина Винника Віктора Володимировича про офіційне тлумачення положень частини другої статті 28 Закону України «Про господарські товариства», пункту 1, абзацу першого пункту 5 статті 4 Закону України «Про власність» (справа про права акціонерів ЗАТ) 23

Ухвала Конституційного Суду України

про припинення конституційного провадження у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 1 Указу Президента України «Про скасування постанови Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2003 року № 1473» від 1 жовтня 2003 року № 1132 30

КОНФЕРЕНЦІЇ, СИМПОЗИУМИ, КОЛОКВІУМИ

**Дев'ятий українсько-німецький колоквіум
«Кримінальне право і конституційне право»**

В. Хассемер. Межі кримінально-правового втручання за часів тероризму	33
В. Вознюк. Посадова і службова особа: конституційно-правовий та кримінально-правовий аспекти.....	37
П. Андрушко. Кримінально-правова охорона конституційного права громадян на недоторканність приватного життя.....	43
С. Яценко. Конституційний принцип презумпції невинуватості та інститут кримінальної відповідальності в праві України і деяких інших європейських держав: порівняльний аспект	51
К. Грассхоф. Стаття 103, абзаци 2 та 3 Основного закону в судовій практиці Федерального Конституційного суду	59
В. Тихий. Кримінальне право України і конституційне право України	63
Р. Хамм. Практичне застосування конституційного права в кримінальному провадженні.....	73
М. Костицький. Теоретичне та практичне значення рішень Конституційного Суду України для реалізації норм кримінального права	79
Ю. Баулін. Кримінальне право України як публічна галузь права....	83
О. Костенко. Зловживання кримінальним законом і Конституція	86
В. Пшеничний. Соціально-правове явище наркотизму як складова проблема реалізації права на охорону здоров'я	90
С. Лихова. Конституція України та кримінальне законодавство України (окремі питання взаємодії)	95
Н. Шепелева. До питання про зміст конституційного права на життя.....	101

АКТИ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

ІМЕНЕМ УКРАЇНИ

Р І Ш Е Н Н Я КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

у справі за конституційним поданням
48 народних депутатів України
щодо відповідності Конституції України (конституційності)
положень пункту 1.17 статті 1, статті 8 Закону України
«Про порядок погашення зобов'язань платників податків
перед бюджетами та державними цільовими фондами»
(справа про податкову заставу)

м. Київ
24 березня 2005 року
№ 2-рп/2005

Справа № 1-9/2005

Конституційний Суд України
у складі суддів Конституційного Суду України:

Селівона Миколи Федосовича — головуючий,
Вознюка Володимира Денисовича,
Іващенко Володимира Івановича,
Костицького Михайла Васильовича,
Мироненка Олександра Миколайовича,
Німченка Василя Івановича,
Пшеничного Валерія Григоровича — суддя-доповідач,
Савенка Миколи Дмитровича,
Скоморохи Віктора Єгоровича,
Станік Сюзанни Романівни,
Ткачука Павла Миколайовича,
Чубар Людмили Пантеліївни,
Шаповала Володимира Миколайовича,

за участю представника суб'єкта права на конституційне подання Свінцицького Анатолія Володимировича; представника Верховної Ради України Селіванова Анатолія Олександровича — Постійного представника Верховної Ради України в Конституційному Суді України; представника Президента України Єфіменка Леоніда Васильовича — заступника Міністра юстиції України; представника Міністерства юстиції України Юхименко Лілії Віталіївни — начальника управління бюджетного законодавства та фінансових послуг; представників Державної податкової адміністрації України: Мороз Ярослави Петрівни — головного державного податкового інспектора відділу розробки методики стягнення податкового боргу Департаменту забезпечення податкових зобов'язань, Поліщук Лесі Федорівни — заступника начальника управ-

ління — начальника відділу правового аналізу та експертизи нормативно-правових актів Юридичного департаменту, Тарасенка Володимира Олександровича — заступника начальника управління — начальника відділу розробки методики стягнення податкового боргу Департаменту забезпечення податкових зобов'язань; представників Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва: Гавви Леоніда Володимировича — начальника Юридичного управління, Лахтадира Андрія Миколайовича — начальника управління розвитку законодавчих засад підприємництва,

розглянув на пленарному засіданні справу за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 1.17 статті 1, статті 8 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» від 21 грудня 2000 року № 2181-III (Відомості Верховної Ради України, 2001 р., № 10, ст. 44).

Приводом для розгляду справи відповідно до статей 39, 40 Закону України «Про Конституційний Суд України» стало конституційне подання 48 народних депутатів України.

Підставою для розгляду справи згідно зі статтями 71, 82 Закону України «Про Конституційний Суд України» є наявність спору щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 1.17 статті 1, статті 8 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами».

Заслухавши суддю-доповідача Пшеничного В.Г., пояснення Свінцицького А.В., Селіванова А.О., Єфіменка Л.В., Юхименко Л.В., Мороз Я.П., Поліщук Л.Ф., Тарасенка В.О., Гавви Л.В., Лахтадира А. М. та дослідивши матеріали справи, Конституційний Суд України

У С Т А Н О В И В :

1. Суб'єкт права на конституційне подання — 48 народних депутатів України — звернувся до Конституційного Суду України з клопотанням визнати неконституційними положення пункту 1.17 статті 1, статті 8 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» (далі — Закон).

Народні депутати України вважають, що положення статті 8 Закону ставлять у нерівне становище суб'єктів господарювання різних форм власності, надаючи право податковому органу запроваджувати податкову заставу на будь-які активи платника податків, а це суперечить частині четвертій статті 13 Конституції України, яка забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання.

Оспорюючи положення абзацу третього пункту 8.1, підпункту 8.2.2 пункту 8.2 статті 8 Закону в частині виникнення права податкової застави без письмового оформлення та його поширення на будь-які види активів платника податків, автор конституційного подання стверджує, що «податковому органу надається право автоматично, без надання можливості суб'єкту господарювання скористатися конституційним правом на оскарження рішень податкового органу в суді... застосувати право податкової застави».

На думку народних депутатів України, положення підпунктів 8.6.1, 8.6.2 пункту 8.6 статті 8 Закону суперечать статтям 41, 42 Конституції України, оскільки «обмежують права юридичних і фізичних осіб щодо володіння, користування, розпорядження своєю власністю та право займатися підприємницькою діяльністю».

2. У листі Голови Верховної Ради України до Конституційного Суду України зазначено, що податкова заставка є тимчасовим обмеженням прав платника податків щодо

розпорядження заставленими активами, яке виникає у зв'язку з невиконанням або несвоєчасним виконанням платником обов'язків щодо сплати податків, встановлених Конституцією та законами України.

Кабінет Міністрів України у письмовому поясненні до Конституційного Суду України стверджує, що право податкової застави поширюється на будь-які види активів платника податків незалежно від форми власності, а виникнення права податкової застави не передбачає обов'язкової реалізації цих активів. Право на здійснення підприємницької діяльності може бути законодавчо обмежене з метою захисту будь-якого публічного інтересу, зокрема для забезпечення соціальної спрямованості економіки. Таке обмеження може бути здійснене також шляхом встановлення імперативного порядку виникнення права податкової застави на активи платника податків, а отже, оспорювані суб'єктом права на конституційне подання норми Закону відповідають Конституції України.

Міністерство юстиції України зазначає, що примусове стягнення активів платника податків у рахунок погашення його податкового боргу здійснюється виключно за рішенням суду, а норми статті 8 Закону «не створюють різних умов господарювання для суб'єктів різних форм власності та відповідно не порушують принцип їх рівності перед законом». Вказані в конституційному поданні норми Закону відповідають Конституції України.

Державна податкова адміністрація України вважає, що «система правових норм побудована на паралельному існуванні державних гарантій та санкцій, закріплених у законодавчих актах; конституційні гарантії щодо захисту прав суб'єктів права власності не можуть заважати застосуванню до порушників податкового законодавства конституційних санкцій. Оспорювані норми Закону не порушують принцип верховенства Основного Закону України».

Позиція Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва полягає в тому, що «застосування інституту податкової застави діє в порушення чинного законодавства України і потребує врегулювання на законодавчому рівні».

Український союз промисловців і підприємців висловив думку, що оспорювані норми Закону суперечать Конституції України.

Фахівці юридичного факультету Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, Національної академії державної податкової служби України відзначають, що оспорювані положення Закону не суперечать Конституції та іншим законам України.

3. На пленарному засіданні Конституційного Суду України представники суб'єкта права на конституційне подання, Верховної Ради України, Міністерства юстиції України, Державної податкової адміністрації України, Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва підтримали відповідно позиції тих, кого вони представляли.

Позиція Президента України, висловлена його представником, зводиться до того, що оспорювані народними депутатами України законодавчі положення відповідають нормам Основного Закону України.

4. Конституційний Суд України, вирішуючи порушені в конституційному поданні питання, виходить з такого.

4.1. Конституція України передбачає право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності та право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом (статті 41, 42). Основний Закон України встановлює припис, що власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству (стаття 13).

Положення Конституції України щодо власності кореспондуються зі статтею 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини та основних свобод, згідно з

якою кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права, що жодним чином не обмежує право держави вводити в дію такі закони, які є необхідними для здійснення контролю за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів.

Наведені положення Конституції України та Протоколу № 1 дістали свій подальший розвиток у Цивільному кодексі України. Зокрема, стаття 321 цього Кодексу закріплює непорушність права власності, відповідно до якої особа може бути позбавлена права власності або обмежена у його здійсненні лише у випадках і в порядку, встановлених законом.

Виконання конституційного обов'язку, передбаченого статтею 67 Конституції України, реалізується сплатою кожним податків і зборів. Встановлення системи оподаткування, податків і зборів, їх розмірів та порядку сплати є виключно прерогативою закону. При унормуванні цих суспільних відносин держава має право визначати механізми, які забезпечують платником належну сплату податків і зборів. Одним із способів такого забезпечення є введений Законом інститут податкової застави. Так, зокрема, положення пункту 1.17 статті 1, статті 8 Закону регулюють виникнення права податкової застави, її змісту, реєстрації, зупинення, обмеження щодо її застосування тощо.

Згідно із Законом сутність податкової застави полягає у запровадженні на певний строк особливого порядку розпорядження платником податків своїми активами. Цей інститут як спосіб забезпечення не погашеного у строк податкового зобов'язання є джерелом наповнення бюджетів та державних цільових фондів.

Наявні законодавчі положення щодо запровадження інституту податкової застави, а також щодо можливості настання певних негативних наслідків для платника податків не суперечать вимогам статей 13, 41, 42 Основного Закону України. Факт несплати платником податків у визначений Законом строк суми податкового зобов'язання є підставою для вжиття відповідних заходів державою в особі її податкових органів з метою виконання боржником свого конституційного обов'язку.

Вдавшись до такого способу забезпечення податкових зобов'язань, як встановлення податкової застави, законодавець діяв у межах Конституції України.

4.2. Однією з найважливіших умов визначеності відносин між людиною і державою є закріплення у статтях 3, 21 Конституції України принципу непорушності прав і свобод людини. Визнаючи людину найвищою соціальною цінністю, Основний Закон України встановлює перелік прав і свобод, гарантує і забезпечує їх захист, у тому числі від порушення з боку держави, її органів та посадових осіб. Зазначені права і свободи визначають міру можливої поведінки людини і громадянина, зокрема як власника, відображають певні межі цих прав та можливість користуватися благами для задоволення своїх інтересів.

Положення абзацу другого підпункту 8.2.1 пункту 8.2 статті 8 Закону передбачає, що підставою виникнення права податкової застави є неподання або несвоєчасне подання платником податків податкової декларації. Тим самим законодавець фактично прирівнює неподання або несвоєчасне подання податкової декларації до факту несплати податкового зобов'язання. Але зазначена підстава ще не свідчить про існування податкового зобов'язання у платника податків, а тим більше про виникнення податкового боргу.

Встановлюючи таку підставу для запровадження податкової застави, законодавець не врахував наявності чи відсутності існування податкового зобов'язання, а також наслідки, які можуть настати для платника податків у разі неподання або несвоєчасного подання податкової декларації і неправомірно обмежити право останнього розпоряджатися своєю власністю, що порушує частину першу статті 41 Конституції України. Це дає можливість Конституційному Суду України визнати таким, що не від-

повідать Основному Закону України, положення абзацу другого підпункту 8.2.1 пункту 8.2 статті 8 Закону.

4.3. Положення підпункту 8.2.2 пункту 8.2 статті 8 Закону передбачає поширення права податкової застави на будь-які види активів платника податків, які перебували на момент виникнення такого права в його власності (повному господарському віданні), а також на будь-які інші активи, на які платник податків набуває прав власності у майбутньому, до моменту погашення його податкових зобов'язань або податкового боргу.

Із змісту цього положення випливає, а практика його застосування підтверджує, що право податкової застави поширюється практично на всі види активів платника податків. При цьому не враховується адекватність суми податкового зобов'язання чи податкового боргу з розміром заставлених активів платника податків, що не сприяє справедливому вирішенню питань застосування права податкової застави між суб'єктами податкових правовідносин.

На думку Конституційного Суду України, розмір податкової застави виходячи із загальних принципів права повинен відповідати сумі податкового зобов'язання, що забезпечувало б конституційну вимогу справедливості та розмірності. Розмірність як елемент принципу справедливості передбачає встановлення публічно-правового обмеження розпорядження активами платника податків за несплату чи несвоечасну сплату податкового зобов'язання та диференціювання такого обмеження залежно від розміру несплати платником податкового боргу.

У своєму Рішенні Конституційний Суд України від 2 листопада 2004 року №15-рп/2004 зазначив, що справедливість — одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Елементи права, зокрема розмірність, рівність, мораль, об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України.

Забезпечення надходження до бюджетів та державних цільових фондів податків і зборів має здійснюватися шляхом запровадження податкової застави на активи платника податків у такому розмірі, який би забезпечував гарантоване відшкодування державі несплачених податків у повному обсязі.

Поширення права податкової застави на будь-які види активів платника податків, яка перевищує суму податкового зобов'язання чи податкового боргу, може призвести до позбавлення такого платника не тільки прибутків, а й інших активів, ставлячи під загрозу його подальшу підприємницьку діяльність аж до її припинення.

З огляду на викладене положення підпункту 8.2.2 пункту 8.2 статті 8 Закону, яке передбачає можливість поширення права податкової застави на будь-які види активів платника податків незалежно від суми податкового боргу, порушує справедливе вирішення питань застосування права податкової застави (статті 8, 42 Конституції України), тобто є неконституційним.

4.4. За своїм змістом положення пункту 1.17 статті 1, пункту 8.4 статті 8 Закону в частині встановлення пріоритету за органом стягнення щодо одержання задоволення з вартості заставленого майна переважно перед іншими кредиторами є відсильними. Закон України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» від 18 листопада 2003 року передбачає встановлення пріоритету публічних обтяжень, до яких належить і податкова застава. Однак врегулювання порядку реєстрації обтяжень і черговості стягнення з боржника суми заборгованості не є предметом розгляду цього конституційного провадження, оскільки суб'єкт права на конституційне подання зазначений Закон не оспорував.

4.5. Конституція України гарантує право кожному на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб (частина друга статті 55).

Конституційний Суд України у Рішенні від 25 листопада 1997 року № 6-зп висловив позицію, що скарги підлягають безпосередньому розгляду в судах незалежно від того, що прийнятим раніше законом міг бути встановлений інший порядок їх розгляду (оскарження до органу, посадової особи вищого рівня по відношенню до того органу і посадової особи, що прийняли рішення, вчинили дії або допустили бездіяльність).

Положення абзацу третього пункту 8.1 статті 8 Закону передбачає, що право податкової застави виникає згідно із законом та не потребує письмового оформлення. Перехід у податкову заставу активів платника податків є наслідком невиконання ним податкового зобов'язання чи податкового боргу.

Згідно з підпунктом 5.2.5 пункту 5.2 статті 5 Закону платник податків з урахуванням строків давності має право оскаржити до суду рішення контролюючого органу про нарахування податкового зобов'язання у будь-який момент після одержання відповідного податкового повідомлення. Таким чином, платник податків не позбавлений права на судовий захист.

4.6. Положення підпункту 8.6.1 пункту 8.6 статті 8 Закону передбачають можливість платнику податків, активи якого перебувають у податковій заставі, здійснювати вільне розпорядження ними, за винятком операцій, що підлягають письмовому узгодженню з податковим органом. Підпунктом 8.6.2 пункту 8.6 статті 8 Закону для такого платника податків визначено умови здійснення операцій з коштами без їх узгодження з податковим органом, а підпунктом 8.6.3 пункту 8.6 цієї статті не дозволяється надання майна, що перебуває у податковій заставі, у наступну заставу або його використання для забезпечення дійсної чи майбутньої вимоги третіх осіб.

У Рішенні Конституційного Суду України від 12 лютого 2002 року № 3-рп/2002 зазначено, що власність гарантує не лише права власників, а й зобов'язує, покладає на них певні обов'язки. Саме про це йдеться у статтях 13 і 41 Конституції України, відповідно до яких використання власності не може завдавати шкоди людині, правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства.

Таким чином, податковому органу надається законна підстава узгоджувати стосовно боржника проведення таких господарських операцій з його активами, що забезпечить виконання податкового зобов'язання та реалізацію у зв'язку з цим конституційного обов'язку боржника щодо сплати податків і зборів.

4.7. Аналіз конституційного подання свідчить, що народні депутати України, оспороюючи положення статті 8 Закону в цілому, не наводять правового обґрунтування тверджень щодо неконституційності положень пунктів 8.3, 8.5, підпунктів 8.6.4, 8.6.5 пункту 8.6, пунктів 8.7, 8.8, 8.9 зазначеної статті. За таких обставин конституційне провадження у справі в частині щодо відповідності Конституції України (конституційності) зазначених положень Закону підлягає припиненню на підставі пункту 2 статті 45 Закону України «Про Конституційний Суд України» — невідповідність конституційного подання вимогам, передбаченим Конституцією України, Законом України «Про Конституційний Суд України».

На підставі викладеного та керуючись статтями 147, 150, 152 Конституції України, статтями 51, 61, 63, 65, 70, 73 Закону України «Про Конституційний Суд України», § 51 Регламенту Конституційного Суду України, Конституційний Суд України

в и р і ш и в :

1. Визнати такими, що відповідають Конституції України (є конституційними), положення пункту 1.17 статті 1, пункту 8.1, абзаців першого, третього, четвертого підпункту 8.2.1 пункту 8.2, пункту 8.4, підпунктів 8.6.1, 8.6.2, 8.6.3 пункту 8.6 статті 8 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами».

2. Визнати такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами», а саме:

абзацу другого підпункту 8.2.1 пункту 8.2 статті 8, згідно з яким право податкової застави виникає у разі неподання або несвоєчасного подання платником податків податкової декларації — з першого робочого дня, наступного за останнім днем строку, встановленого законом про відповідний податок, збір (обов'язковий платіж) для подання такої податкової декларації;

підпункту 8.2.2 пункту 8.2 статті 8 в частині поширення права податкової застави на будь-які види активів платника податків без врахування суми його податкового боргу.

3. Припинити конституційне провадження у справі в частині щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пунктів 8.3, 8.5, підпунктів 8.6.4, 8.6.5 пункту 8.6, пунктів 8.7, 8.8, 8.9 статті 8 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами».

4. Положення абзацу другого підпункту 8.2.1, підпункту 8.2.2 пункту 8.2 статті 8 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами», визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України цього Рішення.

5. Рішення Конституційного Суду України є обов'язковим до виконання на території України, остаточним і не може бути оскаржене.

Рішення Конституційного Суду України підлягає опублікуванню у «Віснику Конституційного Суду України» та в інших офіційних виданнях України.

КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ

ІМЕНЕМ УКРАЇНИ

Р І Ш Е Н Н Я
КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

**у справі за конституційними поданнями
Харківської обласної державної адміністрації
та Харківської обласної ради
про офіційне тлумачення положень пункту 4
частини третьої статті 56, пункту 2 частини першої,
частини п'ятнадцятої статті 64 Закону України
«Про вибори Президента України»
(справа про вибори Президента України)**

м. Київ
24 березня 2005 року
№ 3-рп/2005

Справа № 1-7/2005

Конституційний Суд України
у складі суддів Конституційного Суду України:

Селівона Миколи Федосовича — головуєчий,
Вознюка Володимира Денисовича — суддя-доповідач,
Івашенка Володимира Івановича,
Костицького Михайла Васильовича,
Мироненка Олександра Миколайовича,
Німченка Василя Івановича,
Пшеничного Валерія Григоровича,
Савенка Миколи Дмитровича,
Скоморохи Віктора Єгоровича,
Станік Сюзанни Романівни,
Ткачука Павла Миколайовича,
Чубар Людмили Пантеліївни,
Шаповала Володимира Миколайовича,

розглянув на пленарному засіданні справу за конституційними поданнями Харківської обласної державної адміністрації та Харківської обласної ради про офіційне тлумачення положень пункту 4 частини третьої статті 56, пункту 2 частини першої, частини п'ятнадцятої статті 64 Закону України «Про вибори Президента України» в редакції Закону України від 18 березня 2004 року № 1630-IV (Відомості Верховної Ради України, 2004 р., № 20—21, ст. 291).

Приводом для розгляду справи відповідно до статей 39, 41 Закону України «Про Конституційний Суд України» стали конституційні подання Харківської обласної державної адміністрації та Харківської обласної ради.

Підставою для розгляду справи згідно з частиною першою статті 93 Закону України «Про Конституційний Суд України» є практична необхідність в офіційній інтерпретації положень зазначених статей Закону України «Про вибори Президента України».

Заслухавши суддю-доповідача Вознюка В.Д. та дослідивши матеріали справи, Конституційний Суд України

У С Т А Н О В И В :

1. Суб'єкти права на конституційне подання — Харківська обласна державна адміністрація та Харківська обласна рада — звернулися до Конституційного Суду України з клопотаннями про офіційне тлумачення положень пункту 4 частини третьої статті 56, пункту 2 частини першої, частини п'ятнадцятої статті 64 Закону України «Про вибори Президента України» (далі — Закон) стосовно можливості участі у передвиборній агітації посадових і службових осіб, інших працівників органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування у позаробочий час, а також про офіційну інтерпретацію таких юридичних термінів, як «підлеглі їм особи» та «місце роботи», використаних у частині п'ятнадцятій статті 64 Закону. Автори конституційних подань запитують, чи можна вважати посадових і службових осіб органів виконавчої влади (в особі державних адміністрацій) підлеглими особами щодо Прем'єр-міністра України.

На думку суб'єктів права на конституційне подання, існує невизначеність у змісті положень пункту 2 частини першої, частини п'ятнадцятої статті 64 Закону. Положення пункту 2 частини першої статті 64 Закону повністю, тобто без будь-яких винятків, забороняють посадовим і службовим особам органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування брати участь у передвиборній агітації, а зі змісту частини п'ятнадцятої цієї ж статті вбачається можливість для кандидатів на пост Президента України залучати до передвиборної агітації названих осіб, які є їх підлеглими, за умови, що це відбуватиметься у позаробочий час.

Невизначеність існує і в змісті положень пункту 4 частини третьої статті 56 Закону. Згідно з цими положеннями Центральна виборча комісія оголошує попередження кандидату на пост Президента України та партії (блоку), яка його висунула, у разі якщо кандидат на пост Президента України, який займає посаду, у тому числі за сумісництвом, в органах державної влади чи в органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, у закладах, установах, організаціях, у військових формуваннях, залучав або використовував для проведення передвиборної агітації підлеглих йому осіб. При цьому про час, протягом якого підлеглі особи використовувалися для передвиборної агітації, не зазначається. Проте частина п'ятнадцята статті 64 Закону встановлює заборону для кандидатів на пост Президента України залучати підлеглих їм осіб лише в робочий час, тобто, як зазначається у конституційних поданнях, фактично дозволяється залучати їх до передвиборної агітації поза межами робочого часу.

Практичну необхідність в офіційній інтерпретації зазначених положень Закону суб'єкти права на конституційне подання обґрунтовують тим, що наведена ними невизначеність положень норм Закону, з одного боку, містить загрозу невмотивованого притягнення до юридичної відповідальності тих кандидатів, які, керуючись частиною п'ятнадцятою статті 64 Закону, залучатимуть до передвиборної агітації підлеглих їм осіб у позаробочий час, а з другого — обмежує право громадян підтримати своїх керівників, зареєстрованих кандидатами на пост Президента України, не зважаючи на те, що це відбувалося б виключно у позаробочий час.

2. Ухвалою Третьої колегії суддів Конституційного Суду України конституційні провадження у справах за конституційними поданнями Харківської обласної державної адміністрації та Харківської обласної ради про офіційне тлумачення положень пункту 4 частини третьої статті 56, пункту 2 частини першої, частини п'ятнадцятої статті 64 Закону України «Про вибори Президента України» об'єднано в одне конституційне провадження у справі.

3. Президент України у письмовій відповіді Конституційному Суду України звернув увагу на те, що зміст передбаченої у пункті 2 частини першої статті 64 Закону заборони органам виконавчої влади та органам місцевого самоврядування, їх посадовим і службовим особам брати участь у передвиборній агітації визначається у частині п'ят-

надцятій цієї ж статті. У разі невиконання зазначеної заборони Центральна виборча комісія оголошує попередження відповідно до пункту 4 частини третьої статті 56 Закону. До того ж особа, яка є посадовою або службовою особою органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, у позаробочий час (коли вона не виконує свої посадові обов'язки), як і будь-який інший громадянин України, може вести передвиборну агітацію. На думку Президента України, підлеглими певної посадової особи можна вважати тих осіб, які є підконтрольними чи підзвітними цій посадовій особі. Місцем роботи будь-якої особи «слід вважати посаду, яку займає відповідна особа на конкретному підприємстві, в установі чи організації».

Голова Верховної Ради України у письмовому поясненні зазначає, що пункт 2 частини першої статті 64 Закону містить загальну заборону участі у передвиборній агітації органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб. Така заборона поширюється і на позаробочий час. Положеннями частини п'ятнадцятої статті 64 Закону заборонено кандидатам на пост Президента України залучати для передвиборної агітації у робочий час підлеглих їм осіб, які не є посадовими або службовими особами органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. З цією нормою кореспондуються і положення пункту 4 частини третьої статті 56 Закону. Визначення термінів «підлеглі особи» та «місце роботи» є предметом законодавчого регулювання Верховної Ради України.

У листі Кабінету Міністрів України до Конституційного Суду України стверджується, що положеннями пункту 2 частини першої статті 64 Закону встановлено заборону, яка стосується посадових і службових осіб органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. Підлеглість (підпорядкованість) посадових (службових) осіб характеризується найвищою організаційною залежністю посадової (службової) особи від керівника. Термін «місце роботи» використовується в Кодексі законів про працю України у нерозривному зв'язку з терміном «посада».

Позиція Центральної виборчої комісії полягає в тому, що положеннями пункту 2 частини першої статті 64 Закону передбачено абсолютну заборону брати участь у передвиборній агітації органам виконавчої влади та органам місцевого самоврядування, їх посадовим і службовим особам. Зазначена норма перебуває у системному зв'язку з положеннями частини п'ятнадцятої цієї ж статті і визначає обмеження щодо залучення підлеглих осіб для передвиборної агітації в робочий час. У позаробочий час підлеглі особи кандидата на пост Президента України, які не є посадовими чи службовими особами органу виконавчої влади або органу місцевого самоврядування, можуть залучатися до передвиборної агітації. Під вжитим у пункті 4 частини третьої статті 56, у частині п'ятнадцятій статті 64 Закону терміном «місце роботи» можна розуміти лише відповідні підприємства, установи, організації або органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування.

У висновку фахівців Академії правових наук України підкреслюється, що положення пункту 2 частини першої статті 64 Закону слід розуміти так, що громадянам, які обіймають посади в органах виконавчої влади чи органах місцевого самоврядування, заборонено брати участь у передвиборній агітації тільки у робочий час, під час виконання службових обов'язків. Такий підхід узгоджується з частиною п'ятнадцятою статті 64 Закону, відповідно до якої «підлеглі особи» виконують свої службові чи трудові обов'язки виключно в межах робочого часу, оскільки поза цим часом вони є пересічними громадянами. Тому в позаробочий час зазначені особи мають право брати участь у передвиборній агітації. «Місцем роботи» кандидата на пост Президента України, який є посадовою особою органу виконавчої влади, є безпосередньо цей орган.

Завідувач відділу проблем державного управління та адміністративного права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України В.Б. Авер'янов у своєму висновку зазначає, що посадові та службові особи органів державної влади, органів місцевого самоврядування не мають права брати участь, бути залученими до передвиборної агітації будь-якого кандидата на пост Президента України у будь-який час

(робочий чи позаробочий). Інші працівники та службовці органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, закладів можуть бути залучені до передвиборної агітації лише у позаробочий час. Майно та інші засоби органів державної влади, органів місцевого самоврядування та їх апаратів не можна використовувати для проведення передвиборної агітації будь-якого кандидата на пост Президента України у будь-який час (робочий чи позаробочий).

4. Конституційний Суд України, надаючи офіційне тлумачення зазначених положень Закону, виходить з такого.

4.1. Вибори є однією з форм безпосередньої демократії, способом формування виборчим корпусом органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Конституція України закріпила засади виборчого права, встановивши, що вибори до цих органів є вільними і відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування, а виборцям гарантується вільне волевиявлення (стаття 71 Конституції України). Відповідно до пункту 20 частини першої статті 92 Конституції України організація і порядок проведення виборів визначаються виключно законами України. Організація і порядок проведення виборів Президента України визначені Законом України «Про вибори Президента України», відповідно до якого виборчий процес повинен здійснюватися на засадах, зокрема, законності, заборони незаконного втручання будь-кого у цей процес, його публічності та відкритості, рівності всіх кандидатів на пост Президента України, рівності прав партій (блоків), неупередженості органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб до кандидатів на пост Президента України.

Одним із етапів виборчого процесу є передвиборна агітація, основною метою якої є формування волі виборців голосувати за того чи іншого кандидата на пост Президента України. Передвиборна агітація може здійснюватися у будь-якій формі та будь-якими засобами, що не суперечать Конституції України та законам України (частина перша статті 58 Закону).

Законом встановлено певні обмеження щодо ведення передвиборної агітації. Зокрема, відповідно до пункту 2 частини першої статті 64 Закону органам виконавчої влади та органам місцевого самоврядування, їх посадовим і службовим особам забороняється брати участь у передвиборній агітації. Зазначена заборона спрямована, по-перше, на недопущення використання ресурсу цих органів та службового становища відповідними посадовими і службовими особами під час проведення агітації за того чи іншого кандидата на пост Президента України, по-друге, на унеможливлення тиску на виборців. Така заборона викликана необхідністю створити умови для вільного волевиявлення виборців під час виборів.

Аналіз положень пункту 2 частини першої статті 64 дає підстави для висновку, що вони містять загальну заборону участі зазначеної категорії суб'єктів у передвиборній агітації. Це стосується також членів Центральної виборчої комісії. Відповідно до припису частини п'ятої статті 29 Закону України «Про Центральну виборчу комісію» члену Комісії забороняється брати участь у передвиборній агітації. Встановлюючи заборону на участь у передвиборній агітації посадовим і службовим особам органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, а також членам Центральної виборчої комісії, законодавець не пов'язує її з такою ознакою як «робочий чи позаробочий час».

Отже, положення пункту 2 частини першої статті 64 Закону треба розуміти так, що посадовим і службовим особам органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування забороняється брати участь у передвиборній агітації у будь-який час (робочий чи позаробочий).

4.2. Відповідно до положень частини п'ятнадцятої статті 64 Закону кандидатам на пост Президента України, які займають посади, у тому числі за сумісництвом, в органах виконавчої влади та органах місцевого самоврядування, на державних, комунальних підприємствах, у закладах, установах, організаціях, військових частинах

(формуваннях), забороняється залучати для передвиборної агітації або використувати для будь-якої роботи, пов'язаної з проведенням передвиборної агітації, підлеглих їм осіб (у робочий час), службовий транспорт, зв'язок, устаткування, приміщення, інші об'єкти та ресурси за місцем роботи, а також використувати службові чи виробничі наради, збори колективу для проведення передвиборної агітації.

За своїм змістом частини перша і п'ятнадцята статті 64 Закону не збігаються. Положення частини першої визначають коло суб'єктів, яким забороняється участь у передвиборній агітації. Частина п'ятнадцята містить щодо кандидатів на пост Президента України приписи, які спрямовані на обмеження їх дій при проведенні передвиборної агітації та на унеможливлення зловживання службовим становищем.

Положення щодо заборони кандидатам на пост Президента України, які займають посади, у тому числі за сумісництвом, в органах виконавчої влади та органах місцевого самоврядування, залучати для передвиборної агітації або використувати для будь-якої роботи, пов'язаної з проведенням передвиборної агітації, підлеглих їм осіб, треба тлумачити з урахуванням положень пункту 2 частини першої статті 64 Закону, оскільки останні містять загальну заборону участі у передвиборній агітації посадових і службових осіб органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. Це означає, що кандидати на пост Президента України не можуть залучати для передвиборної агітації підлеглих їм посадових та службових осіб за місцем роботи в органах виконавчої влади чи в органах місцевого самоврядування у будь-який час.

Що стосується інших підлеглих кандидатам на пост Президента України осіб, які працюють в органах виконавчої влади, в органах місцевого самоврядування і не належать до посадових і службових осіб, то їх можна залучати до передвиборної агітації або використувати для будь-якої роботи, пов'язаної з проведенням передвиборної агітації, лише у позаробочий час за їхньою згодою.

Кандидатам на пост Президента України забороняється також залучати у робочий час для передвиборної агітації підлеглих їм осіб за місцем роботи на державних, комунальних підприємствах, у закладах, установах, організаціях, військових частинах (формуваннях). Підлеглі особи кандидатів на пост Президента України можуть брати участь у передвиборній агітації в позаробочий час лише за їхньою згодою.

Зазначені у частині п'ятнадцятій статті 64 Закону кандидати на пост Президента України за місцем своєї роботи не мають права використувати з метою проведення передвиборної агітації у будь-який час службовий транспорт, засоби зв'язку, устаткування, приміщення, інші об'єкти та ресурси, що є державною або комунальною власністю та перебувають в управлінні (віданні) органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, державних і комунальних підприємств, установ, закладів, організацій, військових частин (формувань), в яких кандидати на пост Президента України займають посади, в тому числі за сумісництвом.

Їм також забороняється використувати для проведення передвиборної агітації збори колективу, службові чи виробничі наради у будь-який час.

4.3. На законодавчому рівні визначення терміна «місце роботи» немає. Проте аналіз статей 1, 2, 25 Закону України «Про державну службу», статей 1, 10, 14 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування», статей 38, 40, 43, 81, 82 Кодексу законів про працю України та інших нормативно-правових актів свідчить, що під місцем роботи розуміється конкретний орган, підприємство, установа, організація, з якими працівники перебувають у службових (трудових) відносинах.

У частині п'ятнадцятій статті 64 Закону місце роботи теж безпосередньо зв'язується з посадою кандидатів на пост Президента України, яку вони займають, у тому числі за сумісництвом, зокрема на державних, комунальних підприємствах, у закладах, установах, організаціях. Буквальне тлумачення змісту цієї норми дає можливість дійти висновку, що законодавець місцем роботи кандидатів на пост Президента України визначає конкретне державне, комунальне підприємство, заклад, установу, організацію, в яких вони займають відповідну посаду. Такий же підхід застосований і

до визначення місця роботи кандидатів на пост Президента України, які займають посади в органах виконавчої влади чи в органах місцевого самоврядування. Відтак місцем роботи кандидатів на пост Президента України є конкретний орган виконавчої влади або орган місцевого самоврядування. Загальноприйняте розуміння в законодавстві, а також зміст частини п'ятнадцятої статті 64 Закону не дають підстав для ширшого тлумачення терміна «місце роботи».

На підставі наведеного Конституційний Суд України дійшов висновку, що використаний у частині п'ятнадцятій статті 64 Закону термін «місце роботи» означає конкретний орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, державне, комунальне підприємство, заклад, установу, організацію, а також військову частину (формування), в яких кандидати на пост Президента України займають посаду, в тому числі за сумісництвом.

Оскільки під місцем роботи кандидатів на пост Президента України розуміється конкретний орган, підприємство, заклад, установа, організація, військова частина (формування), де вони займають відповідну посаду, то за змістом положень частини п'ятнадцятої статті 64 Закону підлеглими особами кандидата на пост Президента України є особи, які виконують службові (трудові) обов'язки у тому ж органі виконавчої влади або в органі місцевого самоврядування, на тому ж державному, комунальному підприємстві, в установі, закладі, організації чи проходять службу у військовій частині (формуванні) і перебувають з ним у відносинах підпорядкованості.

Виходячи з цього керівники органів виконавчої влади нижчого рівня не належать до підлеглих осіб за місцем роботи кандидатів на пост Президента України, які займають посади в органах виконавчої влади вищого рівня. Тому в сенсі частини п'ятнадцятої статті 64 Закону не можна вважати голів місцевих державних адміністрацій підлеглими особами кандидатів на пост Президента України, які займають посаду в органі виконавчої влади вищого рівня, зокрема в Кабінеті Міністрів України, а місцем роботи таких кандидатів — усю систему органів виконавчої влади.

Конституційний Суд України констатує, що в системі органів виконавчої влади діють субординаційні зв'язки, які свідчать, що керівники та інші посадові особи органів нижчого рівня перебувають у службовій залежності від керівників органів вищого рівня, зокрема Кабінету Міністрів України, і як наслідок цього — в адміністративно-правовому сенсі є підлеглими особами таких керівників. Однак для такого широкого розуміння термінів «підлегли особи» за «місцем роботи» необхідна зміна редакції частини п'ятнадцятої статті 64, інших положень Закону, які регулюють питання залучення кандидатами на пост Президента України підлеглих осіб та використання матеріальних засобів в органах державної влади, органах місцевого самоврядування для проведення передвиборної агітації, що є прерогативою законодавця.

4.4. Згідно зі статтею 105 Закону особи, винні в порушенні законодавства про вибори Президента України, притягаються до відповідальності в порядку, встановленому законом. У разі вчинення кандидатом на пост Президента України дій, заборонених частиною п'ятнадцятою статті 64 Закону, Центральна виборча комісія відповідно до пункту 4 частини третьої статті 56 Закону такому кандидату та партії (блоку), яка його висунула, оголошує попередження.

5. Конституційний Суд України звертає увагу на неузгодженості в Законі положень пункту 2 частини четвертої статті 3, частини четвертої статті 56, в яких ідеться про невтручання у виборчий процес усіх органів державної влади, їх посадових і службових осіб, з положеннями пункту 7 частини другої статті 11, пункту 2 частини першої, частини п'ятнадцятої статті 64, що стосуються лише органів виконавчої влади, їх посадових і службових осіб.

На підставі викладеного та керуючись статтями 147, 150 Конституції України, статтями 51, 63, 95 Закону України «Про Конституційний Суд України», Конституційний Суд України

в и р і ш и в :

1. В аспекті конституційних подань:

1.1. Положення пункту 2 частини першої статті 64 Закону України «Про вибори Президента України» треба розуміти так, що посадовим і службовим особам органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування забороняється брати участь у передвиборній агітації у будь-який час (робочий чи позаробочий).

1.2. Положення частини п'ятнадцятої статті 64 Закону України «Про вибори Президента України» треба розуміти так:

кандидати на пост Президента України, які займають посади, у тому числі за сумісництвом, в органах виконавчої влади та органах місцевого самоврядування, на державних, комунальних підприємствах, у закладах, установах, організаціях, військових частинах (формуваннях), не мають права залучати як у робочий, так і позаробочий час для передвиборної агітації підлеглих посадових і службових осіб, які працюють в органах виконавчої влади та органах місцевого самоврядування, а в робочий час з цією ж метою — всіх інших підлеглих осіб, які працюють у зазначених органах, та підлеглих осіб, у тому числі посадових і службових, які працюють на державних, комунальних підприємствах, у закладах, установах, організаціях, військових частинах (формуваннях);

кандидати на пост Президента України не можуть використовувати у робочий і позаробочий час службовий транспорт, зв'язок, устаткування, приміщення, інші об'єкти та ресурси за місцем роботи, а також службові чи виробничі наради, збори колективу для проведення передвиборної агітації;

«місцем роботи» кандидатів на пост Президента України є конкретний орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, державне, комунальне підприємство, установа, заклад, організація, військова частина (формування), в яких вони займають посаду, у тому числі за сумісництвом;

«підлеглими особами» кандидатів на пост Президента України за місцем роботи є особи, які виконують службові (трудові) обов'язки в органі виконавчої влади, органі місцевого самоврядування, на державному, комунальному підприємстві, в установі, закладі, організації чи проходять службу у військовій частині (формуванні) і перебувають з цими кандидатами у відносинах підпорядкованості.

1.3. Положення пункту 4 частини третьої статті 56 Закону України «Про вибори Президента України» треба розуміти так, що підставою для оголошення Центральною виборчою комісією попередження кандидату на пост Президента України та партії (блоку), яка його висунула, є вчинення кандидатом на цей пост дій, заборонених частиною п'ятнадцятою статті 64 зазначеного Закону.

2. Рішення Конституційного Суду України є обов'язковим до виконання на території України, остаточним і не може бути оскаржене.

Рішення Конституційного Суду України підлягає опублікуванню у «Віснику Конституційного Суду України» та в інших офіційних виданнях України.

КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ

ОКРЕМА ДУМКА

**судді Конституційного Суду України Іващенко В.І.
стосовно Рішення Конституційного Суду України
у справі за конституційними поданнями
Харківської обласної державної адміністрації
та Харківської обласної ради
про офіційне тлумачення положень пункту 4
частини третьої статті 56, пункту 2 частини першої,
частини п'ятнадцятої статті 64 Закону України
«Про вибори Президента України»
(справа про вибори Президента України)**

На підставі статті 64 Закону України «Про Конституційний Суд України» вважаю за необхідне викласти окрему думку стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Харківської обласної державної адміністрації та Харківської обласної ради про офіційне тлумачення положень пункту 4 частини третьої статті 56, пункту 2 частини першої, частини п'ятнадцятої статті 64 Закону України «Про вибори Президента України» (справа про вибори Президента України).

За частиною першою статті 150 Конституції України до повноважень Конституційного Суду України належить вирішення питання про відповідність Конституції України (конституційність) законів України (пункт 1) та їх офіційне тлумачення (пункт 2). Відповідно до частини другої статті 95 Закону України «Про Конституційний Суд України» **у разі якщо при тлумаченні Закону України (його окремих положень) була встановлена наявність ознак його невідповідності Конституції України**, Конституційний Суд України у цьому ж провадженні **вирішує питання щодо неконституційності цього Закону**.

Розглянувши по суті клопотання суб'єкта права на конституційне подання та надавши офіційне тлумачення окремих положень Закону України «Про вибори Президента України» (далі — Закон), Конституційний Суд України не скористався зазначеним положенням Закону України «Про Конституційний Суд України», хоча, вважаю, **ознаки неконституційності витлумачених положень Закону мають місце**. Зокрема, це стосується положень пункту 2 частини першої, частини п'ятнадцятої статті 64 Закону, невідповідність яких Конституції України (неконституційність), на мою думку, полягає у такому.

Згідно зі статтею 38 Конституції України громадяни мають право вільно обирати (активне виборче право) і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування (пасивне виборче право). Вибори до органів державної влади та органів місцевого самоврядування є вільними і відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування; виборцям гарантується вільне волевиявлення (стаття 71 Конституції України).

При цьому, на мою думку, право громадян брати участь у виборах, зокрема Президента України (порядок проведення яких згідно з частиною шостою статті 103 Конституції України встановлено Законом), **не зводиться власне до голосування** за того чи іншого кандидата в день проведення виборів.

Так, відповідно до частини четвертої статті 11 Закону виборчий процес, крім **голосування в день виборів** (пункт 7), включає ще декілька етапів, у тому числі **проведення передвиборної агітації** (пункт 6).

Пунктом 2 частини першої статті 64 Закону визначено, що **посадовим і службовим особам органів виконавчої влади та місцевого самоврядування** заборонено брати участь у передвиборній агітації у ході виборів Президента України. Тоді як **на інші категорії посадових і службових осіб** (зокрема, прокуратури, апаратів Верховної Ради України, Секретаріату Президента України, Верховного Суду України, Конституційного Суду України, Рахункової палати, Уповноваженого Верховної Ради з прав людини тощо) **ця заборона не поширюється**.

Тобто різні групи однієї категорії виборців за ознакою місця роботи (служби) Законом поставлено в **нерівні умови щодо здійснення активного виборчого права**.

Це суперечить вимогам статті 24 Конституції України, згідно з якою громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом (частина перша); не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного, соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками (частина друга). На мій погляд, саме **до таких інших ознак належить, зокрема, місце роботи (служби) громадянина**.

Частиною п'ятнадцятою статті 64 Закону встановлено правило, згідно з яким громадянам, які є кандидатами на пост Президента України і які займають посади, у тому числі за сумісництвом, в органах виконавчої влади та органах місцевого самоврядування, на державних, комунальних підприємствах, у закладах, установах, організаціях, військових частинах (формуваннях), **забороняється залучати для передвиборної агітації або використовувати для будь-якої роботи, пов'язаної з проведенням передвиборної агітації, підлеглих їм осіб (у робочий час), службовий транспорт, зв'язок, устаткування, приміщення, інші об'єкти та ресурси за місцем роботи, а також використовувати службові чи виробничі наради, збори колективу для проведення передвиборної агітації**.

Однак підлеглих, службовий транспорт, доступ до засобів зв'язку, інших ресурсів тощо **можуть мати також кандидати на пост Президента України, які займають посади й в інших органах** (народні депутати України, судді, працівники прокуратури, апаратів Верховної Ради України, Секретаріату Президента України, Рахункової палати, Уповноваженого Верховної Ради з прав людини тощо). Щодо таких кандидатів заборони **залучати підлеглих осіб та службові ресурси для своєї передвиборної агітації Законом не передбачено**.

Слід також зазначити, що Закон не забороняє залучати для передвиборної агітації підлеглих осіб та службові ресурси й посадовим особам, **які працюють у недержавних підприємствах, закладах, установах, організаціях**.

Тобто різним групам громадян, які є кандидатами на пост Президента України, **залежно від місця роботи (служби) Законом передбачено нерівні можливості** щодо організації та проведення заходів передвиборної кампанії, що, на мою думку, також порушує конституційний принцип рівності всіх громадян перед законом, визначений статтею 24 Конституції України.

З огляду на викладене вважаю, що положення пункту 2 частини першої, частини п'ятнадцятої статті 64 Закону України «Про вибори Президента України» є такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними).

Суддя Конституційного Суду України

В. Іващенко

ОКРЕМА ДУМКА

**судді Конституційного Суду України Ткачука П.М.
стосовно Рішення Конституційного Суду України
у справі за конституційними поданнями
Харківської обласної державної адміністрації
та Харківської обласної ради
про офіційне тлумачення положень пункту 4
частини третьої статті 56, пункту 2 частини першої,
частини п'ятнадцятої статті 64 Закону України
«Про вибори Президента України»
(справа про вибори Президента України)**

Законом України «Про вибори Президента України» (далі — Закон) визначено, що кандидати на пост Президента України мають рівні права і можливості брати участь у виборчому процесі, а виборці — вільно формувати свою волю та вільно виявляти її при голосуванні. Ці та інші засадничі положення реалізуються в нормах Закону, які у взаємозв'язку чи окремо не можуть їм суперечити.

Здійснюючи тлумачення окремої норми Закону, Конституційний Суд України повинен враховувати її функціональне призначення і зв'язок з іншими. Такий підхід дає можливість інтерпретувати норму в руслі засадничих положень Закону.

При тлумаченні неможливо обмежуватися тільки дослівним текстом норми. Воно має на меті з'ясування об'єктивного смислу норми, що часто потребує виходу за межі її граматичного розуміння. Тлумачення не може зводитись до передачі змісту норми іншим порядком слів чи іншими словами. Результатом процесу тлумачення має бути з'ясування не явного змісту норми, того, що законодавець мав у ній вказати, але з якоїсь причини не зробив цього.

У мотивувальній частині Рішення Конституційний Суд України зробив правильний висновок, що зазначені в Законі обмеження щодо передвиборної агітації кандидатів на пост Президента України, які займають посади, у тому числі за сумісництвом, в органах виконавчої влади та органах місцевого самоврядування, спрямовані на недопущення використання ресурсу цих органів, можливостей їх посадових і службових осіб, а також на унеможливлення адміністративного тиску на виборців. Однак при здійсненні тлумачення положень Закону Суд від цієї лінії відступив.

Так, Конституційний Суд України вважає, що положення частини п'ятнадцятої статті 64 Закону дають змогу кандидатам на пост Президента України, які займають посади в органах виконавчої влади та органах місцевого самоврядування, в тому числі за сумісництвом, залучати до передвиборної агітації або використовувати для будь-якої роботи, пов'язаної з проведенням передвиборної агітації, тих підлеглих осіб, які не є посадовими чи службовими особами цих органів.

Однак у частині п'ятнадцятій статті 64 містяться положення, аналогічні положенням пункту 4 частини третьої статті 56 Закону, з яких випливає, що заборона залучення до передвиборної агітації стосується всіх без винятку підлеглих осіб. Взагалі ці положення Закону не поділяють підлеглих осіб кандидата на пост Президента України на тих, які є посадовими чи службовими особами, і тих, хто не є ними. Не роблячи такого поділу підлеглих осіб, законодавець мав на меті повністю обмежити використання у передвиборній агітації так званого адміністративного ресурсу. Обґрунтуван-

ня Судом зазначеного висновку «загальною забороною» участі посадових і службових осіб органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, яка міститься у пункті 2 частини першої статті 64 Закону, є неправильним, оскільки частина п'ятнадцята статті 64 Закону щодо залучення або використання підлеглих осіб у передвиборній агітації є спеціальною.

Конституційний Суд України, здійснюючи тлумачення, ухилився від з'ясування значення в пункті 4 частини третьої статті 56 та в частині п'ятнадцятій статті 64 Закону словосполучення «залучати або використовувати». На наш погляд, правильне розуміння цього словосполучення у вказаних нормах Закону дасть можливість з'ясувати намір законодавця щодо обсягу обмежень участі підлеглих осіб кандидата на пост Президента України у здійсненні передвиборної агітації.

Очевидно, що ці терміни в зазначених нормах Закону мають різне значення. Термін «залучати» (спонукати до чогось, забирати до себе, заохочувати, відокремлювати) в контексті цих положень Закону означає певну форму примусу особи до участі у передвиборній агітації.

Термін «використовувати» (застосовувати, вживати що-небудь, користуватися чимсь) тут можна розуміти як користування чимсь, чіимись послугами, які добровільно пропонуються.

З'ясування значення цього словосполучення в положеннях пункту 4 частини третьої статті 56 та частини п'ятнадцятої статті 64 Закону дає підстави вважати, що кандидат на пост Президента України, який є посадовцем, взагалі не може розраховувати на участь у його передвиборній агітації підлеглих йому осіб ні за його пропозицією, ні за пропозицією підлеглих осіб.

На нашу думку, законодавець саме таким чином прагнув забезпечити принцип рівних прав і можливостей участі у виборчому процесі кандидатів-посадовців і кандидатів-непосадовців, оскільки останнім не підпорядковані ні людські, ні матеріальні ресурси.

Власне, ухилення Конституційного Суду України від з'ясування суті вказаного словосполучення і призвело до висновку, що кандидати-посадовці можуть залучати до передвиборної агітації або використовувати для «будь-якої роботи», пов'язаної з проведенням передвиборної агітації, інших підлеглих осіб, які не є посадовцями і не є службовцями, у позаробочий час. Таким чином, Конституційний Суд України, по суті, санкціонував як використання адміністративного ресурсу кандидатами-посадовцями у передвиборній агітації, так і застосування певного примусу до підлеглих осіб. Посилання на робочий час тут не має значення, оскільки використання адміністративного ресурсу недопустимо в будь-який період передвиборної агітації незалежно від добових проміжків часу.

Конституційний Суд України, на наш погляд, припустився методологічної помилки, коли на підставі буквального тлумачення положень частини п'ятнадцятої статті 64 Закону дав роз'яснення термінів «місце роботи» і «підлегла особа». Буквальне тлумачення застосовується у випадках, коли зміст і словесний зміст норми права збігаються. Однак за змістом положення частини п'ятнадцятої статті 64 Закону мають унеможливити взагалі кандидатам-посадовцям на пост Президента України використання свого службового становища в підпорядкуванні людських і матеріальних ресурсів для проведення передвиборної агітації. Тому для з'ясування справжнього смислу норми права необхідно застосувати поширювальне тлумачення, що дало б можливість дослідити відносини підлеглих саме в органах виконавчої влади, які існують не тільки всередині установи чи організації, а й за її межами як по вертикалі, так і по горизонталі.

Конституційний Суд України дав роз'яснення терміна «підлегла особа» у жорсткому зв'язку з розумінням терміна «місце роботи». На нашу думку, зазначені положення Закону такого жорсткого зв'язку не передбачають. Окрім того, слід враховувати, що тлу-

мачні словники української мови прямо до ознак підлеглості «місце роботи» не відносять. Підлеглість вони роз'яснюють як залежність особи від когось (чого-небудь), підпорядкованість комусь (чомусь) та її підвладність. Тобто підлеглою є та особа, яка перебуває під владою кого-небудь або в адміністративній залежності від когось.

У результаті Конституційний Суд України зробив штучний висновок, згідно з яким у частині п'ятнадцятій статті 64 Закону не встановлено, що голови місцевих державних адміністрацій є підлеглими особами кандидатів на пост Президента України, які очолюють місцеві державні адміністрації вищого рівня чи займають керівні посади в Кабінеті Міністрів України. Такий висновок суперечить статті 118 Конституції України.

Отже, розглянуті в окремій думці позиції Конституційного Суду України по справі не можна вважати такими, що сприятимуть забезпеченню принципів рівних прав і можливостей усіх кандидатів на пост Президента України щодо участі у виборчому процесі та вільного формування виборцями своєї волі.

За таких обставин до Закону України «Про вибори Президента України» мають бути внесені відповідні зміни.

Суддя Конституційного Суду України

П. Ткачук

ІМЕНЕМ УКРАЇНИ

Р І Ш Е Н Н Я
КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

**у справі за конституційним зверненням
закритого акціонерного товариства «Оболонь»
та громадянина Винника Віктора Володимировича
про офіційне тлумачення положень частини другої
статті 28 Закону України «Про господарські товариства»,
пункту 1, абзацу першого пункту 5 статті 4
Закону України «Про власність»
(справа про права акціонерів ЗАТ)**

м. Київ
11 травня 2005 року
№ 4-рп/2005

Справа № 1-11/2005

Конституційний Суд України
у складі суддів Конституційного Суду України:

Селівона Миколи Федосовича — головуєчий,
Вознюка Володимира Денисовича,
Івашенка Володимира Івановича,
Костицького Михайла Васильовича — суддя-доповідач,
Мироненка Олександра Миколайовича,
Німченка Василя Івановича,
Пшеничного Валерія Григоровича,
Савенка Миколи Дмитровича,
Скоморохи Віктора Єгоровича,
Ткачука Павла Миколайовича,
Чубар Людмили Пантеліївни,
Шаповала Володимира Миколайовича,

за участю представників суб'єктів права на конституційне звернення Вітченка Андрія Миколайовича, Колесника Володимира Вікторовича, представників: Верховної Ради України — Постійного представника Верховної Ради України в Конституційному Суді України Селіванова Анатолія Олександровича, Президента України — заступника Міністра юстиції України Єфіменка Леоніда Васильовича, Кабінету Міністрів України — члена Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку Бурмаки Миколи Олексійовича, Верховного Суду України — начальника управління забезпечення діяльності Судової палати у господарських справах Верховного Суду України Сердюка Валентина Васильовича; спеціалістів, залучених до участі у розгляді справи: Грідчної Марини Володимирівни — заступника завідуючого кафедрою фінансів і статистики Інституту міжнародної економіки і фінансів Міжрегіональної академії управління персоналом, кандидата економічних наук, доцента, Луця Володимира Васильовича — завідуючого кафедрою цивільно-правових дисциплін Академії муніципального управління, доктора юридичних наук, професора, академіка Академії правових наук України, Фурси Світлани Ярославівни — професора кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктора юридичних наук, Швабія Костянтина Івановича — начальника відділу вдоскона-

лення податкової політики Науково-дослідного центру з проблем оподаткування Національної академії державної податкової служби України, кандидата економічних наук,

розглянув на пленарному засіданні справу за конституційним зверненням закритого акціонерного товариства «Оболонь» та громадянина Винника Віктора Володимировича про офіційне тлумачення положень частини другої статті 28 Закону України «Про господарські товариства» (Відомості Верховної Ради України, 1991 р., № 49, ст. 682; 1998 р., № 18, ст. 89), пункту 1, абзацу першого пункту 5 статті 4 Закону України «Про власність» (Відомості Верховної Ради України, 1991 р., № 20, ст. 249).

Приводом для розгляду справи відповідно до статей 42, 43 Закону України «Про Конституційний Суд України» стало конституційне звернення закритого акціонерного товариства «Оболонь» та громадянина Винника Віктора Володимировича.

Підставою для розгляду справи згідно зі статтею 94 Закону України «Про Конституційний Суд України» є наявність неоднозначного застосування положень зазначених законів України судами України.

Заслухавши суддю-доповідача Костицького М.В., пояснення Вітченка А.М., Колесника В.В., Селіванова А.О., Єфіменка Л.В., Бурмаки М.О., Сердюка В.В., Грідчиної М.В., Луця В.В., Фурси С.Я., Швабія К.І. та дослідивши матеріали справи, Конституційний Суд України

у с т а н о в и в :

1. Суб'єкти права на конституційне звернення — закрите акціонерне товариство «Оболонь» та громадянин Винник В.В. — звернулися до Конституційного Суду України з клопотанням дати офіційне тлумачення положень частини другої статті 28 Закону України «Про господарські товариства», пункту 1, абзацу першого пункту 5 статті 4 Закону України «Про власність», оскільки вважають, що суди України неоднозначно застосовують ці положення при врегулюванні однакових правовідносин, зокрема щодо порядку відчуження акцій закритого акціонерного товариства (далі — ЗАТ), і підтверджують це відповідними судовими рішеннями.

Автори клопотання порушують такі питання:

— чи стаття 28 Закону України «Про господарські товариства» регулює процес придбання чи відчуження акцій; чи є за своїм змістом положення частини другої цієї статті таким, що після внесення змін Законом України від 23 грудня 1997 року зобов'язує закріплення в установчих документах ЗАТ певного порядку відчуження акцій;

— чи є положення пункту 1 статті 4 Закону України «Про власність» підставою для ігнорування закріплених установчими документами ЗАТ договірних зобов'язань щодо дотримання порядку відчуження акцій його акціонерами, зокрема реалізації переважного права інших акціонерів товариства на придбання акцій, що відчужуються; чи вважається таке закріплення обмеженням права власника володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю;

— чи є положення абзацу першого пункту 5 статті 4 Закону України «Про власність» таким, що зобов'язує власника акцій ЗАТ не порушувати права інших акціонерів ЗАТ на переважне придбання акцій такого товариства, що відчужуються.

2. Президент України у листі до Конституційного Суду України зазначив, що законодавство України не містить заборони громадянам на засадах угоди одержати певні права та взяти на себе відповідні зобов'язання, у тому числі щодо порядку відчуження своїх майнових (зокрема корпоративних) прав та обов'язків, і закріпити це у відповідних документах, наприклад у статуті акціонерного товариства. Разом з тим з відповідних положень Конституції України (статті 13, 41) та загальних засад цивільного законодавства України випливає, що визначений установчими документами порядок не повинен порушувати або обмежувати права власника акцій певного господар-

ського товариства — позбавляти його можливості виходу з товариства, відчуження акцій за ринковими цінами, а також продажу акцій третім особам, якщо ЗАТ та його акціонери відмовляються їх викупувати.

Кабінет Міністрів України висловив свою правову позицію стосовно порушеного суб'єктами права на конституційне звернення питання в основному на підставі положень чинних Цивільного кодексу України і Господарського кодексу України, тобто без врахування ситуації, що мала місце на період розгляду відповідних справ судами України. Нині, як стверджує Кабінет Міністрів України, стаття 81 Господарського кодексу України передбачає, що акціонери закритого акціонерного товариства мають переважне право на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами товариства, але законодавством не передбачено чіткого механізму реалізації акціонером ЗАТ свого переважного права на придбання акцій у разі їх відчуження іншими акціонерами цього товариства.

Комітет Верховної Ради України з питань економічної політики, управління народним господарством, власності та інвестицій зауважує, що уточнення редакції частин другої, третьої статті 28 Закону України «Про господарські товариства» сприяло їх узгодженості з частиною п'ятою статті 4 цього Закону щодо відповідності статуту товариства чинному законодавству.

Власник акцій, на думку Комітету, не може ігнорувати передбачені установчими документами акціонерного товариства, частиною п'ятою статті 4, частинами другою, третьою статті 28 Закону України «Про господарські товариства» положення щодо обігу акцій, оскільки засновник ЗАТ, одержуючи при розподілі акції товариства, має знати про законодавче обмеження їх обігу. Це не вважається обмеженням прав власника, а є дотриманням власником положень пунктів 5, 6 статті 4 Закону України «Про власність».

Міністерство юстиції України вважає, що у статуті ЗАТ може бути передбачено переважне право акціонерів на придбання акцій, що відчужуються, а також певний порядок реалізації ними цього права, який, у свою чергу, повинен відповідати вимогам законодавства, що встановлює правила обігу цінних паперів.

Верховний Суд України стверджує, що статтею 28 Закону України «Про господарські товариства» регулюється порядок придбання акцій. Він є видом їх відчуження і полягає у передачі акцій іншим особам за винагороду з переходом до них прав власності. На підставі положення частини п'ятої статті 4 цього Закону установчими документами ЗАТ може встановлюватися порядок відчуження акцій, зокрема переважне право акціонерів товариства на придбання акцій у разі їх відчуження.

Український союз промисловців і підприємців підкреслює, що коли статутом ЗАТ визначено переважне право акціонерів на придбання акцій, які продаються іншими акціонерами, то його порушення є підставою для визнання договорів купівлі-продажу акцій недійсними.

Консультанти Спілки юристів України дійшли висновку, що з вилученням Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про господарські товариства» від 23 грудня 1997 року з частини другої статті 28 словосполучення «якщо інше не передбачено статутом товариства» ЗАТ втратили право передбачати у своїх установчих документах положення щодо переважного права акціонерів товариства на придбання акцій, які відчужуються іншими його акціонерами. Вони вважають, що наявність таких положень в установчих документах ЗАТ в період з 22 січня 1998 року (набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про господарські товариства») до 1 січня 2004 року (набрання чинності Господарським кодексом України) суперечила чинному на той час законодавству України.

Позиції фахівців вищих закладів освіти та науково-дослідних установ України, які надали висновки на запит судді-доповідача стосовно порушених у конституційному зверненні питань, зокрема Київського національного економічного університету, Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Інституту економіко-правових досліджень НАН України, Науково-дослід-

ного інституту приватного права і підприємництва Академії правових наук України, практично збігаються.

На їх думку, положення частини другої статті 28 Закону України «Про господарські товариства» не забороняло і не забороняє після внесення до нього змін закріплення установчими документами ЗАТ певного порядку відчуження акцій, оскільки воно регулює підстави придбання акцій, хоча і не встановлює вичерпного переліку таких підстав. За цим положенням власники акцій також не звільняються від обов'язків виконання умов статуту ЗАТ, оскільки інші норми законодавства України зобов'язують їх до цього Закону. Йдеться, зокрема, про статтю 11 цього Закону.

У розумінні пункту 1 статті 4 Закону України «Про власність» закріплення установчими документами ЗАТ такого порядку відчуження акцій, що передбачає реалізацію переважного права інших акціонерів товариства на придбання акцій, що відчужуються, не є обмеженням права власника акцій володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю (акціями), оскільки власник при підписанні установчих документів є вільним у волевиявленні щодо розпорядження своєю власністю, розпоряджається належними йому акціями на свій розсуд, і такі його дії не суперечать чинному законодавству.

Стосовно положення абзацу першого пункту 5 статті 4 Закону України «Про власність» фахівці зауважують, що власник акцій, здійснюючи свої права, зобов'язаний не порушувати права та охоронювані законом інтереси інших акціонерів, а тому повинен виконувати взяті на себе зобов'язання. Тобто у разі встановлення установчими документами ЗАТ обов'язку забезпечення переважного права акціонерів на придбання акцій, що відчужуються, власник таких акцій зобов'язаний його виконати.

3. На пленарному засіданні Конституційного Суду України представники суб'єктів права на конституційне звернення, Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, Верховного Суду України у своїх виступах підтримали обґрунтування відповідних позицій з питань, порушених у конституційному зверненні.

Позиції спеціалістів, залучених до участі у розгляді справи, в основному полягають в тому, що положення частини другої статті 28 Закону України «Про господарські товариства» в її початковій редакції і після внесення до неї змін встановлює підстави придбання акцій і не стосується можливості встановлення установчими документами ЗАТ переважного права його акціонерів на придбання акцій, що відчужуються іншими акціонерами товариства. Положення ж пункту 1, абзацу першого пункту 5 статті 4 Закону України «Про власність» в сенсі питання, порушеного суб'єктами права на конституційне звернення перед Конституційним Судом України, на їх думку, треба розуміти як обов'язок акціонерів ЗАТ при відчуженні акцій дотримувати відповідного порядку, закріпленого установчими документами товариства.

4. Вирішуючи справу про офіційне тлумачення положень частини другої статті 28 Закону України «Про господарські товариства», пункту 1, абзацу першого пункту 5 статті 4 Закону України «Про власність» в контексті конституційного звернення, Конституційний Суд України виходить з того, що правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством (частина перша статті 19 Конституції України); кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю (частина перша статті 41 Конституції України); використання власності, зокрема, не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства (частина сьома статті 41 Конституції України).

4.1. Частина друга статті 28 Закону України «Про господарські товариства» в редакції від 19 вересня 1991 року встановлювала: «Якщо інше не передбачено статутом товариства, акція може бути придбана також на підставі договору з її власником або держателем за ціною, що визначається сторонами, або за ціною, що склалася на фондовому ринку, а також у порядку спадкоємства громадян чи правонаступництва

юридичних осіб. Порядок реалізації акцій визначається відповідно до законодавства України».

Акція — це цінний папір без установленого строку обігу, що засвідчує дольову участь у статутному фонді акціонерного товариства, підтверджує членство в акціонерному товаристві та право на участь в управлінні ним, дає право його власникові на одержання частини прибутку у вигляді дивіденду, а також на участь у розподілі майна при ліквідації товариства (частина перша статті 4 Закону України «Про цінні папери і фондову біржу»).

Частина перша статті 25 Закону України «Про господарські товариства», визначаючи види акціонерних товариств і відмінності між ними, встановлює, що акції ЗАТ розподіляються між засновниками і не можуть розповсюджуватися шляхом підписки, купуватися та продаватися на біржі. Іншої заборони щодо купівлі-продажу акцій ЗАТ зазначений Закон не встановлює, і вони можуть купуватися-продаватися у порядку, передбаченому статтею 28 цього Закону, із врахуванням вимог його статті 11, яка зобов'язує учасників товариства додержувати установчих документів товариства, виконувати свої зобов'язання перед товариством, нести інші обов'язки, якщо це передбачено цим Законом, іншим законодавством України та установчими документами.

Перелік відомостей, що повинні містити установчі документи товариства, встановлює стаття 4 Закону України «Про господарські товариства». Він не є вичерпним, оскільки частина п'ята цієї статті передбачає, що до установчих документів товариства можуть бути включені інші умови, які не суперечать законодавству України.

Серед таких умов може бути закріплення установчими документами ЗАТ переважного права акціонерів товариства на придбання акцій, що відчужуються іншими його акціонерами.

За своїм змістом стаття 28 Закону України «Про господарські товариства» встановлює підстави придбання акцій, тому вона не може забороняти закріплення в установчих документах ЗАТ певного порядку їх відчуження.

Вилучення Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про господарські товариства» від 23 грудня 1997 року з частини другої статті 28 Закону України «Про господарські товариства» словосполучення «якщо інше не передбачено статутом товариства» не зменшило переліку підстав, за якими можуть бути придбані акції ЗАТ, і не звільнило власників акцій від обов'язку виконувати умови установчих документів ЗАТ.

Якщо установчими документами ЗАТ в межах чинного законодавства було встановлено переважне право акціонерів на придбання акцій, які відчужуються іншими його акціонерами, а засновники акціонерного товариства згідно з частиною другою статті 26 Закону України «Про господарські товариства» уклали між собою договір, що визначає порядок здійснення ними спільної діяльності по створенню акціонерного товариства, відповідальність перед особами, що підписалися на акції, і третіми особами, то всі акціонери на підставі положень статті 11 зазначеного Закону зобов'язані додержувати цього договору і виконувати його.

Таким чином, частина друга статті 28 Закону України «Про господарські товариства», регулюючи підстави придбання акцій, серед яких: придбання акцій на підставі договору з її власником або держателем за ціною, що визначається сторонами, або за ціною, що склалася на фондовому ринку; набуття права на акції у порядку спадкоємства громадян; набуття права на акції у порядку правонаступництва сторін, не конкурує зі статтею 11 зазначеного Закону, яка встановлює обов'язки учасників товариства, у тому числі закритого, додержувати установчих документів, виконувати свої зобов'язання перед товариством, нести інші обов'язки, якщо це передбачено цим Законом, іншим законодавством України та установчими документами. Ні початкова редакція частини другої статті 28 Закону України «Про господарські товариства», ні внесені до неї відповідним Законом зміни не передбачають обмежень щодо можливості встановлювати установчими документами закритого акціонерного товариства в межах чинного законодавства України переважне право на придбання акцій його акціонерами у разі їх відчуження іншими акціонерами цього товариства.

З 1 січня 2004 року таке право закріплено законодавчо, зокрема частиною третьою статті 81 Господарського кодексу України. До того ж, як випливає зі змісту цієї статті, переважне право на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами товариства, є однією з головних ознак, за якими акціонерне товариство вважається закритим.

4.2. Стаття 4 Закону України «Про власність» встановлює, що власник на свій розсуд володіє, користується і розпоряджається належним йому майном (пункт 1), але, здійснюючи свої права, він зобов'язаний не порушувати права та охоронювані законом інтереси громадян, юридичних осіб і держави (абзац перший пункту 5).

Акції згідно з пунктом 1 статті 13 Закону України «Про власність» є об'єктами права приватної власності, і відповідно до положень статті 41 Конституції України суб'єкт права власності на акції має право ними володіти, користуватися і розпоряджатися, тобто може без обмежень їх продавати, обмінювати, дарувати, заставляти, заповідати тощо. Водночас зі змісту положень цієї статті та статті 13 Конституції України вбачається, що право власності певною мірою може бути обмежено, оскільки використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства. Тобто юридично забезпечена можливість здійснювати правомочності щодо володіння, користування і розпорядження власника належним йому майном не може виходити за рамки, встановлені правовими нормами, що регулюють відносини у сфері власності.

Відповідно до пункту 7 частини першої статті 92 Конституції України правовий режим власності визначається виключно законом. Отже, саме законом може бути встановлений особливий порядок діяльності суб'єктів, об'єктом права власності яких є, зокрема, акції, і тільки закон може встановлювати щодо нього певні обмеження та покладати на таких суб'єктів (власників акцій) додаткові обов'язки.

Такі обмеження і обов'язки впливають, наприклад, з положень Закону України «Про господарські товариства»: акції ЗАТ не можуть розповсюджуватися шляхом підписки, купуватися та продаватися на біржі (частина перша статті 25); учасники товариства зобов'язані додержувати установчих документів товариства і виконувати рішення загальних зборів та інших органів управління товариства (пункт «а» статті 11); виконувати свої зобов'язання перед товариством, в тому числі і пов'язані з майновою участю (пункт «б» статті 11); нести інші обов'язки, якщо це передбачено цим Законом, іншим законодавством України та установчими документами (пункт «г» статті 11); засновники акціонерного товариства укладають між собою договір, що визначає порядок здійснення ними спільної діяльності по створенню акціонерного товариства, відповідальність перед особами, що підписалися на акції, і третіми особами (частина друга статті 26) і т. ін.

Договір згідно з пунктом 1 частини другої статті 11 Цивільного кодексу України є підставою виникнення цивільних прав та обов'язків. Цивільні права і обов'язки виникають як з передбачених законом договорів, так і з договорів, не передбачених законом, але таких, що йому не суперечать.

Договір — це категорія цивільного права, яка визначається як домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. До зобов'язань, що виникають з договорів, застосовуються загальні положення про зобов'язання, якщо інше не впливає із закону або самого договору. Як і будь-який правочин, він є вольовим актом, оскільки виражає спільну волю сторін, що втілюється у договорі. Змістом договору є, власне, ті умови, на яких сторони погоджуються виконувати договір, і вони мають дотримуватися взятих на себе зобов'язань. Оскільки установчий договір є видом цивільного договору, то він тягне за собою виконання зобов'язань для кола осіб, що його підписали. І порушення (недотримання) цих зобов'язань дає підстави для договірної відповідальності.

Враховуючи міркування, викладені у попередньому пункті, Конституційний Суд України дійшов висновку, що коли установчими документами ЗАТ закріплено переважне право акціонерів товариства на придбання акцій, які відчужуються іншими ак-

ціонерами цього товариства, то це не є обмеженням права власника акцій володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, оскільки, підписуючи в межах чинного законодавства України установчі документи ЗАТ, акціонер добровільно погоджується на встановлення особливого порядку відчуження об'єктів своєї власності, беручи при цьому на себе відповідні зобов'язання.

Приписи установчих документів ЗАТ щодо переважного права його акціонерів на придбання акцій, що відчужуються іншими акціонерами товариства, не обмежують права власника на розпорядження своєю власністю, а встановлюють за його ж згодою особливий порядок її відчуження. Якщо ж особи, які мають переважне право на придбання акцій, запропонують нижчу ціну за акції або вимагатимуть їх відчуження за цінами, нижчими від ринкових, то власник акцій вправі їх відчужити за ринковою ціною, тобто це право не є абсолютним.

На підставі викладеного та керуючись статтями 147, 150 Конституції України, статтями 63, 67, 69 Закону України «Про Конституційний Суд України», Конституційний Суд України

в и р і ш и в :

1. В аспекті конституційного звернення:

1.1. Положення частини другої статті 28 Закону України «Про господарські товариства» у системному зв'язку з положеннями частини п'ятої статті 4, частини першої статті 25 цього Закону треба розуміти як таке, що встановлює підстави придбання акцій (зокрема за договором з їх власником або держателем за ціною, що визначається сторонами, або за ціною, що склалася на фондовому ринку, а також у порядку спадкоємства громадян чи правонаступництва юридичних осіб), а тому не виключає і не виключало можливості передбачати в установчих документах закритого акціонерного товариства переважне право акціонерів товариства на придбання акцій, що відчужуються іншими акціонерами товариства.

1.2. Положення пункту 1, абзацу першого пункту 5 статті 4 Закону України «Про власність» у контексті частин першої, сьомої статті 41 Конституції України, у системному зв'язку з частиною третьою статті 81 Господарського кодексу України треба розуміти так, що власник на свій розсуд володіє, користується і розпоряджається належним йому майном, але, здійснюючи своє право, він зобов'язаний не порушувати права та охоронювані законом інтереси громадян, юридичних осіб і суспільства, в тому числі переважне право (яке не є абсолютним) акціонерів закритого акціонерного товариства на придбання акцій, що відчужуються іншими його акціонерами.

2. Рішення Конституційного Суду України є обов'язковим до виконання на території України, остаточним і не може бути оскаржене.

Рішення Конституційного Суду України підлягає опублікуванню у «Віснику Конституційного Суду України» та в інших офіційних виданнях України.

КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ

У Х В А Л А
КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

**про припинення конституційного провадження
у справі за конституційним поданням
51 народного депутата України
щодо відповідності Конституції України (конституційності)
положень статті 1 Указу Президента України
«Про скасування постанови Кабінету Міністрів України
від 17 вересня 2003 року № 1473»
від 1 жовтня 2003 року № 1132**

м. Київ
17 березня 2005 року
№ 1-уп/2005

Справа № 1-8/2005

*Конституційний Суд України
у складі суддів Конституційного Суду України:*

Селівона Миколи Федосовича — головуєчий,
Вознюка Володимира Денисовича,
Іващенко Володимира Івановича — суддя-доповідач,
Костицького Михайла Васильовича,
Мироненка Олександра Миколайовича,
Німченка Василя Івановича,
Пшеничного Валерія Григоровича,
Савенка Миколи Дмитровича,
Скоморохи Віктора Єгоровича,
Ткачука Павла Миколайовича,
Чубар Людмили Пантеліївни,
Шаповала Володимира Миколайовича,

розглянув на пленарному засіданні Конституційного Суду України справу за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 1 Указу Президента України «Про скасування постанови Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2003 року № 1473» від 1 жовтня 2003 року № 1132 (Офіційний вісник України, 2003 р., № 40, ст. 2093).

Приводом для розгляду справи згідно зі статтями 39, 40 Закону України «Про Конституційний Суд України» стало конституційне подання 51 народного депутата України.

Підставою для розгляду справи відповідно до статті 71 Закону України «Про Конституційний Суд України» була наявність спору щодо конституційності зазначених положень Указу Президента України.

Заслухавши суддю-доповідача Іващенко В.І. та вивчивши матеріали справи, Конституційний Суд України

у с т а н о в и в :

1. Суб'єкт права на конституційне подання — 51 народний депутат України — звернувся до Конституційного Суду України з письмовим клопотанням розглянути

питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 1 Указу Президента України «Про скасування постанови Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2003 року № 1473» від 1 жовтня 2003 року № 1132 (далі — Указ).

На думку народних депутатів України, положення статті 1 Указу суперечать вимогам статті 6, частини другої статті 8, частини третьої статті 106 Конституції України, оскільки Указ видано не на основі Конституції України чи законів України. Зокрема, як наголошується у конституційному поданні, норми скасованої Указом постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Інвестиційної програми виробництва вантажних автомобілів і автобусів відкритим акціонерним товариством «Луцький автомобільний завод» від 17 вересня 2003 року № 1473 не вирішують питань державного суверенітету, територіальної цілісності України чи додержання Конституції України, щодо яких гарантом є Президент України, та не обмежують права і свободи людини і громадянина, визначені розділом II Конституції України, а врегульовують виключно питання функціонування автомобільної промисловості в Україні, тобто стосуються внутрішньої політики держави.

Отже, як вважає суб'єкт права на конституційне подання, Указом порушується конституційний принцип розподілу влад, оскільки згідно з Конституцією України визначення засад внутрішньої і зовнішньої політики належить до повноважень Верховної Ради України (пункт 5 частини першої статті 85), а її здійснення (практична реалізація) — до повноважень Кабінету Міністрів України (пункт 1 статті 116), та обмежується конкуренція у підприємницькій діяльності, захист якої гарантовано Конституцією України (частина третя статті 42).

2. У період підготовки матеріалів справи до розгляду на пленарному засіданні Конституційного Суду України Указ втратив чинність на підставі Указу Президента України «Про визнання таким, що втратив чинність, Указу Президента України від 1 жовтня 2003 року № 1132» від 9 листопада 2004 року № 1381 (Офіційний вісник України, 2004 р., № 45, ст. 2967).

За змістом статей 150, 152 Конституції України до повноважень Конституційного Суду України належить вирішення питань про конституційність лише чинних актів органів, визначених у пункті 1 частини першої статті 150 Основного Закону України. Зокрема, в Рішенні Конституційного Суду України від 14 листопада 2001 року № 15-рп/2001 (справа щодо прописки) визначено, що «юрисдикція Конституційного Суду України поширюється на чинні нормативно-правові акти».

Оскільки оспорюваний Указ втратив чинність, конституційне провадження у справі щодо відповідності Конституції України положень статті 1 Указу підлягає припиненню на підставі пункту 3 статті 45 Закону України «Про Конституційний Суд України» — непідвідомчість Конституційному Суду України питань, порушених у конституційному поданні.

Виходячи з викладеного та керуючись статтями 147, 150 Конституції України, статтями 45, 51 Закону України «Про Конституційний Суд України», § 51 Регламенту Конституційного Суду України, Конституційний Суд України

ухвалив:

1. Припинити конституційне провадження у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України положень статті 1 Указу Президента України «Про скасування постанови Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2003 року № 1473» від 1 жовтня 2003 року № 1132.

2. Ухвала Конституційного Суду України є остаточною.

КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ

КОНФЕРЕНЦІЇ, СИМПОЗІУМИ, КОЛОКВІУМИ

ДЕВ'ЯТИЙ УКРАЇНСЬКО-НІМЕЦЬКИЙ КОЛОКВІУМ «КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО І КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО»

7—8 жовтня 2004 року в Києві відбувся 9-й українсько-німецький колоквіум «Кримінальне право і конституційне право», організований Конституційним Судом України та Німецьким фондом міжнародного правового співробітництва.

У заході брали участь судді Конституційного Суду України, Федерального Конституційного Суду Німеччини та представники університетської юридичної освіти Німеччини.

З вітальним словом до учасників колоквіуму звернулися Голова Конституційного Суду України М. Селівон, Надзвичайний і Повноважний Посол Федеративної Республіки Німеччина в Україні Д. Штюдеманн і керівник проєктів Німецького фонду міжнародного правового співробітництва, керівник представництв фонду в Києві та Мінську Ш. Хюльсхьорстер.

У ході колоквіуму було заслухано та обговорено доповіді суддів Конституційного Суду України, Федерального Конституційного Суду Німеччини, представників університетської юридичної освіти Німеччини.

Пропонуємо їх вашій увазі.

МЕЖІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВТРУЧАННЯ ЗА ЧАСІВ ТЕРОРИЗМУ

В. Хассемер,

віце-президент Федерального Конституційного суду Німеччини,
Голова Другого сенату

Реформи в матеріальному кримінальному праві Німеччини та близьких з нею системах кримінального права, починаючи з сімдесятих років минулого століття, здійснюються шляхом введення нових складів злочинів (кримінальне право навколишнього середовища, кримінальне економічне право) та умов покарання (кримінальне право в галузі обігу наркотиків, промислова злочинність).

Законодавець застосував відомий з давніх часів інструмент: абстрактні злочини, які створюють загрозу виникнення небезпеки. Ця форма делікту полегшує застосування кримінального права в юридичній практиці: на протилежність складам злочинів, які наносять шкоду жертві, складів злочинів абстрактних не потребують жодного казуального зв'язку між діянням та шкодою, а задовольняються описуванням абстрактно небезпечної дії (отримання субсидії шляхом шахрайства з поданням неправильної заяви¹ стосовно первинного описання шахрайства з фактичними ознаками введення в оману, помилки, розпорядження майном та шкоди²). У такий спосіб законодавець в галузі кримінального права полегшує судді можливість встановлення важливих для обставин справи фактів. Одночасно він ускладнює для захисту у кримінальній справі його діяльність: пункти, на які він спирається, зменшуються з кількістю передумов накладення покарання.

Надалі законодавець схиляється до правових благ, таким чином звужуючи можливості методичної критики розширення складів злочинів (здоров'я народу як правове благо в галузі кримінального права обігу наркотичних речовин, функціональна спроможність ринку капіталів у галузі кримінального економічного права). Кримінально-правові неправомірні дії стають дифузними, втрачають свої нормативні й моральні контури.

Приблизно такий самий розвиток можна спостерігати в галузі формального кримінального права. Тут законодавчі реформи поширюються на дві галузі: більш інтенсивна участь жертви (за рахунок процесуальних прав обвинуваченого) та посилення контрольних інструментів, особливо в рамках процедури розслідування. Із судової практики як інструменту деформалізації походить «Deal», яка здешевлює шляхом домовленості між учасниками і закінчує провадження, здешевлює і прискорює процес кримінальної юстиції за рахунок традиційної формальності.

Сьогодні, коли кількість жертв збільшилась, їх шанси на матеріальне відшкодування у кримінальному процесуальному праві значно покращились. У кримінально-політичному дискурсі обвинувачений відсунутий на другий план на користь міркувань та аргументів, які спираються на необхідність дієвого захисту жертв. Парадигма «допомога для (не соціалізованого) злочинця» замінена парадигмою «захист невинної жертви від злочинності».

Реформи в кримінальному процесуальному праві з сімдесятих років минулого століття концентрувались на процедурі розслідування. «Класичні» предмети реформи, як, наприклад, розгляд справи по суті в суді, попередне

¹ § 264 нім. КК.

² § 263 нім. КК.

ув'язнення або захист по кримінальних справах, знаходяться на межі уваги. Тероризм та глобалізація є впливовими чинниками, які постійно підтримували кримінально-процесуальні контрольні потреби і роблять це до цього часу. Простіше кажучи, правова держава повинна, з одного боку, діяти ефективно, а з другого, — користуватись засобами, якими володіють кримінальні елементи. Тут маються на увазі передусім транскордонне співробітництво органів розслідування та застосування технічних засобів для попередження небезпек та розпізнавання злочинців.

«Транскордонні зав'язки» стосуються не тільки перетину національних кордонів, а також і кордонів між різноманітними державними інстанціями розслідування. Так, наприклад, проект конституційного договору для Європи передбачає «європейський ордер на арешт», а також створення функціонуючих європейських інституцій для боротьби із злочинністю. Також дискутується зведення відомостей таємних служб та поліції в один банк даних.

Від розширення повноважень під час розслідування в рамках кримінального процесу особливо страждають дві класичні кримінально-правові межі втручання: підозра у скоєнні злочину як передумова кримінально-правового втручання та принципова відкритість кримінально-правового розслідування стосовно підозрюваного. Технічні можливості акустичного та оптичного спостереження за приміщенням, контроль телефонних розмов, довгострокова та систематична поліцейська обсервація, застосування таємних агентів, облави з їх інформаційно-технологічним устаткуванням спрямовані на таємне розслідування; зачеплена цим особа, яка отримує відомості про слідження за нею, може зробити його безрезультатним. Таким чином класичні кримінально-правові інструменти розслідування (як, наприклад, обшук особи, обшук або конфіскація) замінюються таємно здійснюваними заходами. Це сприяє захисту підозрюваного, який отримує відомості про ці втручання (якщо взагалі отримує) тільки після закінчення розслідування і, звісно, не може до них підготуватись. Це також має наслідки для «клімату» кримінально-правової процедури розслідування.

Зміщення акцентів в матеріальному кримінальному праві веде в кримінально-процесуальному праві до знецінення підозри у скоєнні злочину. «Попередні розслідування» потрібні для своєчасного виявлення небезпеки.

Представлені тенденції критикуються наукою кримінального права. Держава більше не виступає як загроза громадянським правам, а, найімовірніше, виступає як інституція, яка підтримує громадянина і гарантує його безпеку. Держава фундаментально змінила свою роль — вона перетворилась із загрози свободі на гаранта безпеки. Класичні відносини напруження між безпекою та свободою більше не існують.

Від кримінального права більше очікують захист правових благ та забезпечення безпеки від злочинності, а менше — захист основних прав, стосовно яких виникає загроза. Дискусія про існування або запровадження «кримінального права для ворогів» (дискусія, яка, на мою думку, обертається тільки навколо меж кримінального права)¹ є доказом того, що держава (за згодою громадян) використовує все більш жорсткі інструменти проти загрозливих ситуацій.

У загальному плані напевно можна сказати, що за всіма цими тенденціями стоїть посилення потреб проти загрозливих змін. Превенція та безпека є концепціями, сконструйованими більше емпірично, ніж нормативно, і які, скоріше, за все користуються поняттям «оборона», ніж «втручання». «Міняю свободу на безпеку» стало в Німеччині слоганом.

Якщо зосередитись на питанні щодо таких тенденцій, то відповідь на

¹ Ця дискусія відображається у працях мого боннського колеги Г. Ябобса і має як предмет «сучасну» форму кримінального права, що жорсткіше реагує на зростаючі загрози, як, наприклад, тероризм або руйнування норм у зв'язку з глобалізацією, і забезпечує первинні гарантії конституційного, кримінального та кримінально-процесуального права тільки «громадянам».

нього буде ще більш проблематичною. Звісно, існують деякі наукові обґрунтування, які можуть пояснити ситуацію.

Соціологи права в Німеччині деякий час тому визначали, аналізували і пояснювали «руйнування соціальних норм»¹. Мається на увазі, що нормативні очікування, які визначають структуру і забезпечення нашого буденного життя, значно зменшились. Такими очікуваннями є норми, які не повинні бути обґрунтованими і на які можна певним чином сліпо поклатись. Підставами для такого руйнування можуть бути міграція з введенням інших нормативних, культурних і соціальних зразків або посилення субкультурних та альтернативних зразків діяльності. Прикладами є зростаюче насилля серед молоді або втручання в чужі правові кола, які традиційно були під табу, як, наприклад, у певних телевізійних передачах, які з їх спрямованістю на нахабність, відсутність солідарності, нарцисизм, приниження та оголення стикаються з великою зацікавленістю з боку громадськості. У зв'язку з цим наше повсякденне життя стає більш складним.

Таким чином, руйнування соціальних норм спонукає державу до заміни або захисту зниклих чи послаблених норм. Така спроба стикається зі специфічними труднощами. Наприклад, у нас все це відбувається на основі так званої концепції «Zero tolerance» стосовно видів діяльності за межами порогу злочинності, що здебільшого не спрацює, оскільки укріплені і зрозумілі самі по собі соціальні норми не можуть бути повністю замінені формалізованими державними нормами.

Наступною є парадигма «суспільство ризиків»². Вона враховує, що в складних сучасних суспільствах існують великі ризики, які мають специфічні якості загроз: небезпека валюти, природні катастрофи, насилля серед дітей та молоді, незапобіжна соціальна деградація, бідність у похилому віці, агресивна міграція, тероризм, обіг наркотиків. Вони проявляються через вибухову мішанину двох властивостей: з одного боку, якщо вони реалізуюватимуться, то спричинять абсолютно спустошувальну дію, а, з другого, люди переконуються в тому, що такі ризики не можна опанувати, що проти них не можна нічого вдіяти. Результатом є нищівна дезорієнтація: зростаюча, але сліпа готовність до подолання перешкод та небезпеки, а також нагальна потреба контролювати принаймні ті проблемні питання, які можна контролювати.

Потреба в безпеці, яку має кожна людина, є передумовою вільного та власно визначеного способу життя. Зміни, що сталися після 11 вересня 2001 року стосовно чужих осіб, у нас і, наприклад, у Франції проявляються серед населення щодо ролі ісламських та ісламістських культур («заборона носити вчительці хусточку в школі»), є доказами фундаментальних проблем нормативної орієнтації, які ми маємо. Суб'єктивний страх громадян перед ризиками визначає директиви для політики внутрішньої безпеки, «орієнтація» на сьогодні є центральним лозунгом дискурсу про безпеку та свободу.

Ще більш складною, ніж надання дієвого пояснення, є спроба прогнозувати, куди завтра скеровуватимуть нас ці тенденції. Тому я не хочу робити такий прогноз навіть на рівні абстракції, а зверну увагу на деякі пункти, які можуть мати значення для дискусії щодо меж кримінально-правового втручання.

Але перед цим треба з'ясувати, яку дієву силу можуть мати можливі межі кримінально-правових втручань за часів тероризму. Визначенням меж стосовно втручань у правові позиції є реалізація права. Положення, що втручання в рамках кримінального провадження здійснюватись не можуть, і питання, де вони повинні закінчуватись, є (у правовому співвідношенні) нормою. Виникає запитання, наскільки обґрунтованими і стабільними можуть бути сьогодні такі обмежувачі норми?

¹ Передусім це заслуга Товариства соціології права.

² Ще з часів соціолога Ульріха Бека вона була досить широко сприйнята німецьким вченням кримінального права.

Відповіді на нього, враховуючи обмеження кримінально-правових втручань, було б легко, і відповідь була б незвичною: якщо кримінальне право стикається із заснованими природним правом межами, то втручання, яке виходить за ці межі, не відповідає природному праву і є нікчемним. Адже природне право завжди розумілось як правова система, вища стосовно позитивного права.

Я переконаний, що у позитивному конституційному праві існують важливі з правової точки зору правові масштаби, за допомогою яких можна вимірювати позитивне право. Конституція не є монолітним блоком: вона складніша з точки зору її дієвості та структурованої системи. Так, наприклад, у німецькому Основному законі в статті 79, абз. 3 проголошені так звані вічні цінності: повага до людської гідності, демократичний устрій громад, федеральна структура держави. Німецькій конституційній доктрині відома також фігура «неконституційного конституційного права», і вона у зв'язку з цим враховує, що не всім конституційним нормам притаманна одна й та сама дієвість.

Поряд з іншим, підтримую ту точку зору, що в усіх суспільствах існує щось на кшталт «правової культури», яка не є ідентичною позитивному праву, а перебуває перед ним і також має правове значення. До неї, наприклад, відносяться конституційні передумови, які, власне, не сформульовані в законах, але є важливими для подальшої дії законів.

Ця «правова культура» не є сформульованою, але й не є недійсною. Вона також не є незмінною, а підлягає постійному руху. Поряд з цим, вона не містить жодних точних вказівок, а, скоріше за все, директиви загального та довготривалого виду.

Так, наприклад, існує різниця в тому, чи правові норми в кодексах в основному реалізовуватимуться в практичну дійсність без проблем, або чи існують великі, можливо, навіть систематичні, прогалини імплементації права. З обома видами ми маємо справу з *law in the books* з узгодженими позитивними нормами, з *law in practice*, але із зовсім різними правовими системами. Так, наприклад, має значення, чи відомі коруптивні відносини в певній державній системі, чи ні. Авторитет юстиції та законодавця серед населення є дуже важливим для довіри громадянина до правової системи та, в результаті цього, для таких важливих для життя речей, як довірлива та правова безпека або дотримання права.

Відзначу, що для західноєвропейських правових систем межі кримінально-правового втручання є досить стабільними. Я, наприклад, хочу назвати заборону тортур у кримінальному провадженні або заборону «пожертвування» невинним за допомогою засобів кримінального права для того, щоб попередити «більшу» шкоду (аргумент Кайпа щодо страждань Христа)¹. Ці вимоги, якщо я не помиляюсь, належать у Західній Європі сьогодні до «нерозпорядження» відповідної правової системи, до її недоторканих основ — пануючої правової культури. Мається на увазі, що ці переконання не можуть бути порушені або поставлені під сумнів. Вони є чимось на кшталт правового «табу». Так, наприклад, відповідно до нашої конституційно-правової доктрини, честь і гідність людини (ст. 1, абз. 1, речення 1 ОЗ) у будь-якому випадку є «недоторканими». Спір відбувається не навколо цього принципу; він виникає, наприклад, зараз у дискусіях стосовно допомоги в смерті або стосовно клонування людини, стосовно вторинного питання: як далеко принцип гідності може бути поширений.

Я гадаю, що межі кримінально-правового втручання сьогодні дуже важко обґрунтувати, але все ж таки вони мають бути обґрунтованими і повинні дотримуватись. В іншому разі буде знищена правова культура, з якою ми живемо.

¹ Євангеліє від Іоанна 18, 14.

**ПОСАДОВА І СЛУЖБОВА ОСОБА:
КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ
ТА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТИ**

В. Вознюк,

заступник Голови Конституційного Суду України,
суддя Конституційного Суду України

Будь-яка галузь права не може розвиватись у відриві від національної правової системи, в якій Конституція має найвищу юридичну силу.

Конституція України, прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 року, стала фундаментальним політико-правовим актом, який поставив перед законодавцем, юридичною наукою та правниками-практиками завдання істотного вдосконалення правової системи України. Філософія та ідеологія Основного Закону, його приписи є основними, базовими орієнтирами вдосконалення моделі кримінального закону, оскільки кримінальне законодавство України за радянських часів ґрунтувалось на принципах державної комуністичної ідеології та світогляду.

Конституція проголошує Україну демократичною, соціальною і правовою державою (стаття 1 Конституції України). У становленні такої держави, розвитку громадянського суспільства, захисті прав і свобод людини відіграє важливу роль і кримінальне право.

Кримінальне право — це особлива галузь права, яка не ізольована від інших і тісно взаємопов'язана з ними.

Конституційні норми мають основоположне значення для кримінального права. Конституція України є одним із його джерел, оскільки в ній містяться приписи, притаманні кримінальному праву, зокрема положення статті 58 Конституції України щодо заборони зворотної дії в часі законів та інших нормативних актів, окрім винятків, коли вони у будь-який спосіб пом'якшують або скасовують відповідальність особи; заборона відповідальності за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення.

Положення статті 60 Конституції України: «Ніхто не зобов'язаний виконувати явно злочинні розпорядження чи накази», — презумує заборону кримінальної відповідальності за такі діяння або за відмову давати показання чи пояснення проти себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом (стаття 63 Конституції).

Принциповими для кримінального права є приписи пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України про те, що тільки законами України визначаються діяння, які є злочинами, та відповідальність за них. Це означає, що будь-які підзаконні акти не можуть регулювати питань, які відносяться до кримінального права як галузі. Кримінальне право перебуває у прямій залежності від норм Конституції, оскільки остання має найвищу юридичну силу, а закони повинні прийматися на її основі й відповідати їй (стаття 8 Конституції). Можна навести ще багато положень Конституції України, які визначають спрямованість і зміст кримінального права.

Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість держави. Держава відповідає за свою діяльність (стаття 3). Реалізувати конституційні засади можна тільки за умови належної діяльності державного механізму. Таким механізмом є система органів державної влади і місцево-

го самоврядування та їх апарату, політичних і громадських організацій, які повинні забезпечувати захист прав і свобод людини і громадянина.

Одним із найвагоміших чинників життєдіяльності організаційно-правового формування є служба. Вона — невід'ємний елемент будь-якої соціальної структури, її живий носій. Служба — це рушійна сила діяльності всього суспільного механізму, що забезпечує не тільки виробничу сферу, а й інші сфери соціального життя суспільства. Служба є ключовим механізмом у забезпеченні виконання функцій державних органів щодо захисту прав, свобод та інтересів людини. Тому місце і роль служби є одним із активних центрів життєдіяльності суспільства. Служба набуває свого реального змісту через службовців, які є провідниками, реалізаторами завдань, функцій і мети державних і недержавних органів, організацій, установ та підприємств усіх форм власності.

Службовець — це уособлення служби, активний її носій. Об'єктом впливу службовця є людина, її свобода і поведінка¹. У теорії права є класичним підхід, згідно з яким службова особа — це узагальнююче поняття, яким охоплюються такі категорії, як «посадова особа» і «службова особа».

Традиційно дослідженням проблеми визначення, що таке посадова і службова особа, співвідношення між цими поняттями займаються вчені-юристи, представники адміністративного і кримінального права. Є наукові дослідження з цього питання також у науковців трудового права. Та незважаючи на те, що сама проблема є нібито достатньо «зрілою», про що свідчать науково-юридичні напрацювання, вона все-таки залишається актуальною на сьогодні, оскільки службова діяльність забезпечує необхідні умови нормальної життєдіяльності суспільства і держави. Розв'язання цієї проблеми має важливе значення не тільки в теоретичному сенсі, а передусім для належного функціонування державної влади та органів місцевого самоврядування через виконання посадовими і службовими особами своїх повноважень і притягнення їх до юридичної відповідальності у разі порушення прав і свобод людини і громадянина або неналежного виконання ними своїх обов'язків.

Конституція України містить такі терміни, як «посадова» і «службова» особа. У положеннях статті 5 зазначено, що право визначення і зміни конституційного ладу в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами і посадовими особами. Термін «посадові особи» вживається також у статті 19 Конституції України. Проте Конституція України розмежує поняття «посадова особа» і «службова особа», оскільки в її положеннях зазначено, що громадяни мають право звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів (стаття 40); кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб (стаття 55).

Системне бачення вказаних положень та інших норм Конституції України дає підстави для висновку, що за своєю конституційно-правовою суттю терміни «посадова особа» і «службова особа» не ідентичні і кожен з них має свій зміст. Правовий статус посадових і службових осіб у конституційному сенсі різний.

Звичайно, визначення, що таке «посадова особа» і «службова особа», не є предметом конституційного регулювання. Проте системний аналіз норм Конституції, зокрема статей 5, 6, 19, 40, 55, дає можливість, принаймні на погляд автора, визначитися в розумінні понять посадової і службової особи на конституційному рівні.

Відповідно до статті 5 Конституції України народ здійснює владу безпо-

¹ Манохин В.М. Служба и служащий в Российской Федерации: правовое регулирование. — М.: Юристъ, 1997. — С. 6.

середньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Державна влада здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову (стаття 6). Положення частини другої статті 19 Конституції України про те, що органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією і законами України, стосується тільки посадових осіб цих органів, а стаття 40 Конституції закріплює (визнає) право всіх звертатися до посадових і службових осіб цих органів як гарантоване право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

Останнє положення також стосується посадових і службових осіб вказаних органів, оскільки наведене положення, як і положення статті 56 Конституції, яким визначено право кожного на відшкодування за рахунок держави матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб.

Однак, мабуть, хибною була б думка, що ці конституційні приписи до посадових відносять тільки осіб, які заміщають посади в органах законодавчої влади (народні депутати України, Голова Верховної Ради України та його заступники); в органах виконавчої влади (Прем'єр-Міністр та члени Кабінету Міністрів України); в органах судової влади (судді Конституційного Суду України та судді всіх рівнів системи судів загальної юрисдикції).

Президент України як глава держави уособлює вищий орган держави. Він наділений широкими державно-владними повноваженнями і займає особливе місце в системі органів держави. Президент України підписує закони, прийняті Верховною Радою України, видає укази й розпорядження, які є обов'язковими до виконання на території України, бере участь в утворенні виконавчої та судової влади, здійснює інші повноваження. Це одноособний орган держави і виступає як наскрізний орган щодо інших органів державної влади. Структурно Президент України не віднесений до будь-якої гілки влади. Проте функціонально, тобто через свої повноваження, Президент України реально впливає на діяльність органів законодавчої, виконавчої та судової влади.

Прокуратура України як спеціальний орган держави також наділена державно-владними повноваженнями. Проте це не орган державної влади, оскільки не належить до жодної з її гілок. Конституція України наділяє її спеціальним статусом, тому до посадових осіб відносяться Генеральний прокурор і підлеглі йому прокурори. До посадових осіб конституційного рівня органів державної влади відносяться державні службовці, категорії посад яких зазначено в Конституції України. Що стосується посадових осіб органів місцевого самоврядування, то аналіз положень конституційних норм розділу XI «Місцеве самоврядування» Конституції України дає можливість стверджувати, що до них відносяться депутати місцевих рад усіх рівнів, сільський, селищний, міський голова, який очолює виконавчий орган ради.

Відповідно до положень статті 12 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» сільський, селищний, міський голова є головною посадовою особою відповідної територіальної громади, тобто він наділений владними повноваженнями від імені територіальної громади. Виходячи з того, що сільські, селищні, міські, районні у містах (у разі їх утворення), районні та обласні ради складаються з депутатів, а самі ради є органами місцевого самоврядування і наділені владними повноваженнями, депутати місцевих рад також є посадовими особами органів місцевого самоврядування. У Конституції України відсутні положення щодо посадових і службових осіб представницького та виконавчого органів влади Автономної Республіки Крим.

Отже, автор вважає, що в конституційному сенсі посадовими вважаються особи, які через свої повноваження реалізують функції органів державної влади і наділені державно-владними повноваженнями, а також особи, які наділені владними повноваженнями і здійснюють функції органів місцевого самоврядування. Що стосується поняття службових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування, то до них можна віднести всіх інших осіб, які забезпечують реалізацію функцій органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також діяльність посадових осіб.

На відміну від Конституції України, кримінальне законодавство не викремлює посадових осіб, а вживає родове поняття «службові особи», які відносяться до спеціального суб'єкта кримінально-правових відносин. Згідно з приміткою до статті 364 нового Кримінального кодексу України, який набрав чинності з 1 вересня 2001 року, до службових осіб закон відносить 4 категорії осіб, які постійно чи тимчасово:

- 1) здійснюють функції представників влади;
- 2) обіймають посади на підприємствах, в установах, чи організаціях незалежно від форм власності, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків;
- 3) обіймають посади у таких самих організаційно-правових структурах і пов'язані з виконанням адміністративно-господарських обов'язків;
- 4) виконують зазначені обов'язки за спеціальним розпорядженням.

Службовими особами також визнаються іноземці та особи без громадянства, які виконують зазначені обов'язки. У законодавстві України немає легального визначення понять «представник влади», «організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції (обов'язки)». Воно наводиться доктринально в наукових працях, а також у роз'ясненнях постанови Пленуму Верховного Суду України від 26.04.2000 року № 5 «Про судову практику у судових справах про хабарництво».

У наукових дослідженнях українських учених-правознавців підходи до визначення посадової і службової особи є неоднозначними. Вчені-адміністративісти орієнтуються на управлінську функцію при визначенні посадової особи та класифікації державних службовців. Більшість з них пов'язує поняття посадової особи з характером посади як первинного елемента державного органу чи органу місцевого самоврядування¹; інші — з характером наявних повноважень². Звичайно при визначенні загальнотеоретичного поняття посадової особи до уваги беруться, насамперед, державно-владні повноваження, оскільки, як вони вважають, управлінські відносини неможливі без владного суб'єкта.

В адміністративно-правовому розумінні посадовою особою визнається службовець, діяльність якого пов'язана з реалізацією управлінських функцій і який наділений владно-розпорядчими повноваженнями³.

Доктрина вчених у галузі кримінального права щодо визначення посадової особи як суб'єкта кримінальної відповідальності зводиться до того, що така особа наділена владними повноваженнями, тобто є представником органів державної влади та органів місцевого самоврядування, виконує організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки⁴.

¹ Алехин А.П., Козлов Ю.М. Административное право. — М., 1995. — Ч. 1. — С. 150.

² Петров Г.И. К понятию должностного лица. // Правоведение. — 1974. — № 6. — С. 36.

³ Державне управління: теорія і практика / За заг. ред. В.Б. Авер'янова. — К. Юрінком Інтер, 1998. — С. 195.

⁴ Дудоров О.О. До питання про поняття службової особи як суб'єкта службових злочинів. // Вісник Київського університету. — Серія: Юридичні науки. — Вип. 32 — К. 1993. — С. 88—93. Волженкин Б.В. Служебное преступление. — М.: Юристъ, 2000. — С. 96—141.

До представників влади як суб'єктів службових злочинів відносять осіб, які здійснюють законодавчу, виконавчу та судову владу, прокурорів, слідчих, а також працівників державних наглядових та контролюючих органів, наділених у встановленому законом порядку розпорядчими повноваженнями стосовно осіб, які не перебувають щодо них у службовому підпорядкуванні, або наділені правом приймати рішення, обов'язкові до виконання фізичними а також юридичними особами незалежно від їх відомчої підпорядкованості. До них відносяться посадові особи органів місцевого самоврядування (депутати місцевих рад, керівники органів місцевого самоврядування), а також посадові особи представницького та виконавчого органів Автономної Республіки Крим (депутати АРК, члени Ради Міністрів АРК, керівники цих органів влади).

Організаційно-розпорядчі функції (у КК — обов'язки) пов'язуються із здійсненням керівництва в міністерствах, інших центральних органах виконавчої влади та органах місцевого самоврядування, на державних, комунальних, приватних підприємствах, в установах та організаціях. Виконання цих функцій покладено на керівників та їх заступників. Треба зазначити, що в названій постанові Пленуму Верховного Суду України (пункт 1) до суб'єкта службових злочинів віднесені бригадири виробничих бригад. Якщо ж виходити з положень примітки до статті 364 КК, то їх треба зараховувати до службових осіб. Проте, підхід, згідно з яким ця категорія осіб належить до службових, є сумнівним, оскільки основне повноваження бригадира на робочому місці — виробничий процес; по суті, він є робітником.

Адміністративно-господарські функції (обов'язки) пов'язуються з управлінням державним, колективним чи приватним майном. До службових осіб за цією функцією належать керівники та заступники керівників відповідних служб. Згідно з положенням Закону України «Про державну службу» до посадових осіб відносяться також державні службовці, на яких покладено здійснення консультативно-дорадчих функцій (стаття 2). Нормативного визначення, що таке консультативно-дорадчі функції, немає.

За доктринальним підходом здійснення консультативно-дорадчих функцій поєднується з виконанням повноважень, які не тягнуть за собою юридично значимих наслідків. Під консультативними розуміють органи і служби, що виконують дорадчі функції, службові особи яких допомагають порадами, рекомендаціями з відповідних питань. Допоміжні служби — це узагальнена назва підрозділів державних органів та органів місцевого самоврядування та їх апарату, які забезпечують функціональну діяльність цих органів.

До цієї категорії державних службовців, на думку автора, належать експерти, консультанти, спеціалісти Секретаріату Президента України, Секретаріату Верховної Ради України і апарату Кабінету Міністрів України (третя і четверта категорія службовців); спеціалісти міністерств, інших центральних органів державної виконавчої влади, спеціалісти апарату місцевих державних адміністрацій (п'ята категорія) та спеціалісти відповідних державних органів і структурових підрозділів.

Положення примітки до статті 364 КК не відносить цю категорію державних службовців, як і відповідних службових осіб органів місцевого самоврядування, до суб'єктів кримінально-правових відносин. У кримінально-правовому аспекті поняттям «службові особи» охоплюються посадові особи, які виконують функції як публічного, так і непублічного характеру.

Якщо виходити з буквального тлумачення положення пункту 2 примітки до статті 364 КК України, службовими особами визнаються іноземці та особи без громадянства, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки. За своїм змістом термін «функції» не то-

тожний терміну «обов'язки». У теорії права функція визначається як напрям діяльності органів державної влади, їх соціальне призначення, завдання в системі державного механізму (наприклад, Верховна Рада України наділена законодавчою функцією, органи виконавчої влади наділені управлінськими функціями; судова влада — виконує функцію правосуддя). Термін «обов'язки» органічно пов'язаний з терміном «повноваження», оскільки змістом повноважень є права та обов'язки будь-якої посадової та службової особи.

Результати досліджень наукової літератури і законодавства України свідчать про розбіжності понять посадової і службової особи, які пояснюються, насамперед, галузево-правовим підходом до їх визначення. На думку автора, такого підходу не має бути, оскільки неоднозначність визначення цих понять створює проблеми у правозастосуванні. Однозначним є й те, що у правовому розумінні за своїми функціями і повноваженнями «посадові особи» та «службові особи» — це нетотожні поняття. А тому їх визначення повинно даватись на законодавчому рівні з метою розв'язання «вічної» проблеми.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ГРОМАДЯН НА НЕДОТОРКАННІСТЬ ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ

П. Андрушко,

кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Статтею 32 Конституції України проголошено, що ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України. Збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди не допускається, за винятком випадків, визначених законом, і тільки в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Крім того, статтею 31 Конституції України гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, а статтею 30 — недоторканність житла. Винятки з конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції можуть бути встановлені тільки судом у випадках, передбачених законом, з метою запобігання злочину чи з'ясування істини під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо. Спільним для зазначених статей Конституції України є об'єкт правової охорони — права громадян на недоторканність їх приватного життя, які можна розглядати як об'єкт кримінально-правової охорони нормами Кримінального кодексу України (далі — КК).

Зазначимо, що при підготовці проекту Кримінального кодексу України, який було прийнято 5 квітня 2001 року, законодавець намагався максимально забезпечити кримінально-правову охорону конституційних прав і свобод людини і громадянина, проголошених і гарантованих Конституцією України. Зокрема, кримінально-правовою охороною права на недоторканність приватного життя передбачена: 1) статтею 182 КК, згідно з якою визнається злочином незаконне збирання, зберігання, використання або поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, а також поширення такої інформації у публічному виступі, творі, що публічно демонструється, чи в засобах масової інформації; 2) статтею 163 КК, згідно з якою є злочином порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер; 3) статтею 162 КК, згідно з якою є злочином незаконне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, незаконне проведення в них огляду чи обшуку, а так само незаконне виселення чи інші дії, що порушують недоторканність житла громадян. Основними безпосередніми об'єктами зазначених злочинів є окремі сфери гарантованого Конституцією України права громадян на невтручання інших осіб без їх згоди у їх приватне життя, право на недоторканність якого є видовим об'єктом цих злочинів. Крім того, окремими статтями КК передбачена відповідальність за розголошення певних відомостей щодо особистого (приватного) життя громадян: лікарської таємниці (стаття 144 КК); відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (стаття 132 КК); порушення таємниці голосування

(стаття 159 КК); розголошення таємниці усиновлення (удочеріння) (стаття 168 КК); відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист (стаття 381 КК); даних досудового слідства або дізнання (стаття 387 КК). При цьому склад злочину, передбачений статтею 182 КК, очевидно, можна розглядати як загальний щодо складів злочинів, передбачених переліченими статтями КК, які, отже, будуть вважатись спеціальними щодо нього.

Право на недоторканність особистого і сімейного життя, право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції та право на недоторканність житла є одними з видів особистих немайнових прав фізичних осіб (частина перша статті 272 ЦК України), зміст яких становить можливість фізичної особи вільно, на власний розсуд визначати свою поведінку у сфері свого приватного життя (стаття 271 ЦК).

Цивільний кодекс України фактично передбачає захист права особи на недоторканність особистого і сімейного життя, права на повагу до гідності та честі, права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції та права на недоторканність житла лише від поширення про неї (особу) недостовірної інформації. Щодо незаконного поширення конфіденційної достовірної інформації, то фактично захист порушеного права на повагу до гідності та честі може мати лише форму заборони (припинення) розповсюдження випущених у світ газети, книги, кінофільму, телепередачі тощо до усунення допущеного порушення чи вилучення тиражу газети, книги тощо з метою його знищення, якщо усунути порушення неможливо (стаття 278 ЦК). Крім того, згідно зі статтею 280 ЦК підлягає відшкодуванню майнова та (або) моральна шкода, завдана фізичній особі внаслідок порушення її особистих немайнових прав, до яких відносяться і право на недоторканність особистого і сімейного життя та право на повагу до гідності та честі.

Кримінальний кодекс 2001 року, на відміну від КК 1960 року, взагалі прямо не передбачає відповідальності за наклеп та образу, тобто діяння, які посягають на честь і гідність особи і які визнавались злочинами за КК 1960 року.

Інформація про особу охороняється законом. Згідно з частиною четвертою статті 23 Закону «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 року (ВВР. — 1992. — № 48. — Ст. 650; 2000. — № 27. — Ст. 213; 2002. — № 29. — Ст. 194; 2003. — № 28. — Ст. 214; 2004. — № 32. — Ст. 394) забороняється збирання відомостей про особу без її попередньої згоди, за винятком випадків, передбачених законом. Порядок збирання відомостей про особу, в тому числі й таких, що становлять конфіденційну інформацію, визначається Законом «Про інформацію» та іншими законодавчими актами.

Державні органи та організації, органи місцевого самоврядування, інформаційні системи яких містять інформацію про громадян, зобов'язані вживати заходів щодо запобігання несанкціонованого доступу до неї.

Зупинюсь на проблемних питаннях кримінальної відповідальності за незаконне збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу, передбаченої статтею 182 КК, та за незаконне використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, передбаченої статтею 359 КК, оскільки сформульовані у цих статтях склади злочинів взаємопов'язані: передбачені статтею 359 КК дії є одним з поширених засобів незаконного збирання конфіденційної інформації про особу.

Предметом злочину, передбаченого статтею 182 КК, може бути будь-яка конфіденційна інформація про особу: 1) незаконно одержана (зібрана); 2) документована; 3) яка стала відома певним особам у зв'язку з виконанням ними професійних чи службових обов'язків.

Під **конфіденційною інформацією** розуміють відомості, які знаходяться у володінні, користуванні або розпорядженні окремих фізичних чи юридичних осіб і поширюються за їх бажанням відповідно до передбачених ними умов (частина друга статті 30 Закону «Про інформацію»).

Інформація про особу — це сукупність документованих або публічно оголошених відомостей про неї. Джерелами документованої інформації про особу є видані на її ім'я документи, підписані нею документи, а також відомості про особу, зібрані державними органами влади та органами місцевого самоврядування в межах своїх повноважень (стаття 23 Закону «Про інформацію»).

Чинне законодавство не містить переліку видів інформації про особу, які можуть визнаватися конфіденційними, а також не визначає порядок визнання тих чи інших видів відомостей про особу конфіденційною інформацією. Згідно з частиною п'ятою статті 30 Закону «Про інформацію» громадяни, юридичні особи, які володіють інформацією професійного, ділового, виробничого, банківського, комерційного та іншого характеру, одержаною на власні кошти, або такою, яка є предметом їх професійного, ділового, виробничого, банківського, комерційного та іншого інтересу і не порушує передбаченої законом таємниці, самостійно визначають режим доступу до неї, включаючи належність її до категорії конфіденційної, та встановлюють для неї систему (способи) захисту.

Це положення створює суттєві труднощі при застосуванні статті 182 КК, оскільки необхідно, щоб: 1) інформація про особу, яка про неї збирається, зберігається, використовується чи поширюється, була такою особою визначена як конфіденційна; 2) особа, яка збирає, зберігає, використовує чи поширює таку інформацію, усвідомлювала, що потерпілим інформація визначена як конфіденційна. У зв'язку з цим виникає декілька запитань: 1) яким чином особа має інформувати інших осіб (доводити до їх відома) про те, що певні відомості про неї є конфіденційною інформацією; 2) чи достатньо для притягнення особи до кримінальної відповідальності інкримінувати їй те, що інформація про іншу особу, яку вона збирає, зберігає, використовує або поширює, такою особою визначена як конфіденційна, тобто є припущення щодо такого характеру інформації? На жаль, чинне законодавство в інформаційній сфері не надає можливості дати однозначні відповіді на ці та інші запитання, що створює суттєві труднощі при застосуванні статті 182 КК.

Для окремих категорій громадян законодавством встановлено обов'язок зберігати в таємниці певні відомості про громадян, які їм стали відомі у зв'язку з виконанням професійних чи службових обов'язків, тобто які є їх професійною (службовою) таємницею. Наприклад, згідно зі статтею 8 Закону «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 року (ВВР. — 1993. — № 39. — Ст. 383) нотаріуси та службові особи, які вчиняють нотаріальні дії, зобов'язані додержувати таємницю цих дій. Обов'язок додержання таємниці вчинюваних нотаріальних дій поширюється також на осіб, яким про вчинені нотаріальні дії стало відомо у зв'язку з виконанням ними службових обов'язків (працівники суду, прокуратури, органів дізнання і слідства, податкових органів тощо). Цією ж статтею передбачені і випадки, коли нотаріус може повідомити компетентним органам відомості, які є нотаріальною таємницею.

Згідно зі статтею 46 Закону «Про інформацію» не підлягають розголошенню відомості, що стосуються лікарської таємниці, грошових вкладів, прибутків від підприємницької діяльності, усиновлення (удочеріння), листування, телефонних розмов і телеграфних повідомлень, а також які становлять іншу таємницю, крім випадків, передбачених законом. Відомості, що становлять професійну таємницю певних категорій осіб, завжди повинні визнаватися такими, що є конфіденційною інформацією про особу. Розголо-

шення зазначених у статті 46 Закону «Про інформацію» відомостей може кваліфікуватись або за статтею 182 КК, або за спеціальними щодо неї статтями 145, 163, 168 КК.

З **об'єктивної сторони** злочин характеризується двома формами його вчинення: 1) незаконне збирання, зберігання, використання або поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди; 2) поширення конфіденційної інформації про особу у публічному виступі, творі, що публічно демонструється, чи в засобах масової інформації. Передбачений статтею 182 КК злочин містить формальний склад. Злочин є закінченим з моменту вчинення будь-якого з передбачених диспозицією цієї статті діянь.

Під **незаконним збиранням** конфіденційної інформації про особу розуміють добування будь-яким протиправним способом відомостей про особу, які відповідно до законодавства України становлять її конфіденційну інформацію: викрадення документів чи незаконне ознайомлення з документами, що містять такі відомості, будь-яким способом, заволодіння будь-яким іншим способом такими документами, підслуховування усних розмов, опитування осіб, які володіють такими відомостями, одержання таких відомостей за плату, шляхом застосування погроз, ведення спостереження за поведінкою особи, прослуховування телефонних розмов тощо.

Згідно з частинами другою, третьою, четвертою статті 31 Закону «Про інформацію» зберігання інформації про громадян не повинно тривати довше, ніж це передбачено для законно встановленої мети. До відомостей про іншу особу, зібраних відповідно до чинного законодавства державними органами, організаціями і посадовими особами, доступ сторонніх осіб забороняється.

Незаконним зберіганням конфіденційної інформації про особу треба вважати: 1) зберігання письмових документів та інших матеріальних носіїв, що містять таку інформацію, особою, яка незаконно збрала таку інформацію, чи особою, якій така інформація стала відома у зв'язку з виконанням професійних чи службових обов'язків; 2) зберігання зібраної у встановленому законодавством порядку конфіденційної інформації понад терміни, визначені законом. Частина четверта статті 31 Закону «Про інформацію» містить загальне правило, що зберігання інформації про громадян не має тривати довше, ніж це необхідно для встановленої законом мети. Це правило стосується інформації про громадян, зібраної у встановленому законом порядку. Терміни зберігання окремих видів конфіденційної інформації про громадян визначаються законодавством, яке регламентує підстави та порядок збирання і зберігання такої інформації. Згідно з частиною дванадцятою статті 9 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» від 18 лютого 1992 року одержані внаслідок оперативно-розшукової діяльності відомості, що стосуються особистого життя, честі, гідності людини, якщо вони не містять інформації про вчинення заборонених законом дій, зберігання не підлягають і мають бути знищені (ВВР. — 1992. — № 22. — Ст. 303). Відомості, що стосуються особистого життя, честі, гідності людини, зібрані в результаті оперативно-розшукової діяльності, не підлягають передачі і розголошенню (частина тринадцята статті 9 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» із змінами, внесеними Законом від 18 січня 2001 року (ВВР. — 2001. — № 14. — Ст. 72).

Згідно з абзацем другим частини третьої статті 22 Закону «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» від 30 червня 1993 року документи та інші джерела, що містять інформацію, одержану спеціальними підрозділами по боротьбі з організованою злочинністю та їх співробітниками, не пов'язану з вчиненням злочинів чи інших правопору-

шень з боку фізичних осіб, підлягають знищенню не пізніше шести місяців з дня їх одержання (ВВР. — 1993. — № 35. — Ст. 358).

Використання і поширення інформації щодо особистого життя громадянина без його згоди особою, яка володіє відповідною інформацією внаслідок виконання своїх службових обов'язків, а також порушення порядку зберігання конфіденційної інформації є порушеннями законодавства про інформацію, передбаченими статтею 47 Закону «Про інформацію», які тягнуть за собою дисциплінарну, цивільно-правову, адміністративну або кримінальну відповідальність (абзаци дев'ять, одинадцять частини другої статті 47 Закону).

Незаконне поширення конфіденційної інформації про особу — це незаконне доведення до відома сторонніх осіб такої інформації без її згоди, вчинене особою, яка зобов'язана зберігати її в таємниці: усне чи письмове повідомлення її іншій особі, тобто розголошення конфіденційної інформації.

Законом «Про інформацію» передбачено, що доступ до інформації, що міститься в офіційних документах, здійснюється на основі інформаційного запиту зацікавленої особи, але не підлягають обов'язковому наданню для ознайомлення офіційні документи, що містять конфіденційну інформацію, та інформація, що стосується особистого життя громадян. Надання доступу до конфіденційної інформації у подібних випадках має вважатись незаконним.

Як найбільш суспільно небезпечні прояви поширення конфіденційної інформації про особу безпосередньо у диспозиції статті 182 виділені випадки її поширення (оприлюднення) у: 1) публічному виступі; 2) творі, що публічно демонструється; 3) в засобах масової інформації. При цьому у диспозиції статті 182 КК не обумовлено, що обов'язковою ознакою складу злочину є відсутність згоди особи на таке поширення конфіденційної інформації про неї, а отже, навіть за наявності згоди особи на таке поширення конфіденційної інформації про неї формально у діях особи, яка таку інформацію поширила, є склад злочину, передбачений статтею 182 КК, якщо поширена інформація є конфіденційною. Це є суттєвим недоліком сформульованої у статті 182 КК норми. Не обумовлюється кримінальна відповідальність і незаконністю такого поширення конфіденційної інформації. Таким чином, формально навіть законне і за згоди особи поширення інформації про неї у публічному виступі, творі, що публічно демонструється, чи в засобах масової інформації, законодавцем визнається злочином, якщо така інформація є конфіденційною.

Під **поширенням конфіденційної інформації про особу у публічному виступі** треба розуміти її оприлюднення у виступах на різних зібраннях громадян: зборах, з'їздах, мітингах, конференціях, нарадах, симпозиумах тощо. **Поширенням конфіденційної інформації про особу у творі, що публічно демонструється**, є її оприлюднення під час публічної демонстрації аудіовізуального твору чи відеограми, тобто їх публічного одноразового або багаторазового представлення публіці у приміщенні чи під час публічного показу будь-якого твору, фонограми, відеограми за допомогою різних пристроїв чи процесів у місцях, де присутня публіка. До творів, що публічно демонструються, відносяться також різні предмети, що містять конфіденційну інформацію про особу (плакати, рекламні щити, фотографії тощо), окремі види аудіовізуальних творів (кінофільми, діафільми, слайд-фільми тощо) та інші подібні предмети. Під поширенням конфіденційної інформації про особу у засобах масової інформації розуміють оприлюднення такої інформації у будь-якому засобі масової інформації будь-яким способом.

Із суб'єктивної сторони злочин характеризується умисною формою вини: особа повинна усвідомлювати, що нею незаконно збираються, зберігаються, використовуються чи поширюються (розголошуються чи оприлюдню-

ються) відомості про іншу особу, які згідно з чинним законодавством є конфіденційною інформацією і які вона не має права збирати, зберігати, використовувати чи поширювати, і бажає вчинити такі дії.

Незаконне збирання конфіденційної інформації, очевидно, здебільшого здійснюється: 1) працівниками оперативних підрозділів, які згідно із Законом «Про оперативно-розшукову діяльність» від 18 лютого 1992 року здійснюють таку діяльність, зокрема, працівниками правоохоронних органів, перш за все, працівниками оперативних підрозділів міліції, службою дільничних інспекторів, співробітниками податкової міліції, органами Служби безпеки України; 2) різними приватними правоохоронними структурами, службами безпеки банківських та інших фінансових установ; 3) працівниками засобів масової інформації; 4) представниками політичних партій, їх об'єднань щодо політичних супротивників, особливо у періоди виборчих компаній; 5) суб'єктами господарювання щодо працівників не лише суб'єктів господарювання — конкурентів у бізнесі, а й щодо працівників—партнерів у бізнесі з метою їх підкупу, шантажу, компрометації, схиляння до вчинення певних діянь тощо.

Незаконне збирання конфіденційної інформації про особу об'єктивно, як правило, пов'язане з використанням спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації. Використання таких засобів може здійснюватись лише органами, визначеними законом, і у визначеному ним порядку. Само по собі незаконне використання таких технічних засобів тягне відповідальність за статтею 359 КК. Використання зазначених технічних засобів, пов'язане з порушенням таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер, утворює кваліфікований вид складу злочину, передбаченого частиною другою статті 163 КК. Якщо ж такі дії матимуть і кваліфікуючі ознаки складу злочину, передбаченого частиною першою статті 359 КК, вони мають кваліфікуватися за сукупністю злочинів — згідно з частиною другою статті 163 та частиною другою статті 359 КК. На наш погляд, статтю 182 КК треба доповнити частиною другою, аналогічною за змістом частині другій статті 163 КК, тобто передбачити в ній відповідальність за незаконне збирання конфіденційної інформації з використанням спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації. У цій же частині статті 182 КК як кваліфікуючі ознаки доцільно також передбачити і вчинення передбачених її частиною першою дій службовою особою або щодо державних чи громадських діячів, а так само заподіяння ними істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян.

Незаконне прослуховування телефонних розмов, організація зовнішнього спостереження, інше незаконне збирання інформації, за свідченням фахівців, набуло масового поширення. У засобах масової інформації повідомлялось про виявлення підслуховуючих пристроїв («жучків») у службових приміщеннях Глави районної адміністрації, інших керівників органів влади. Про незаконне збирання конфіденційної інформації про сімейне та особисте життя працівниками прокуратури та інших правоохоронних органів повідомляли судді. Зокрема, широкого розголосу набули факти незаконного стеження та використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації щодо журналіста Г. Гонгадзе.

Під спеціальними технічними засобами негласного отримання інформації розуміють технічні засоби, обладнання, апаратуру, прилади, пристрої, препарати та інші вироби, спеціально створені, розроблені, запрограмовані або модернізовані для виконання завдань з негласного отримання інформації під час здійснення оперативно-розшукової діяльності. Перелік (вичерпний) таких засобів міститься в пункті 1.3 Ліцензійних умов провадження

господарської діяльності з розроблення, виготовлення спеціальних технічних засобів для зняття інформації з каналів зв'язку, інших засобів негласного отримання інформації, торгівлі спеціальними технічними засобами для зняття інформації з каналів зв'язку іншими засобами негласного отримання інформації, затверджених наказом Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва, Служби безпеки України від 29 січня 2001 року № 17/17 (ОВУ. — 2001. — № 7. — Ст. 289). До таких засобів належать спеціальні технічні засоби для: негласного отримання та реєстрації аудіоінформації; негласного візуального спостереження та документування; негласного прослуховування телефонних переговорів; негласного перехоплення та реєстрації інформації з технічних каналів зв'язку; негласного контролю поштових повідомлень і відправлень; негласного обстеження предметів і документів; негласного проникнення у приміщення, транспортні засоби, інші об'єкти та їх обстеження; негласного контролю за переміщенням транспортних засобів та інших об'єктів; спеціальні технічні засоби для негласного отримання (зміни, знищення) інформації з технічних засобів її зберігання, обробки та передачі.

Наведений перелік видів спеціальних технічних засобів є вичерпним і поширювальному тлумаченню не підлягає. Спірні питання щодо належності до спеціальних технічних засобів конкретного технічного засобу вирішуються експертно-технічною комісією СБУ. Інформація на «плівках Мельниченка», залежно від того, на яких технічних засобах фіксації інформації здійснювався на них запис, також може бути визнана як одержана з використанням спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації.

Для негласного отримання інформації можуть використовуватись і будь-які інші технічні засоби: фотоапарати, відеокамери, диктофони тощо. Проте такі засоби мають інше цільове призначення і не є засобами вчинення злочину, передбаченого статтею 359 КК, а тому їх використання для негласного отримання інформації має кваліфікуватися, за наявності підстав, як злочин у сфері службової діяльності чи злочин, пов'язаний з незаконним збиранням певного виду інформації, наприклад, як незаконне збирання з метою використання відомостей, що становлять комерційну таємницю (стаття 231 КК), або відомостей, що становлять державну таємницю (стаття 114 КК).

Спеціальні технічні засоби негласного отримання інформації можуть використовуватись тільки оперативними підрозділами Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України, управління державної охорони, органів державної податкової служби, органів і установ Державного департаменту з питань виконання покарань, розвідувального органу Міністерства оборони, а також органами, підрозділами та співробітниками Служби безпеки України, що здійснюють контррозвідувальну діяльність відповідно до Закону «Про контррозвідувальну діяльність» від 26 грудня 2002 року (ВВР. — 2003. — № 12. — Ст. 89; № 27. — Ст. 209), за наявності підстав для проведення оперативно-розшукової діяльності, передбачених статтею 6 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність», в порядку, передбаченому частинами другою, третьою статті 8 цього Закону та статтею 187 КПК. Такими підставами є: 1) наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів про: а) злочини, що готуються або вчинені невстановленими особами; б) осіб, які готують або вчинили злочин; в) осіб, які переховуються від органів розслідування, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання; г) осіб безвісно відсутніх; д) розвідувально-підкривну діяльність спецслужб іноземних держав, організацій та окремих осіб проти України; е) реальну загрозу

життю, здоров'ю, житлу, майну працівників суду і правоохоронних органів у зв'язку з їх службовою діяльністю, а також особам, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членам їх сімей та близьким родичам, з метою створення необхідних умов для належного відправлення правосуддя; е) співробітників розвідувальних органів України у зв'язку із службовою діяльністю цих осіб, їх близьких родичів, а також осіб, які конфіденційно співробітничали або співробітничали з розвідувальними органами України, та членів їх сімей з метою належного здійснення розвідувальної діяльності; 2) запити повноважних державних органів, установ та організацій про перевірку осіб у зв'язку з їх допуском до державної таємниці і до роботи з ядерними матеріалами та на ядерних установках; 3) потреба в отриманні розвідувальної інформації в інтересах безпеки суспільства і держави (частина перша статті 6 зазначеного Закону).

Згідно з частиною другою статті 8 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» негласне зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації провадиться за рішенням суду, прийнятим за поданням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника. Зазначені заходи можуть також здійснюватись в порядку, узгодженому з Генеральним прокурором України та Головою Верховного Суду України винятково з метою отримання розвідувальної інформації для забезпечення зовнішньої безпеки України, запобігання і припинення розвідувально-підривних посягань спеціальних служб іноземних держав та іноземних організацій, а також винятково з метою попередження, своєчасного виявлення і припинення розвідувальних, терористичних та інших посягань на державну безпеку України, отримання розвідувальної інформації в інтересах контррозвідки (пункт 6 статті 7 Закону «Про контррозвідувальну діяльність»). Порядок надання дозволу на зняття інформації з каналів зв'язку визначається статтею 187 КПК: такий дозвіл надається постановою голови апеляційного суду чи його заступника за поданням слідчого, погодженого з прокурором, за місцем провадження слідства.

Необхідне встановлення жорсткого контролю за використанням (незаконним) спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, законодавче ж регламентування їх використання є більш-менш чітким.

Норми, сформульовані у статтях 182 та 359 КК, на практиці фактично не застосовуються. Незастосування статті 359 КК зумовлене, очевидно, тим, що передбачені нею дії вчинюються самими працівниками правозастосовних органів, які за законом мають право на використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації. Стаття 182 КК не застосовується з інших причин. Перш за все, ознаки передбаченого нею складу злочину сформульовані недостатньо однозначно, що дозволяє як поширювальне, так і обмежувальне тлумачення їх змісту. По-друге, регулятивне (базове) законодавство, яким регламентується порядок поводження (збирання, зберігання, розголошення, поширення) з конфіденційною інформацією, недостатньо чітке, суперечливе.

**КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРИНЦИП
ПРЕЗУМПЦІЇ НЕВИНУВАТОСТІ
ТА ІНСТИТУТ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ
В ПРАВІ УКРАЇНИ
І ДЕЯКИХ ІНШИХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДЕРЖАВ:
ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ**

С. Яценко,

суддя Конституційного Суду України у відставці,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Академії правових наук України

1. Презумпція невинуватості у вчиненні злочинного діяння зафіксована в ряді міжнародно-правових документів, зокрема в Загальній декларації прав людини 1948 року (частина перша статті 11)¹, Міжнародному пакті про громадянські та політичні права 1966 року (пункт 2 статті 14)². У частині другій статті 6 («Право на справедливий судовий розгляд») Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 року проголошено: «Кожен, кого обвинувачують у вчиненні злочину, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено згідно із законом»³.

Цей важливий демократичний принцип кримінального процесу закріплено у конституціях багатьох держав. Так, частина перша статті 62 Конституції України 1996 року проголошує: «Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду»⁴. Цей принцип зафіксовано у Конституції Російської Федерації 1993 року (стаття 49)⁵, Конституції Республіки Білорусь 1994 року (стаття 26)⁶, Конституції Естонської Республіки 1992 року (стаття 22)⁷, Конституції Республіки Польща 1997 року (частина третя статті 42: «Кожен вважається невинуватим, доки його вина не буде підтверджена правомочним вироком суду»)⁸. У статті 9 Декларації прав людини і громадянина 1789 року, на яку є посилання в преамбулі Конституції Франції 1958 року, записано, що «...кожний вважається невинуватим, доки його вина не буде встановлена...»⁹.

Будучи закріпленим у конституції держави, принцип презумпції невинуватості стає конституційним принципом.

Презумпція невинуватості може бути сформульована і у так званих ординарних («звичайних») законах (наприклад, у частині другій статті 2 та у частині другій статті 15 КПК України). У КК Республіки Білорусь 1999 року міститься положення: «Ніхто не може бути визнаний винуватим у вчиненні злочину і підданий кримінальній відповідальності інакше як за вироком суду та відповідно до закону» (частина друга статті 3)¹⁰. Тут привертає увагу термін «кримінальна відповідальність», який за змістом ширше терміна «покарання» і більш адекватно відображає спектр кримінально-правових заходів реагування держави на вчинений особою злочин.

Важливим принципом життєдіяльності громадянського суспільства і функціонування держави є принцип верховенства права. Про верховенство права (the rule of law) як про спільну спадщину європейських країн зга-

дується у вступній частині (преамбулі) Конвенції про захист прав людини та основних свобод. В Україні принцип верховенства права відноситься до числа конституційних. Стаття 8 Конституції України проголошує:

«В Україні визнається і діє принцип верховенства права.

Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй.

Норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується».

В Основному законі ФРН 1949 року зафіксовано положення: «Нижчелаведені основні права обов'язкові для законодавчої, виконавчої влади та правосуддя як безпосередньо діюче право» (абзац третій статті 1)¹¹.

Коментуючи статтю 8 Конституції України та визначаючи верховенство права як його панування в суспільстві, професор П. Рабінович підкреслює, що в демократичній правовій державі, якою стає Україна, принцип верховенства права має поєднуватись із принципом верховенства закону (очевидно, як складовою верховенства права; в одній із своїх попередніх робіт він писав про принцип верховенства саме правового закону¹² — С. Я.), що полягає в такому: якщо принцип верховенства закону однаковою мірою поширюється як на правотворчу (законотворчу), так і на правозастосовну діяльність, то принцип верховенства права адресований, головним чином, законодавцю»¹³.

Дійсно, верховенство права у сфері протидії злочинності має бути забезпечено передусім на етапі прийняття кримінального, кримінально-процесуального та кримінально-виконавчого кодексів, де воно реалізується як принцип законності.

2. Як же конституційні принципи презумпції невинуватості та верховенства права втілені в галузевому законодавстві стосовно інституту кримінальної відповідальності?

Положення, в яких вживається вираз «кримінальна відповідальність» і зміст яких становить інститут кримінальної відповідальності, містяться в законах (кримінальних та кримінально-процесуальних кодексах) багатьох держав, зокрема тих, які виникли на теренах колишнього Радянського Союзу.

Поняття кримінальної відповідальності на законодавчому рівні, як правило, не формулюється. Єдиний виняток становить КК Республіки Білорусь. У частині першій статті 44 («Кримінальна відповідальність та її цілі») сформульовано таке положення: «Кримінальна відповідальність виражається у засудженні від імені Республіки Білорусь за вироком суду особи, яка вчинила злочин, і застосуванні на підставі засудження покарання або інших заходів кримінальної відповідальності у відповідності з цим Кодексом». У частині другій статті 44 цього КК зазначається: «Кримінальна відповідальність має метою виправлення особи, яка вчинила злочин, і запобігання вчиненню нових злочинів як засудженням, так і іншими особами».

Такі цілі кримінальної відповідальності подібні до тих, про які зазвичай йдеться в кодексах ряду держав стосовно цілей покарання (наприклад, у частині другій статті 50 КК України, частині другій статті 43 КК Російської Федерації 1996 року¹⁴, частині першій статті 39 КК Грузії 2001 року¹⁵). Принагідно зазначимо, що про цілі кримінальної відповідальності чи/та покарання в кримінальних кодексах багатьох держав не йдеться (наприклад, у Пенітенціарному кодексі Естонії 2001 року¹⁶, Кримінальному кодексі Республіки Польща¹⁷, Кримінальному кодексі Федеративної Респуб-

ліки Німеччини 1871 року в редакції від 13 листопада 1998 року¹⁸, Кримінальному кодексі Франції).

Поняття кримінальної відповідальності в правових системах держав, у законах яких фігурує термін «кримінальна відповідальність», дається в доктрині права. Доктринальні її визначення є далекими від однозначності¹⁹. Більш обґрунтованими видаються ті, в яких кримінальна відповідальність пов'язується принаймні з осудом визнаної винною особи судом та застосуванням заходів кримінально-правового впливу, які характеризуються обмеженням прав і свобод засудженого.

Український вчений С. Шапченко пише, що «кримінальну відповідальність можна визначити як форму реалізації охоронних кримінально-правових відносин, пов'язаних із вчиненням злочину, яка завжди полягає у державному осуді злочинця і, як правило, втілюється в застосуванні до нього конкретних заходів кримінально-правового впливу»²⁰.

Професор Ю. Баулін вважає, що «кримінальна відповідальність — це вимушене зазнавання особою, яка вчинила злочин, державного осуду, а також передбачених КК обмежень особистого, майнового або іншого характеру, що визначаються обвинувальним вироком суду і покладаються на винного спеціальними органами держави»²¹.

Такі визначення кримінальної відповідальності за змістом пов'язуються з конституційними положеннями щодо визнання особи винною у вчиненні злочину вироком суду з її осудом та засудженням.

У Кримінальному кодексі Франції, у книзі першій — «Загальні положення» — міститься розділ II «Про кримінальну відповідальність», що включає і главу II — «Підстави ненастання кримінальної відповідальності або її пом'якшення». У ній ідеться майже винятково про тих осіб, які не підлягають кримінальній відповідальності, іншими словами — про обставини, що виключають кримінальну відповідальність (неосудність, сумлінну помилку в праві, правомірний захист тощо). Єдиною нормою, в якій йдеться про пом'якшення кримінальної відповідальності, є частина друга статті 122-1 КК, відповідно до якої обмежено осудна особа підлягає кримінальній відповідальності, «однак суд враховує дану обставину при визначенні покарання і встановленні режиму його виконання». Варто акцентувати увагу на тому, що тут кримінальна відповідальність безпосередньо пов'язується з покаранням, власне, втілюється в ньому.

На рівні назв структурних підрозділів (розділів та глав) у КК ФРН термін «кримінальна відповідальність» не фігурує. Відсутній цей термін і в тексті конкретних норм Кодексу. В ньому йдеться не про кримінальну відповідальність, а про покарання. Різниця підходів до вирішення цього питання українського та німецького законодавців проілюструємо прикладом. Якщо в статті 46 КК України йдеться про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, то у § 46а КК ФРН («Угода особи, яка вчинила діяння, і потерпілого. Відшкодування шкоди») — про те, що суд може пом'якшити покарання або відмовитись від нього.

Констатуємо відсутність у КК ФРН інституту кримінальної відповідальності, відмінного від інституту покарання, зазначимо, що в цьому Кодексі зафіксовані положення про кримінальне переслідування. Вони містяться в розділі IV «Заява потерпілого, повноважне розпорядження про кримінальне переслідування, вимога кримінального переслідування» та у главі 1 «Давність переслідування» розділу V «Давність».

Матеріально-правовий інститут кримінальної відповідальності та кримінально-процесуальний інститут кримінального переслідування розрізняє Конституційний Суд України. Розглядаючи справу за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачен-

ня положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність), Конституційний Суд України в резолютивній частині рішення від 27 жовтня 1999 року зазначив:

«1. В аспекті порушених у конституційному поданні Міністерства внутрішніх справ України питань положення частини третьої статті 80 Конституції України треба розуміти так:

1.1. Кримінальна відповідальність настає з моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду.

1.2. Притягнення до кримінальної відповідальності, як стадія кримінального переслідування, починається з моменту пред'явлення особі обвинувачення у вчиненні злочину»²².

Поняття «кримінальне переслідування» широко використовується в Європейській конвенції про передачу провадження у кримінальних справах 1972 року²³.

У Кримінальному кодексі України 2001 року термін «кримінальна відповідальність» вживається, як можна зробити висновок із зіставлення різних його норм, не в однаковому значенні. Так, положення частини третьої статті 2 («Ніхто не може бути притягнений до кримінальної відповідальності за той самий злочин більше одного разу») треба розуміти як неприпустимість повторної чи подвійної відповідальності (її реалізації через обвинувальний вирок суду) за один і той самий злочин. Зазначимо, що текст викладу норми є не зовсім коректним. Мало б йтися про неприпустимість несення кримінальної відповідальності (бути засудженим та/чи покараним через постановлення обвинувального вироку суду), що виключало б будь-яку можливість розуміння в даному разі притягнення до кримінальної відповідальності як стадії кримінального переслідування.

Про те, що ніхто не може нести кримінальну відповідальність (а не бути притягнений до кримінальної відповідальності) двічі за один і той самий злочин, йдеться в КК Російської Федерації (частина друга статті 8), КК Азербайджанської Республіки 1999 року (частина восьма 2 статті 8)²⁴, КК Республіки Білорусь (частина шоста статті 3), не може бути повторно покараний за одне і те саме діяння — в частині третій статті 2 Пенітенціарного кодексу Естонії, в частині шостій статті 2 КК Литовської Республіки 2000 року («...не повинен бути підданий покаранню за один і той самий злочин двічі»)²⁵, частині другій статті 7 КК Республіки Молдова («...не може бути повторно підданий кримінальному переслідуванню і кримінальному покаранню за одне і те саме діяння»)²⁶.

На конституційному рівні ми зустрічаємо такі положення: «Ніхто не може бути підданий неодноразовому покаранню за одне і те саме діяння на підставі загальних кримінальних законів» (абзац третій статті 103 Основного закону ФРН), «Нікого не може бути двічі засуджено за один і той самий злочин» (частина перша статті 50 Конституції Російської Федерації), «Ніхто не може бути покараний за той самий злочин вдруге» (частина п'ята статті 31 Конституції Литовської Республіки)²⁷, «Ніхто не може бути судимим або покараним повторно за діяння, за вчинення якого він відповідно до закону був остаточно засуджений або виправданий» (частина третя статті 23 Конституції Естонської Республіки).

Фіксація принципу *non bis in idem* таким чином, що в кримінальних кодексах та в конституціях держав йдеться про неприпустимість бути підданим кримінальній відповідальності або судимим чи підданим покаранню повторно (вдруге, неодноразово), є коректною. Подібним чином вирішується це питання в міжнародно-правових актах. Так, у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права зафіксовано положення, що ніхто не може бути вдруге засуджений чи покараний або виправданий від-

повідно до закону та кримінально-процесуального права кожної країни (пункт 7 статті 14). Стаття 4 («Право не бути притягненим до суду або покараним двічі») Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини та основних свобод містить положення: «Нікого не може бути вдруге притягнуто до суду або покарано в кримінальному порядку під юрисдикцією однієї і тієї самої держави за правопорушення, за яке його вже було остаточно виправдано або засуджено відповідно до закону та кримінально-процесуального права цієї держави».

Подібно до цих положень трактуються положення частини першої статті 61 Конституції України та частини третьої статті 2 КК України, яке його відтворює, українським дослідником А. Ришелюком²⁸. Інші дослідники це питання не зачіпають.

Тут доречно нагадати конституційне положення: «Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України» (частина перша статті 9). Вони «застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства» (частина перша статті 19 Закону «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 року)²⁹.

Істотно різняться за своїм кримінально-правовим змістом інститути звільнення від кримінальної відповідальності (розділ IX) та звільнення від покарання (розділ XII КК України). Конституційним є, власне, лише інститут звільнення від покарання, а не від кримінальної відповідальності.

Подібні окремі структурні підрозділи (глави 11 та 12) є в КК Російської Федерації. У КК Республіки Білорусь є глава 12 «Звільнення від кримінальної відповідальності та покарання».

На відміну від такого підходу, в КК Республіки Польща йдеться не про звільнення від кримінальної відповідальності, а, зокрема, про умовне припинення кримінального переслідування.

Пенітенціарний кодекс Естонії не містить положень про звільнення від кримінальної відповідальності, але в ньому є глава 5 — «Звільнення від покарання».

Не містить положень про звільнення від кримінальної відповідальності і КК ФРН. Натомість у розділі III «Правові наслідки діяння» є, зокрема, глава 4 «Призупинення покарання з випробуванням», глава 5 «Застереження з обумовленням можливості застосування покарання. Відмова від покарання».

У главі 5 міститься, зокрема, § 59 «Передумови застереження з обумовленням можливості застосування покарання». Як зазначає С. Келіна, тут застосуванню відстрочки передуює визнання особи винуватою і винесення обвинувального вироку³⁰.

КК Франції також не знає матеріально-правового інституту звільнення від кримінальної відповідальності, але в ньому вживається поняття «кримінальне переслідування» (в пунктах 2 та 4 статті 112-2, статті 113-8), формулюється положення про звільнення від покарання при вчиненні конкретних злочинів (наприклад, стаття 450-2).

Серед способів індивідуалізації покарань Кримінальний кодекс Франції детально регламентує інститути відстрочки виконання покарань (підвідділи 3, 4 та 5) та звільнення від покарання і відстрочки призначення покарання (підвідділ 6).

У КК Швейцарії 1937 року³¹ відсутній інститут звільнення від кримінальної відповідальності, але є стаття 66 bis «Відмова від подальшого кримінального переслідування і звільнення від покарання», а також статті 70—72, які регламентують давність кримінального переслідування. Не знає інституту звільнення від кримінальної відповідальності і КК Австрії 1974 року³². В той же час він містить розділ V «Умове звільнення від покарання і

умовно-дострокове звільнення від відбування покарання, вказівки і допомога умовно звільненим» (§ 43—56). У розділі VI «Давність» є § 57 «Давність кримінального переслідування».

Отже, треба розрізняти кримінальну відповідальність та покарання як інститути матеріального кримінального права і кримінальне переслідування (включаючи притягнення до кримінальної відповідальності) та звільнення від такого.

А відтак, треба розрізняти звільнення від кримінальної відповідальності в матеріально-правовому сенсі, що за своїм кримінально-правовим змістом, по суті, має бути звільненням від покарання, та в процесуальному сенсі, що означає звільнення від кримінального переслідування.

Російський процесуаліст Л. Головкин зазначає: «...фактично все, що в матеріально-правовій науці можна позначити як різницю між кримінальною відповідальністю і покаранням (ця різниця і є «процесуальний аспект» кримінальної відповідальності), в науці процесуальній включається як окремі елементи в поняття кримінального переслідування»³³.

3. Розглянувши матеріально-правові та процесуальні аспекти інституту кримінальної відповідальності в законах України на тлі положень законів деяких інших країн Європи, спробуємо співставити вітчизняний інститут звільнення від кримінальної відповідальності з конституційним принципом презумпції невинуватості.

Для цього звернемось до висловлених в науковій літературі поглядів українських вчених на цю проблему.

Так, С. Шапченко аргументовано доводить: «Зіставлення частини першої статті 62 Конституції України і основного кримінально-правового змісту звільнення від кримінальної відповідальності (статті 44—49 КК) дозволяє побачити істотні суперечності між ними: звільнення особи від кримінальної відповідальності відбувається без визнання її винною у вчиненні злочину в обвинувальному вирокі суду. Таким чином, презумпція невинуватості («особа вважається невинуватою у вчиненні злочину... доки її вину не буде... встановлено обвинувальним вироком суду») при такому звільненні залишається не спростованою. Відповідно така особа має право не звільнятися від кримінальної відповідальності... а не підлягати кримінальній відповідальності...»

Висновок: статті 44—49 КК (а по суті — інститут звільнення від кримінальної відповідальності в цілому) суперечить частині першій статті 62 Конституції України і, відповідно, принципу верховенства права³⁴.

Інший погляд на цю проблему має Ю. Баулін. На його думку, «Конституція вирішує лише одне, хоча й дуже принципове, питання, а саме: лише обвинувальним вироком суду особа може бути визнана винуватою у вчиненні злочину», що «не виключає того, що визнаною такою, що вчинила злочин, і звільненою від кримінальної відповідальності особа може бути судом, але в іншому процесуальному порядку. Звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вчинила злочин, оформлюється винесенням судом ухвали або постанови про закриття кримінальної справи»³⁵.

З таким висновком, який виправдовує існуючу на сьогодні процесуальну форму втілення в КПК України (статті 6—13) інституту звільнення від кримінальної відповідальності, погодитись не можна. Питання наявності підстав для настання кримінальної відповідальності можливе тільки при встановленні в діянні особи складу злочину, в тому числі й такого його важливого компонента, як вина особи у вчиненні злочину, що відповідно до конституційного припису (частина перша статті 2 Конституції України) можливе лише обвинувальним вироком суду. Закриття ж кримінальної

справи ухвалою або постановою суду без постановлення обвинувального вироку, яким тільки і може бути встановлена вина особи у вчиненні злочину, вочевидь не узгоджується з конституційним принципом презумпції невинуватості.

Як слушно зазначає Л. Головка, «ні суд, ні хтось інший не має права звільняти від кримінальної відповідальності до тих пір, доки не будуть вчинені всі дії, пов'язані з кримінальним переслідуванням і захистом від нього, що і становить зміст кримінального процесу. До вчинення цих дій можливе звільнення лише від їх вчинення, тобто від кримінального переслідування, а після їх вчинення у випадку оголошення особи винною смисл має лише звільнення від покарання»³⁶.

Із попереднього викладу ми могли пересвідчитись, що кримінальні кодекси багатьох держав не знають звільнення від кримінальної відповідальності як особливого матеріально-правового інституту. В той же час у таких кодексах сформульовані положення про умовне чи безумовне звільнення від кримінального переслідування, а також від покарання.

У світлі викладеного привабає позиція, пов'язана з трактовкою інституту звільнення від кримінальної відповідальності не в матеріально-правовому, а в процесуальному смислі (через «процесуальну призму»), що її займає Л. Головка, який пише щодо законів Російської Федерації: «Необхідна одночасна синхронна юридико-технічна модифікація як кримінально-правової конструкції звільнення від кримінальної відповідальності, так і кримінально-процесуальної конструкції закриття кримінальної справи (переслідування) за nereабілітуючими підставами», хоча і не закликає до негайного внесення відповідних законодавчих змін»³⁷.

4. Існуюча суперечність між конституційним принципом презумпції невинуватості (частина перша статті 62 Конституції України) та інститутом звільнення від кримінальної відповідальності (як він закріплений у КК України — передусім у розділі IX та в КПК України, зокрема в статтях 6—13), може бути розв'язана шляхом відмови від матеріально-правового інституту звільнення від кримінальної відповідальності та трансформації процесуального інституту звільнення від кримінальної відповідальності в інститут звільнення від кримінального переслідування. Останній не потребує постановлення обвинувального вироку, яким особа визнавалася б винною у вчиненні злочину.

Крім послідовного впровадження кримінально-процесуального інституту звільнення від кримінального переслідування, можливий й інший варіант, коли особа визнається винуватою у вчиненні злочину в обвинувальному вирокі з відстрочкою призначення покарання, як це має місце за КК ФРН, КК Франції.

Це загальна схема можливого розв'язання проблеми повної узгодженості інституту кримінальної відповідальності з конституційним принципом презумпції невинуватості. У разі її схвалення має бути вирішена низка конкретних питань щодо змін у КПК, КК, Законі «Про застосування амністії в Україні» від 1 жовтня 1996 року тощо.

1) Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / Упоряд. Ю.К. Качуренко. — К.: Юрінформ, 1992. — С. 20.

2) Див.: Закони України. Міжнародні договори України. — Том 14. — К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1998. — С. 717.

3) Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 1999. — № 1. — С. 29.

4) Конституція України. — К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1996. — С. 67.

- 5) Конституції нових держав Європи та Азії / Упоряд. С. Головатий. — К.: Укр. Правн. Фундація. Вид-во «Право», 1996. — С. 416.
- 6) Там само. — С. 93.
- 7) Там само. — С. 6.
- 8) Конституционное (государственное) право зарубежных стран : Учебник. — В 4-х томах. — Т. 3. — М.: Изд-во БЕК, 1997. — С. 691.
- 9) Французская Республика. Конституция и законодательные акты. — М.: Прогресс, 1989. — С. 28.
- 10) Уголовный кодекс Республики Беларусь. — Минск.: Национальный центр правовой информации Республики Беларусь, 2001. — С. 8.
- 11) Конституции государств Европы. — В 3 т. — Т. 1. — М.: Изд-во НОРМА, 2001. — С. 580.
- 12) Рабінович П.М. Верховенство права / Юридична енциклопедія. — Т. 1. А—Г. — К.: Укр. енциклопедія, 1998. — С. 342.
- 13) Конституція України: Науково-практичний коментар. — Харків—Київ: Право, Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 43, 45—46.
- 14) Уголовный кодекс Российской Федерации. — М.: Юркнига, 2004. — С. 15.
- 15) Уголовный кодекс Грузии. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. — С. 109.
- 16) Див.: Правовые акты Эстонии. — 2001. — № 40. — Ст. 364.
- 17) Уголовный кодекс Польши. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. — 234 с.
- 18) Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. — 524 с.
- 19) Про розмаїтість підходів див.: Шапченко С.Д. Кримінальна відповідальність та її підстави / Кримінальне право України. Загальна частина : Підручник / За ред. П.С. Матишевського, П.П. Андрушка, С.Д. Шапченка. — К.: Юрінком Інтер, 1997. — С. 74—75; Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності: Монографія. — К.: Атіка, 2004. — С. 17—22.
- 20) Кримінальне право України. Загальна частина : Підручник / За ред. П.С. Матишевського, П.П. Андрушка, С.Д. Шапченка. — К.: Юрінком Інтер, 1997. — С. 77.
- 21) Кримінальне право України. Загальна частина : Підручник / За ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. — Київ—Харків: Юрінком Інтер — Право, 2002. — С. 27.
- 22) Вісник Конституційного Суду України. — 1999. — № 5. — С. 13.
- 23) Див.: Україна в міжнародно-правових відносинах. Книга перша. Боротьба із злочинністю та взаємна правова допомога. — К.: Юрінком, 1996. — С. 1095—1115.
- 24) Уголовный кодекс Азербайджанской республики. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. — С. 36.
- 25) Уголовный кодекс Литовской Республики. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. — С. 18.
- 26) Уголовный кодекс Республики Молдова. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. — 408 с.
- 27) Конституції нових держав Європи та Азії / Упоряд. С. Головатий. — К.: Укр. Правн. Фундація. Вид-во «Право», 1996. — С. 55.
- 28) Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. — 3-тє вид., переробл. та доповн. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. — К.: Атіка, 2003. — С. 15.
- 29) Голос України. — 2004. — 3 серпня.
- 30) Див.: Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования. — М.: Наука, 1987. — С. 190.
- 31) Уголовный кодекс Швейцарии. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. — 350 с.
- 32) Уголовный кодекс Австрии. — М: ИКД «Зерцало», 2001. — 144 с.
- 33) Головки А.В. Освобождение от уголовной ответственности и освобождение от уголовного преследования: соотношение понятий // Гос. и право. — 2000. — № 6. — С. 49.
- 34) Шапченко С.Д. Принцип верховенства права і Кримінальний кодекс України 2001 року: деякі теоретичні, законодавчі та правозастосовчі проблеми // Законодавство України: Науково-практичні коментарі. — 2002. — № 5. — С. 87—88.
- 35) Баулін Ю.В. Ibid. — С. 55.
- 36) Головки А.В. Ibid. — С. 50.
- 37) Головки А.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. — С. 343—345.

**СТАТТЯ 103, АБЗАЦИ 2 ТА 3
ОСНОВНОГО ЗАКОНУ
В СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ
ФЕДЕРАЛЬНОГО КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ**

К. Грассхоф,
суддя Федерального Конституційного Суду Німеччини
у відставці

Кримінально-правові заходи проти злочинця досить жорстко втручаються в його права і свободи. Вони також відрізняються від важливих втручань в основні права: проголошують проти злочинця вирок, оскільки у зв'язку з протиправною, винною дією він вчиняв неправильно з соціально-етичної точки зору, і призначають у зв'язку з цим покарання. Покарання в першу чергу має слугувати компенсації вини і карати за скоєне правопорушення. Це справляння покарання у зв'язку з винною протиправною поведінкою означає покарання і обтяжує особу, проти якої винесено вирок, у дуже специфічному вигляді. Виникає підстава твердити, що Конституція статтею 103, абзацами 2, 3 ОЗ досить жорстко для галузі кримінального права посилила загальнодіючі гарантії правової держави¹.

Звернемося до статті 103, абзацу 2 ОЗ. Відповідно до нього Федеральний Конституційний Суд постійно у своїй судовій практиці тлумачить чотири тісно пов'язані між собою гарантії:

- принцип законності,
- вимогу визначеності,
- заборону аналогії,
- заборону зворотної дії.

Основою цих гарантій є *принцип демократії і зміст людської гідності основних прав*. Тяжке звинувачення у протиправній поведінці та покарання за це державою винна особа повинна приймати тільки в тому випадку, якщо законодавець, тобто безпосередньо демократично легітимний парламент, визначив передумови протиправності та покарання. Гідність людини допускає покладення на неї покарання за визначене державою правопорушення тільки в тому випадку, якщо вона з самого початку може знати, яка дія або бездіяльність переслідуватимуться як кримінальна дія, і таким чином вона на власну відповідальність може визначити свою поведінку². Ці міркування визначають для галузі кримінального права *жорстке застереження законом*, яке має своїм наслідком наведені вище чотири гарантії і забороняє виконавчій владі, а також, особливо, кримінальним судам визначити передумови покарання³. Тільки законодавець повинен абстрактно приймати рішення про передумови покарання. Ці передумови він має встановлювати настільки чітко, щоб визначити широту та галузь застосування відповідних ознак складу злочину або, зрештою, через тлумачення їх можна було б дослідити⁴. Отже, кожна особа має можливість на основі законодавчого регулювання передбачити, яка поведінка є забороненою⁵. Тому, перш

¹ Див. Рішення ФКС 109, 133 <177, 175>.

² Див. Рішення ФКС 25, 269 <285>.

³ Див., наприклад, Рішення ФКС 47, 109 <120>; 75, 329 <341>.

⁴ Див., наприклад, Рішення ФКС 41, 314 <319>; 47, 109 <120>; 55, 144 <152>; 75, 329 <341>.

⁵ Див., наприклад, Рішення ФКС 64, 396 <393 та наступні>.

за все, для кожного має бути зрозумілим текст законодавчо визначеного складу злочину. Відповідно до усталеної судової практики, з точки зору громадянина, оцінюваний ним зміст визначає граничну межу допустимого суддівського тлумачення.

Цьому не суперечить те, що за законодавцем закріплюється¹ можливість опису передумов покарання також і за допомогою загальних понять. Якщо він буде змушений визначати ознаки до дрібниць, то це небезпечно, оскільки закони будуть дуже заскорузленими і більше не відповідатимуть багатоманітності життя. У зв'язку з вимушеною загальністю та абстрактністю кримінальних норм є незапобіжним те, що у граничних випадках може бути сумнівним, чи поведінка вже або ще підпадає під передбачені законом фактичні обставини. Але у таких граничних випадках для підкореної праву особи повинно щонайменше бути помітним, чи вона за певної поведінки піддає себе ризику бути покараною.

Щодо вимог та наслідків жорсткого застереження законом хочу навести приклад із судової практики Федерального Конституційного суду².

Ознаки злочину забороненої пропаганди насильства³ карають і того, хто публікує зображення, які показують жахливі сцени насильства щодо *людини*. У справі, яку мав вирішувати німецький кримінальний суд, йшлося про фільм, у якому були показані так звані *зомбі*, тобто близькі до людини створіння, які в досить жахливий спосіб застосовували один щодо одного насилля та торттури. У зв'язку з тим, що показ жахливого насилля, якщо воно застосовується щодо *людини*, підпадає під покарання, до уваги не було взято те, що під цим треба розуміти також і застосування насилля між близькими до людини істотами. Федеральний Конституційний Суд зазначив, що фактичну ознаку *людина* треба безпомилково розуміти як біологічне поняття людини. Якщо законодавець хотів би покарати і представлене у фільмі насилля між близькими до людини істотами, щоб перешкодити обходу заборони, то він мав би визначити це в тексті норми.

Наведений мною приклад містить ще цікавіший варіант обставин справи, який чітко показує, що межу між дозволеним розумінням слова і забороненим аналогічним застосуванням не завжди легко провести. У наведеному фільмі було показано, як п'ять людей відвідують дачний будинок у лісі і перетворюються після використання чаклунської формули в зомбі, які потім борються між собою в жахливий спосіб. Федеральний Конституційний Суд вважає за можливе, що кримінальний суддя в такому випадку може розглядати зомбі також як людей в розумінні ознак кримінального злочину, оскільки представлені істоти спочатку були людьми.

Застереження закону і, особливо, вимога визначеності мають значення не тільки для передбачених законом *обставин справи*, які *обґрунтовують можливість покарання*, а й для *виду покарання*, яке призначатиметься, та *меж покарання*. Нове рішення Федерального Конституційного Суду від 2002 року⁴ визначає його позицію. У ньому йшлося про введення нового покарання — майнового. Суд поставив вимогу — адресат має передбачати розмір очікуваного покарання. Він повинен оцінювати свою поведінку, власну відповідальність щодо того, як оцінюватиметься провина за протиправну дію, зокрема, її тяжкість. Оцінку та розслідування порушення проти складу злочину парламентський законодавець має достатньо зважити і визначити⁵.

¹ Див., наприклад, Рішення ФКС 45, 363 <371>.

² Див. Рішення ФКС 87, 209.

³ Див. § 131 КК.

⁴ Див. Рішення ФКС 105, 135.

⁵ Так у Рішення ФКС 25, 269 <285>; 32, 346 <362 та наступна>.

Отже, існують певні напружені відносини з конституційним принципом вини. Він вимагає, щоб у кожному конкретному випадку визначене покарання перебувало у справедливому співвідношенні з тяжкістю дії та мірою вини злочинця¹. Але у зв'язку з тим, що злочини, як правило, є різними за рівнем вини і тяжкістю правопорушення, у судді завжди має бути можливість пристосовувати визначене ним покарання до цих відмінностей. Занадто жорсткою законодавчою загрозою покарання суддя не може бути примушений визначати покарання, яке відповідно до його переконань не відповідає вини злочинця². Тому законодавець у галузі кримінального права під час законодавчого визначення загрози покарання повинен забезпечити прийнятну з конституційно-правової точки зору рівновагу між обома конституційними принципами вимоги. Для вибору та визначення розміру покарання він повинен представити тільки конституційно-правовий мінімум законодавчо встановленого визначення. Цей мінімум Федеральний Конституційний Суд описує у вже згаданому раніше рішенні таким чином: суддя у кримінальних справах та відповідно звинувачуваний громадянин мають бути настільки чітко зорієнтованими на законодавчо закріплену загрозу покарання, що винному стає зрозумілою оцінка законодавцем зазначеного злочину.

Ці вимоги суду, які вимушено мають досить абстрактну форму, викликають при їх застосуванні труднощі. Про це вже свідчить рішення Федерального Конституційного Суду щодо майнового покарання. П'ять суддів сенату — а отже, більшість — обґрунтовано засвідчують, що конституційно-правовий мінімум щодо законодавчо визначеного на майбутнє відсутній у новому покаранні. Три інші судді в їх окремих думках також досить обґрунтовано зазначають, що кримінально-правове загальне регулювання надає достатньо підстав для того, щоб визначити, в яких випадках суддя повинен виносити майнове покарання і в якому розмірі.

Наведемо аналіз гарантованої в статті 103, абзаци 2 ОЗ заборони зворотної дії. Вона захищає злочинця від того, що держава за скоєне у минулому по-новому погрожує покаранням або посилює вже існуючу загрозу покарання³, або по-іншому оцінює неправомірну дію. Громадянин, який свою поведінку орієнтує відповідно до чинних законів, не може бути поставлений за межамі права⁴. Особливістю цієї заборони зворотної дії є те, що вона діє в абсолютній формі і тому повинна застосовуватись жорстко і формалізовано⁵. Витлумачена з принципу правової держави заборона зворотної дії має тільки принципову чинність і може бути обмежена тільки з урахуванням інших конституційних цінностей.

Кримінально-правова заборона зворотної дії відіграла в Німеччині після об'єднання велику роль. За часів НДР, скоєні на її території, але ще не розглянуті, кримінальні злочини переслідувались після об'єднання з Федеративною Республікою. Але для їх оцінки повинно було діяти кримінальне право колишньої НДР⁶. Тільки якщо на час винесення вироку чинне право Федеративної Республіки більш м'яке, воно повинно застосовуватись.

В особливій ситуації така жорстка дія заборони зворотної дії призводила до конфлікту з незапобіжними, елементарними вимогами справедливості. Це були випадки, коли біженці, використовуючи стрілкову зброю, не могли

¹ Устаєна судова практика ФКС, див., наприклад, Рішення ФКС 20, 323 <331>; 45, 187 <260>; 54, 100 <108>.

² Див. Рішення ФКС 54, 100 <109>.

³ Див. Рішення ФКС 25, 269 <288>; 46, 188 <193>; 81, 132 <135>; 90 <151>.

⁴ Див. Рішення ФКС 109, 133 <172>.

⁵ Див. Рішення ФКС 30, 367 <385>; 95, 96, <131>.

⁶ Стаття 315 Закону про введення в дію КК у поєднанні з § 2 КК.

подолати стіну або покинути НДР через інші прикордонні перешкоди. Якщо стосовно цих злочинів було б чинним тільки право НДР, то треба було б враховувати, що НДР виправдала з правової точки зору наказане нею «знищення» біженців. Але суди у кримінальних справах, які займались провадженнями (аж до Федерального верховного суду), виносили вироки і не визнавали діючі в НДР на час злочину підстави для такого виправдання.

Федеральний Конституційний Суд¹, а пізніше і Європейський суд з прав людини підтвердили таку позицію. Федеральний Конституційний Суд розглядає ці підстави для виправдання як тяжке порушення права, яке перебуває в неприйнятній суперечності із справедливістю і порушує існуюче у всіх народів правове переконання щодо дії прав людини, які стосуються її цінності і гідності. У такому випадку справедливість має переважати над формальною правовою безпекою жорсткої заборони зворотної дії. За допомогою такого обґрунтування Федеральний Конституційний Суд конкретизує формулу Радбруха, яку німецький вчений у галузі права розробив у 1946 році у зв'язку з перемогою над націонал-соціалізмом.

Жорстка дія зворотної заборони обмежується розпорядженнями в кримінальному провадженні, які слугують спокутуванню винної протиправної поведінки. Існують кримінально-правові рішення, які мають іншу функцію. Наприклад, це стосується регулювання строків давності скоєння злочину. *Строк давності*, який діяв на час скоєння підпадаючої під покарання дії, може потім бути подовжений². Заборона зворотної дії не діє також і в тому випадку, якщо проти злочинця для його *виправлення* приймається розпорядження про *превентивні заходи*, які не мають ніякого карального характеру.

Гарантії статті 103 абзацу 3 ОЗ забезпечують злочинцю правову безпеку. Якщо щодо нього винесено вирок або він буде виправданий, то у цьому випадку він більше не може знову бути підданий кримінальному провадженню. Повернення до провадження можливе тільки у тому разі, якщо пізніше виникнуть обтяжуючі обставини, які не могли бути відомі суду в першому провадженні. Вирішальним для широти цього принципу є процесуальне поняття «*та сама дія*»; тільки вона перешкоджає новому провадженню.

¹ Див. Рішення ФКС 95, 96.

² Див. Рішення ФКС 25, 269 <287>.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ І КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО УКРАЇНИ

В. Тихий,

суддя Конституційного Суду України у відставці,
академік АПрН України,
доктор юридичних наук, професор

Кримінальне і конституційне право є елементами системи права, різновидами публічного права, його галузями. Вони перебувають у нерозривному взаємозв'язку одне з одним і найбільше, порівняно з іншими галузями права, взаємодіють між собою.

Кримінальне право як галузь права — це система правових (юридичних) норм, що визначають, які суспільно небезпечні діяння (дії або бездіяльність) визнаються державою злочинами та які покарання можуть бути застосовані до осіб, що їх вчинили.

Конституційне право як галузь права — це система правових (юридичних) норм, які регулюють найбільш важливі суспільні відносини з організації суспільства, закріплюють основи конституційного ладу, права і свободи людини і громадянина, форми демократії, територіальний устрій держави, систему органів державної влади та місцевого самоврядування.

Кримінальне право за своєю природою виконує охоронну (захисну) функцію. Воно охороняє найбільш важливі суспільні відносини від найбільш небезпечних правопорушень — злочинів¹. Кримінальним правом караються найбільш небезпечні порушення, насамперед, конституційного права. Воно здійснює насильницький бік права, є його молотом і мечем.

Кримінальне право базується на положеннях конституційного, яке є становим хребтом усієї системи права, прагалуззю права. Юридичною першоосновою кримінального права є Конституція України. Тому багато статей Конституції України мають приписи, які прямо належать до законів про кримінальну відповідальність. Низка норм кримінального права безпосередньо закріплена в Конституції України, а інші впливають з неї.

Згідно з положеннями Конституції України про те, що вона має найвищу юридичну силу, що закони та інші нормативні акти приймаються тільки на її основі й повинні відповідати їй (частина друга статті 8), а також, що діяння, які є злочинами, та відповідальність за них визначаються виключно законами України (пункт 22 частини першої статті 92), в Україні проведена реформа кримінального права і 5 квітня 2001 року Верховною Радою України прийнятий новий, сучасний, повністю кодифікований Кримінальний кодекс України (набрав чинності з 1 вересня 2001 року)².

Кримінальний кодекс України (далі — КК) був підготовлений робочою групою Кабінету Міністрів України на чолі з відомими вченими — ректором На-

¹ Докладніше про поняття злочину див.: *Панов М.І., Тихий В.П.* Поняття злочину // Вісник Конституційного Суду України. — 2004. — № 1. — С. 88—95. *Тихий В.П.* Коментар до статей 11, 12 Кримінального кодексу України / Законодавство України. Науково-практичний коментар. — 2004. — № 3. — С. 21—29). *Тихий В.П.* Закінчений та незакінчений злочин. Кримінальна відповідальність за незакінчений злочин // Вісник Конституційного Суду України. — 2004. — № 2. — С. 104—109.

² Докладніше про це див.: *Тацій В.Я., Сташис В.В.* Новий Кримінальний кодекс України // Урядовий кур'єр. — 16.06.2002 р. — № 106 (20—33).

ціональної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, Президентом Академії правових наук України, професором, академіком Національної Академії наук України В. Тацієм та першим проректором Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, професором, академіком права, фундатором школи українських криміналістів В. Сташисом.

Кримінальний кодекс України ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права (частина перша статті 3 КК). Він чітко додержує конституційні вимоги щодо демократичної, соціальної, правової держави (стаття 1), визнання людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки¹ найвищою соціальною цінністю (стаття 3), конституційний принцип верховенства права (частина перша статті 8) з усіма впливаючими з цього положеннями, притаманними кримінальному праву цивілізованих країн, зокрема, щодо законності, рівності громадян перед кримінальним законом, справедливості, гуманності кримінального закону та покарання, індивідуалізації кримінальної відповідальності і покарання тощо.

Кримінальний кодекс України виходить з його підлеглості Конституції. Він закріпив загальноприйнятий традиційний демократичний правовий принцип «Nullum crimen, nulla poena sine lege» — «немає злочину, немає покарання без вказівки на це в законі». З цього принципу випливає, що визначення всіх ознак злочину повинно даватися в законі і він не може застосовуватися за аналогією, тобто коли до діяння, кримінальна караність якого не передбачена, застосовується норма КК за подібні діяння. Застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено (частина четверта статті 3 КК).

Законодавство про кримінальну відповідальність становить кримінальний кодекс України (частина перша статті 3 КК). Він визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили (частина друга статті 1 КК). Підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК (частина перша статті 2 КК)². Закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набрання чинності цим Кодексом, включаються до нього після набрання ними чинності (частина друга статті 3 КК). Злочинність діяння, а також караність та інші кримінально-правові наслідки, визначаються тільки цим Кодексом (частина третя статті 3 КК). Злочином є передбачене Кримінальним кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину (частина перша статті 11 КК).

Відсутність в Особливій частині КК норми, що встановлює кримінальну відповідальність за те чи інше діяння, виключає можливість визнання його злочином, навіть якщо таке діяння становить суспільну небезпечність.

Кримінальний кодекс криміналізує, тобто визнає злочинним і караним, тільки певну поведінку — діяння (дії або бездіяльність). Морально-психологічні якості людини, стан її свідомості, думки, погляди, переконання, якими негативними вони не були б, не можуть розглядатися як злочинне діяння і, отже, не можуть тягти за собою кримінальну відповідальність. Це ще не діяння. «Cogitationes poenam nemo patitur» (ніхто не підлягає покаранню за думки) — думки не караються. Тому їх формування, прояв, виявлення умислу на вчинення злочину не можуть визнаватися злочином. Для на-

¹ Докладніше див.: Тихий В.П., Панов М.І. Право людини на безпеку (конституційно-правові аспекти) // Вісник Конституційного Суду України. — 2000. — № 6. — С. 51—61.

² Докладніше про підставу кримінальної відповідальності див.: Тихий В.П. Підстава кримінальної відповідальності // Вісник Конституційного Суду України. — 2002. — № 3. — С. 50—52.

стання кримінальної відповідальності недостатньо встановлення злочинного наміру, необхідно ще й вчинення злочинного діяння.

Відповідно до статті 34 Конституції України кожному гарантується право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань.

«Лише остільки, оскільки я проявляю себе, — писав молодий демократ К. Маркс, — я вступаю до сфери, підвладної законодавцю. Крім своїх вчинків, я зовсім не існую для закону, зовсім не є його об'єктом»¹.

Від виявлення умислу слід відрізняти такі самостійні злочини, як погроза вбивством (стаття 129 КК), погроза знищення майна (стаття 195 КК), погроза вчинити викрадення або використати радіоактивні матеріали (стаття 266 КК), погроза щодо: працівника правоохоронного органу (частина перша статті 345 КК), державного чи громадського діяча (частина перша статті 346 КК), захисника чи представника особи (частина перша статті 398 КК), службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок (частина перша статті 350 КК), судді, народного засідателя чи присяжного (частина перша статті 377 КК), начальника (частина перша статті 405 КК), та погроза вчинення нападу на службові або житлові приміщення осіб, які мають міжнародний захист, а також погроза викрадення або позбавлення волі цих осіб з метою впливу на характер їхньої діяльності або на діяльність держав чи організацій, які вони представляють, або з метою провокації війни чи міжнародних ускладнень (частина друга статті 444 КК). У цих випадках карається не сам умисел, а суспільно небезпечне діяння (погроза), навіть якщо у того, хто погрожує, і не було наміру в подальшому реалізувати погрозу, оскільки тут спричиняється безпосередня шкода безпеці життя, здоров'ю, громадській безпеці, безпеці осіб, зазначених у законі, тощо.

Тільки суспільно небезпечні діяння забороняються і можуть бути заборонені кримінальним законом під загрозою покарання, тільки вони можуть розглядатися як стадії злочину (частина перша статті 11 КК)².

Суспільна небезпечність як обов'язкова матеріальна (змістова) ознака злочину згідно з частиною другою статті 11 КК означає, що діяння (дія або бездіяльність) заподіює істотну шкоду фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі, тобто об'єктам кримінально-правової охорони, або створює реальну можливість (загрозу) заподіяння такої шкоди. Ця ознака є об'єктивною соціальною властивістю злочину, розкриває його соціальну природу (суть), дає матеріальне його визначення — відповідає на запитання, чому саме такі форми (види) поведінки людини забороняє законодавець під загрозою застосування такого державного примусу, як покарання.

Діяння (дія чи бездіяльність), яке не спричиняє істотної шкоди об'єкту кримінально-правової охорони і не створює загрози заподіяння такої шкоди, не може розглядатися як злочин, тому що воно позбавлено такої властивості, як суспільна небезпечність.

Не є злочином дія або бездіяльність, які, хоча формально і містять ознаки будь-якого діяння, передбаченого КК, але через малозначущість не становлять суспільної небезпеки, тобто не заподіяли і не могли заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі (частина друга статті 11 КК).

Але частина друга статті 11 КК не може застосовуватись щодо діянь, які переслідуються в порядку приватного звинувачення (стаття 27 КПК). Її застосування не відповідає меті закону карати такі діяння, якими незначними вони не здавалися б правозастосовному органу.

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. — Т. 1. — С. 14.

² Докладніше про це див.: Тихий В.П. Стадії вчинення злочину. — Харків, 1996.

Кримінальний кодекс України декриміналізував — тобто виключив із КК — відповідальність за такі діяння, які не становили суспільної небезпечності, притаманної злочину, або втратили її. Так, за новим КК готування до злочину невеликої тяжкості, тобто підшукування або пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників або змова на вчинення такого злочину, або інше умисне створення умов для його вчинення, не тягне за собою кримінальної відповідальності (частина друга статті 14)¹.

На підставі та у розвиток положень статті 58 Конституції України про те, що закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи (частина перша); ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися правопорушеннями (частина друга), КК передбачив, що злочинність і караність діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, який діяв на час вчинення цього діяння (частина друга статті 4 КК). Закон про кримінальну відповідальність, який скасовує злочинність діяння або пом'якшує кримінальну відповідальність, має зворотню дію у часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі й на осіб, які відбувають або відбули покарання, але мають судимість. Закон про кримінальну відповідальність, що встановлює злочинність діяння або посилює кримінальну відповідальність, не має зворотної дії в часі. Закон про кримінальну відповідальність, який частково пом'якшує відповідальність, а частково її посилює, має зворотню дію в часі лише у тій частині, яка пом'якшує відповідальність (стаття 5 КК). Особа, засуджена за діяння, караність якого законом усунена, підлягає негайному звільненню від призначеного судом покарання. Призначена засудженому міра покарання, що перевищує санкцію нового закону, знижується до максимальної межі покарання, встановленої санкцією нового закону (частини друга, третя статті 74 КК). Особи, засуджені за вироком суду без призначення покарання або звільнені від покарання чи такі, що відбули покарання за діяння, злочинність і караність якого усунута законом, визнаються такими, що не мають судимості (частина третя статті 88 КК).

Таким чином, до КК введено новелу: в усіх випадках до особи застосовується та норма, яка більш сприятлива для неї.

При розробці і прийнятті КК були враховані рішення Конституційного Суду України з цього питання. Так, у Рішенні Конституційного Суду України від 19 квітня 2000 року у справі про зворотню дію кримінального закону в часі роз'яснено, що положення статті 58 Конституції України з урахуванням вимог пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України треба розуміти так, що винятково законами України визначаються діяння, які є злочинами, та встановлюється кримінальна відповідальність за їх вчинення. Такі закони мають зворотню дію в часі у випадках, коли вони пом'якшують або скасовують кримінальну відповідальність особи. Положення частини другої статті 6 Кримінального кодексу України треба розуміти так, що зворотню дію в часі мають тільки закони, які скасовують або пом'якшують кримінальну відповідальність особи².

У справі щодо несумісності депутатського мандата від 13 травня 1997 року Конституційний Суд України виходив з того, що стаття 58 Конституції України 1996 року закріплює один з найважливіших загальноправових принципів сучасного права — закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі. Закріплення названого принципу на конституційному

¹ Докладніше про це див.: *Тихий В.П.* Готування до злочину // Вісник Конституційного Суду України. — 2004. — № 3. — С. 70—72.

² Вісник Конституційного Суду України. — 2000. — № 2. — С. 34.

рівні є гарантією стабільності суспільних відносин, у тому числі відносин між державою і громадянами, породжуючи у громадян впевненість у тому, що їхнє становище не буде погіршено прийняттям нового закону чи іншого нормативно-правового акта. Принцип незворотності дії в часі поширюється також на Конституцію, яка є Основним Законом держави (преамбула Конституції України). Виняток з цього принципу допускається лише у випадках, коли закони та інші нормативно-правові акти пом'якшують або скасовують відповідальність особи (частина перша статті 58 Конституції України)¹.

Рішенням у справі про податки від 5 квітня 2001 року Конституційний Суд України роз'яснив, що Конституція України закріпила принцип незворотності дії в часі законів та інших нормативно-правових актів (частина перша статті 58). Це означає, що дія закону та іншого нормативно-правового акта не може поширюватися на правовідносини, які виникли і закінчилися до набрання чинності цим законом або іншим нормативно-правовим актом. Закріплення принципу незворотності дії в часі законів та інших нормативно-правових актів є гарантією безпеки людини і громадянина, довіри до держави. Винятки з цього конституційного принципу, тобто надання закону або іншому нормативно-правовому акту зворотної сили, передбачено частиною першою статті 58 Конституції України, а саме: закони або інші нормативно-правові акти мають зворотню дію в часі, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи².

На основі положень Конституції України про те, що юридична відповідальність особи має індивідуальний характер (частина перша статті 61) та що особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду (стаття 62), КК закріплює принцип особистої відповідальності (тільки особа, яка вчинила злочин, може нести за нього кримінальну відповідальність і підлягати покаранню) (частина перша статті 11, 14—22 тощо) та принцип відповідальності особи лише за наявності її вини (частина перша статті 11, статті 23—25).

На підставі принципу вини особа карається тільки в тому випадку і постільки, коли і оскільки її діяння можна поставити їй у вину.

У зв'язку з цим виключається об'єктивне поставлення у вину, зокрема, кримінальна відповідальність за казус (лат. casus — випадок), тобто спричинення суспільно небезпечних наслідків без вини. Тут немає ні умислу, ні необережності, адже особа не передбачає можливості настання суспільно небезпечних наслідків своєї дії або бездіяльності і за обставинами справи не могла їх передбачити. Казус межує із злочинною недбалістю, адже при казусі, як і при злочинній недбалості, особа не передбачає можливості настання суспільно небезпечних наслідків своєї дії або бездіяльності. Але якщо при злочинній недбалості особа мала і могла їх передбачити, при казусі вона не могла передбачити їх настання. А якщо не могла, то, отже, і не повинна була їх передбачити. Законодавець покладає обов'язок передбачення суспільно небезпечних наслідків тільки на тих, хто може їх передбачити. При вирішенні цього питання необхідно ретельно з'ясувати всі конкретні обставини справи. Неможливість передбачення суспільно небезпечних наслідків може бути викликана як суб'єктивними особливостями особи (відсутність необхідних знань, навичок, досвіду, захворювання тощо), так і обумовлена тією конкретною обстановкою, в якій було вчинене дане діяння (незвичайна, гостра ситуація, втручання випадкової події, протиправні дії інших осіб тощо).

¹ Вісник Конституційного Суду України. — 1997. — № 2. — С. 9.

² Вісник Конституційного Суду України. — 2001. — № 2. — С. 21.

Частина третя статті 22 КК передбачає, що ніхто не може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за той самий злочин більше одного разу. Це положення конкретизує частину першу статті 61 Конституції України, відповідно до якої ніхто не може бути двічі притягнутий до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення.

Відповідно до частини другої статті 25 Конституції України, яка закріплює принцип заборони вигнання громадян України за межі України і заборони видачі громадян України іншій державі, в частині першій статті 10 КК передбачено, що громадяни України та особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, які вчинили злочини поза межами України, не можуть бути видані іноземній державі для притягнення до кримінальної відповідальності та віддання до суду.

Конституційний Суд України у Рішенні у справі про Римський Статут Міжнародного кримінального суду роз'яснив, що «заборона видачі (екстрадиції) громадян України іншій державі стосується лише національної, а не міжнародної юрисдикції. Вона має на меті гарантувати неупередженість судового розгляду та справедливості і законності покарань для своїх громадян.

Міжнародний кримінальний суд не може прирівнюватися до іноземного суду, оскільки створюється, як уже зазначалося, за участю та згодою держав-учасниць на основі міжнародного, а не національного права. Мета, якою пояснюється заборона видачі громадян однієї держави іншій, досягається у Міжнародному кримінальному суді шляхом застосування відповідних положень Статуту, розроблених (або схвалених) державами-учасницями. Ці положення базуються на міжнародних пактах про права людини, згода на обов'язковість яких для України вже надана»¹.

Закріплене в статті 36 КК право кожного на необхідну оборону є важливою гарантією реалізації конституційних положень про те, що кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань (частина третя статті 27 Конституції України); кожен має право будь-якими не забороненими засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (частина п'ята статті 55 Конституції України).

У статті 41 КК зазначено, що не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка відмовилася виконувати явно злочинний наказ або розпорядження (частина третя). Особа, яка виконала явно злочинний наказ або розпорядження, за діяння, вчинені з метою виконання такого наказу або розпорядження, підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах (частина четверта). Ці положення відтворюють і конкретизують статтю 60 Конституції України, в якій передбачено, що ніхто не зобов'язаний виконувати явно злочинні розпорядження чи накази. За віддання і виконання явно злочинного розпорядження чи наказу настає юридична відповідальність.

Основою визначення в КК поняття покарання та його мети (стаття 50 КК) є положення статті 28 Конституції України про те, що кожен має право на повагу до його гідності. Ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню. Жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідкам.

У зв'язку з рішеннями Конституційного Суду України про визнання положень КК, які передбачають смертну кару як вид покарання такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними)², смертна кара замінена довічним позбавленням волі (пункт 12 статті 51, стаття 64 КК).

¹ Вісник Конституційного Суду України. — 2001. — № 4. — С. 35—44.

² Вісник Конституційного Суду України. — 2000. — № 1. — С. 16—21.

Аналіз Конституції України і КК свідчить, що кримінальне право є «негативним» відображенням Конституції України. Саме з кримінального права вийшло багато конституційних норм і, зокрема, щодо прав і свобод людини. Деякі положення кримінального права закріплені в Конституції України і, отже, отримали статус положень конституційного права.

Кримінальне право, базуючись на Конституції України, забезпечує реалізацію конституційного права принаймні у п'яти напрямках. По-перше, воно бореться з його порушеннями, захищає конституційні цінності від злочинних посягань.

На основі Конституції України у частині першій статті 1 КК зазначено: «Кримінальний кодекс України має своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам».

Засоби вирішення вказаного завдання встановлені в частині другій статті 1 КК: «Для здійснення цього завдання Кримінальний кодекс України визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили».

На відміну від КК 1960 року, на першому місці серед завдань нового КК передбачено правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина (частина перша статті 1).

Безпосередньому захисту людини і громадянина, їх конституційних прав і свобод від злочинних посягань присвячені не тільки норми Загальної частини КК, а й низка розділів Особливої частини КК. Це розділи: II — Злочини проти життя та здоров'я особи; III — Злочини проти волі, честі та гідності особи; IV — Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи; V — Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина.

Конституційні права і свободи людини і громадянина охороняються також нормами інших (практично всіх) розділів Особливої частини КК. Це норми розділів: VI — Злочини проти власності; VII — Злочини у сфері господарської діяльності; VIII — Злочини проти довкілля; IX — Злочини проти громадської безпеки; X — Злочини проти безпеки виробництва; XI — Злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту; XII — Злочини проти громадського порядку та моральності, XIII — Злочини проти здоров'я населення тощо.

Справа в тому, що всі цінності суспільства так чи інакше пов'язані з найвищою соціальною цінністю — людиною.

По-друге, кримінальне право слугує запобігання (профілактиці) злочинів, недопущенню злочинних порушень Конституції та законів України.

По-третє, норми Конституції України є нормами прямої дії (частина третя статті 8 Конституції України) і застосовуються при вирішенні і кримінальних справ. У разі коли зі змісту Конституції України не випливає необхідність додаткової регламентації її положень законом, а закон суперечить Конституції України, безпосередньо застосовується Конституція України.

По-четверте, норми КК повинні не тільки прийматися, а й застосовуватися відповідно до Конституції України. У разі невизначеності в питанні, чи відповідає Конституції України застосований закон або закон, який підлягає застосуванню в конкретній справі, суд за клопотаннями учасників процесу або за власною ініціативою зупиняє розгляд справи і звертається з мотивованою ухвалою (постановою) до Верховного Суду України, який відповідно до статті 150 Конституції України може порушити перед Конститу-

ційним Судом України питання про відповідність Конституції України законів. Так, на підставі ухвал судів Пленум Верховного Суду України звернувся до Конституційного Суду України щодо неконституційності статті 69 КК України.

У випадках відкриття Конституційним Судом України провадження щодо невідповідності Конституції України (неконституційності) тих чи інших положень КК деякі суди також зупиняють розгляд справ, якщо ці положення закону застосовані чи підлягають застосуванню у цих справах. Так, у зв'язку з відкриттям конституційного провадження у справі за конституційним зверненням громадянина Г. про офіційне тлумачення частини другої статті 164 КК України 1960 року апеляційним судом був зупинений розгляд справи по його звинуваченню в службовому злочині до винесення рішення Конституційним Судом України¹.

По-п'яте, норми кримінального права з їх точними та вичерпними ознаками складів злочинів, встановленими видами і межами покарань гарантують людей від необгрунтованого притягнення до кримінальної відповідальності. Норми КК чітко визначають обсяг влади держави (державного примусу) стосовно осіб, які вчинили злочини, а також суб'єктивного права цих осіб у процесі застосування державного примусу (покарання).

Особлива частина КК встановлює вичерпний (закритий) перелік суспільно небезпечних діянь (злочинів), які заборонені кримінальним законом під загрозою покарання. Тому КК є не тільки хартією звинувачених, а й взагалі гарантією прав і свобод.

Нарешті, у деяких випадках норми Конституції України потребують застосування норм кримінального права і навпаки. Так, відповідальність народного депутата України (частина третя статті 80, пункт 2 частини другої статті 81 Конституції України), який вчинив злочин, поєднує в собі конституційну (державно-правову) і кримінальну відповідальність, а кримінальна відповідальність судді (пункт 6 частини п'ятої статті 126 Конституції України) тягне за собою його конституційну (державно-правову) відповідальність — звільнення з посади органом, що його обрав або призначив.

Конституційний Суд України у Рішенні у справі про депутатську недоторканність від 27 жовтня 1999 року визначив, що кримінальна відповідальність настає з моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду. Притягнення до кримінальної відповідальності як стадія кримінального переслідування починається з моменту пред'явлення особі обвинувачення у вчиненні злочину. Згода Верховної Ради України на притягнення народного депутата України до кримінальної відповідальності має бути одержана до пред'явлення йому обвинувачення у вчиненні злочину відповідно до чинного Кримінально-процесуального кодексу України. Депутатська недоторканність поширюється на народного депутата України з моменту визнання його обраним за рішенням відповідної виборчої комісії і до моменту припинення його повноважень народного депутата України. У разі пред'явлення громадянину України обвинувачення у вчиненні злочину та/або його арешту до обрання народним депутатом України подальше провадження у кримінальній справі стосовно такого депутата може бути продовжено за наявності згоди Верховної Ради України на його притягнення до кримінальної відповідальності та/або перебування під вартою².

У Рішенні від 26 червня 2003 року № 12-рп/2003 у справі про гарантії депутатської недоторканності Конституційний Суд України роз'яснив, що положення частини першої статті 80 Конституції України, за яким народним депутатам України гарантується депутатська недоторканність, та від-

¹ Вісник Конституційного Суду України. — 2003. — № 5. — С. 14—18.

² Вісник Конституційного Суду України. — 1999. — № 5. — С. 13.

повідне положення частини першої статті 27 Закону України «Про статус народного депутата України» треба розуміти так, що депутатська недоторканність як елемент статусу народного депутата України є конституційною гарантією безперешкодного та ефективного здійснення народним депутатом України своїх повноважень і передбачає звільнення його від юридичної відповідальності у визначених Конституцією України випадках та особливий порядок притягнення народного депутата України до кримінальної відповідальності, його затримання, арешту, а також застосування інших заходів, пов'язаних з обмеженням його особистих прав і свобод.

Положення частини другої статті 27 Закону України «Про статус народного депутата України» стосовно затримання народного депутата України у контексті положень частини третьої статті 80 Конституції України треба розуміти так, що затримання чи арешт народного депутата України можливі за згодою Верховної Ради України незалежно від наявності її згоди на притягнення цього народного депутата України до кримінальної відповідальності¹.

Стосовно Президента України відповідно до статті 111 Конституції України і Рішення Конституційного Суду України у справі щодо недоторканності та імпичменту Президента України кримінальна відповідальність можлива лише після настання конституційної відповідальності. Згідно з цим Рішенням Президент України у період виконання президентських повноважень не несе кримінальної відповідальності, проти нього не може бути порушена кримінальна справа, а конституційна процедура розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту здійснюється без порушення проти нього кримінальної справи. При цьому Конституційний Суд України виходив з того, що інститут Президента України ґрунтується на сукупності норм, що містяться у розділі V Конституції України, згідно з якими Президент України визначений, зокрема, главою держави, виступає від її імені, є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина. З огляду на це Президент України потребує і належного рівня правового захисту. Такому захисту слугує насамперед припис частини першої статті 105 Основного Закону України про те, що Президент України користується правом недоторканності на час виконання повноважень. У цій статті передбачено також, що звання Президента України охороняється законом і зберігається довічно за особою, яка обіймала цей пост, а за посягання на честь і гідність Президента України винні особи притягаються до відповідальності на підставі закону. Встановлена Конституцією України процедура імпичменту є єдиним способом притягнення Президента України до конституційної відповідальності і за своєю правовою природою не аналогічна обвинуваченню особи відповідно до норм Кримінально-процесуального кодексу України. Тому немає підстав вважати досудовим слідством проведення розслідування тимчасовою слідчою комісією, яка створюється парламентом. У разі порушення кримінальної справи проти глави держави на нього поширювалася б юрисдикція уповноважених органів протягом усього періоду досудового слідства та розгляду справи в судах, що позбавило б його права недоторканності та можливості належним чином виконувати покладені на нього конституційні повноваження. Отже, імпичмент у системі конституційних інститутів за своєю правовою природою є позасудовим конституційним процесом, за змістом якого парламент у разі вчинення злочину Президентом України може достроково припинити його повноваження, усунувши з поста².

¹ Вісник Конституційного Суду України. — 2003. — № 3. — С. 21—22.

² Вісник Конституційного Суду України. — 2003. — № 6. — С. 6—7.

Терміни «кримінальне право» і «конституційне право» вживаються не тільки в значенні відповідних галузей права, а й як галузей юридичної науки.

Між науками кримінального і конституційного права також існують нерозривний взаємозв'язок і взаємодія.

Для кримінального права, як і для інших галузей права, важливе значення мають висновки та рекомендації науки конституційного права.

Наука кримінального права використовує конституційні категорії та поняття, які розроблюються наукою конституційного права. Вони є філософськими (світоглядними), загальнонауковими, загальними для суспільних наук або загальними для теорії держави і права і галузевих юридичних наук, а отже, виступають відповідно «інструментами» наукового пошуку, методологічними засобами або джерелами постановки актуальних проблем правознавства і принципів (характерних напрямів) їх вирішення, тобто виконують методологічні функції і тому мають методологічне значення і для науки кримінального права, адже вона є однією з галузей юридичної науки, частиною суспільних наук¹.

Основою кримінального права є вимоги Конституції. Норми кримінального права повинні тлумачитися відповідно до Конституції.

Усі правопорушення мають загальні суттєві ознаки. Тому деякі положення, розроблені теорією кримінального права, зокрема про склад злочину, про причинний зв'язок, вину та її форми, обставини, що виключають злочинність діяння, тощо, використовуються в науці конституційного права. Так, в основу вчення про правопорушення, яке розробляється у загальній теорії держави і права і є загальним для всіх галузей права, в тому числі й конституційного, покладено досконально розроблене вчення про склад злочину, яке є винаходом науки кримінального права.

¹ Докладніше про це див.: *Тихий В.П.* Теоретичні засади Конституції України та їх методологічне значення для правових досліджень / Методологічні проблеми правової науки. Матеріали міжнародної наукової конференції. — Харків. — 13—14 грудня 2002 р.; Упоряд. М.І. Панов, Ю.М. Грошевий. — Харків: Право, 2003.

ПРАКТИЧНЕ ЗАСТОСУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Р. Хамм,

адвокат, викладач університету м. Франкфурт-на-Майні

Кримінальне право і процес є «**цілим конституційним правом**», як вважають деякі німецькі правознавці. Проте я ніколи не був стовідсотково згодний з цією думкою.

Усім нам знайомі біофізичні процеси «згортання» крові або молока. Здатність до згортання є життєво важливою властивістю крові, адже інакше ми гинули б від втрати її при найменшому пораненні. Але незалежно від того, де можуть виникнути травми на «організмі» правової спільноти, кримінальне право все-таки має іншу функцію, ніж піклування про запобігання «ушкодженням» на конституції. На мій погляд, при порівнянні зі зсілим молоком образ кримінального процесуального права як «зсілого» конституційного права стає ще більш викривленим: процес згортання молока, як відомо, є попереднім етапом до того, що воно стає кислим і втрачає свої смакові властивості. На мою думку, таке порівняння не підходить ні до Основного закону, ні до моїх функцій як практикуючого кримінально-правового юриста.

Німецький вчений, спеціаліст з кримінального права, К. Роксін називає кримінально-процесуальне право «**сейсмографом державної конституції**»¹. Дійсно, за допомогою визначення стану кримінальної юстиції та обсягу захисних прав, які вона надає обвинуваченим і потерпілим, свідкам та іншим особам, чиї права були порушені внаслідок проведення заходів кримінального переслідування, найкраще можна зрозуміти, чого насправді варті записані у відповідній конституції основні права. Однак у Німеччині ми також навчилися розрізняти не тільки писану конституцію і конституційну дійсність, а й писане кримінальне та кримінально-процесуальне право — з одного боку, та дійсну культуру кримінального переслідування — з іншого. Таким чином, треба постійно мати на увазі, що з чим порівнюється: конституційна норма — конституційна реальність; кримінально-процесуальна норма — кримінально-правова практика.

Багато чого свідчить про те, що відстань між писаним «простим законом» і практикою в судових залах і в'язницях є добрим індикатором відмінності між писаною конституцією та вже існуючою в державі практикою дотримання конституції. Так, у нас, у Німеччині, є прямо-таки зразкове (писане) **право про попереднє ув'язнення**, в якому однозначно роз'яснено, що цей вид позбавлення волі за умови врахування принципу презумпції невинуватості не може ні слугувати «попередньо виконаним позбавленням волі», ні призводити до визнання затриманим своєї вини. Але кожен практик знає, що саме це часто є безпосередніми дійсними (недійсними) причинами затримання, тоді як в ордерах на арешт і постановках по скаргі зазначено де-що зовсім інше. Чесні прокурори, слідчі і судді також визнають це відкрито.

Стосовно теми про домовленості щодо вироку і теми про використання права попереднього ув'язнення не за призначенням (про зловживання цим правом) існує нещодавно прийняте рішення Федерального Верховного суду

¹ Roxin. Strafverfahrensrecht. — 22-е видання, 1998. — § 2 (Кримінально-процесуальне право залежно від конституційного порядку) Überschrift zu A.: кримінально-процесуальне право як сейсмограф державної конституції.

від 16.09.2004¹, яке висвітлює теперішню німецьку кримінально-процесуальну практику.

Під час судового засідання головуючий рекомендував підсудному відкликати клопотання про допит свідків з Домініканської Республіки і зізнатися в скоєнні злочину. В такому випадку суд був би готовий «задовольнитися» призначенням позбавлення волі строком на 2 роки і 9 місяців. В іншому випадку суд пообіцяв прийняти постанову про негайне попереднє ув'язнення і призначити більш тяжке покарання.

Підсудний зізнався в скоєнні злочину і був засуджений до позбавлення волі строком на 2 роки і 9 місяців. А коли головуючий попросив його «нахилити голову» на знак відмови від оскарження рішення, він її нахилив.

Тим не менш, засуджений подав касаційну скаргу на це рішення, і Федеральний Верховний суд визнав його правоту. Він вбачає в діях суду порушення § 136а КПК, який, серед іншого, регулює заборону катувань і встановлює заборону використання всіх показань, отриманих внаслідок недопустимих методів допитування. У рішенні сказано: *«Як було встановлено колегією, в ході провадження через конклюдентно виражене повідомлення, що підсудний буде заарештований, якщо він не зізнається в скоєнні злочину, подасть заплановане клопотання про допущення доказів і через це судові засідання змушене буде перерватися, суд землі загрожував застосуванням заходу, недопустимого згідно з положеннями кримінально-процесуального права, і через це порушив речення 3 абзацу 1 § 136а КПК.*

Погрожування арештом очевидно слугувало, як справедливо вказується в касаційній скарзі, отриманню зізнання про скоєння злочину. В цьому випадку воно було так само недопустиме, як і безпосереднє поєднання питання про арешт з процесуально допустимим поданням клопотання про допущення доказів. Такі дії суду є недопустимими з точки зору принципу правової держави... Тому зізнання не може бути використане (речення 2 абзацу 3 § 136а КПК)».

Інша характеристика відносин між конституційним та кримінально-процесуальним правом належить одному з найвидатніших науковців у галузі кримінального права минулого століття Е. Шмідту. Він назвав Кримінально-процесуальний кодекс **«Законом про виконання Основного закону»** — тобто законом, який конкретизує конституцію для її практичного застосування в кримінальній юстиції. Але «закон про виконання» означає ще більше: таке поняття демонструє, що всі норми Кримінально-процесуального кодексу мають відношення до положень конституції, і при цьому маються на увазі не тільки основні права.

Мені можуть заперечити: яке відношення до кримінального процесу має та частина конституції, яка регулює організацію держави, порядок законодавчих органів, федеральну структуру Федеративної Республіки Німеччина, законодавчі повноваження парламенту, розподіл податкових надходжень, і навпаки?

Відповідь має два аспекти: по-перше, паралельно з усіма цими державно-організаційними конституційними правилами існують норми матеріального кримінального права, які їх захищають, і по-друге — і для мене це є важливим — конституція створює в сукупності підстави для демократичної легітимізації кожного прояву здійснення державою своїх владних функцій та застосування примусу. А що є реалізацією права держави на кримінальне переслідування за скоєння злочинів (Strafenspruchs) у формі процедур кримінально-процесуального права, як не врегульоване здійснення владних функцій і використання державної монополії примусу? Хоча і поза кри-

¹ BGH 4 StR 84/04 v. 16.9.2004; поки що опубліковано на сайті www.hammpartner.de/rechtsprechung.

мінальним переслідуванням існує державний примус (наприклад, у превентивному поліцейському праві), але при репресивному кримінальному переслідуванні постійно йдеться про державний примус щодо індивідів. Його обмеження і стримування є завданням кримінально-процесуального права, яке відбиває основні права. «Створити захисні форми», — сказав В. Хассемер, і тепер у Німеччині ці слова стали крилатими серед прихильників кримінального переслідування, яке відповідає принципам правової держави.

Але не всі юристи — фахівці з кримінального права з цим згодні. Відмінністю між писаною конституцією і конституційною дійсністю є те, що багато «чистих практиків» Кримінальної юстиції дуже мало можуть отримати від догматичного розуміння Кримінально-процесуального кодексу як закону про виконання Основного закону. Досвідчені захисники у кримінальних справах дуже стримано посилаються на Основний закон або судову практику Федерального Верховного суду в бесідах із суддями та прокурорами, остерігаючись таких висловів, як, наприклад, цей: «Якщо хтось починає говорити про конституцію, він не має жодного уявлення про практику». Така думка зустрічається так само часто, як і невизнання юристами-практиками правової експертизи, зробленої професорами кримінального права. Якби хтось захотів описати з точки зору теорії спосіб мислення таких практиків, то Основний закон виглядав би далекою від сфери права лірикою або його можна було б порівняти з Десятьма заповідями зі Старого Завіту Біблії: у метафізичній сфері вони дійсні, але не доведені на практиці.

Антипатія юристів-фахівців кримінального права до встановлення конституційно-правового масштабу своїх дій може бути пов'язана також з тим, що **відносини між Кримінально-процесуальним кодексом та Основним законом** в останні десятиліття значно **змінювалися**.

Якщо до 60-х років минулого століття Кримінально-процесуальний кодекс можна було визначити як «*Magna charta обвинуваченого*», яка захищає його від втручання в його приватну сферу і автономію, то згодом сталося таке.

Кульмінаційним моментом для функціональної зміни Кримінально-процесуального кодексу стало одне сприятливе для прав особистості і високоякісне, з точки зору правової країни, рішення Федерального Конституційного суду, яке, на перший погляд, взагалі не має нічого спільного з кримінальним і кримінально-процесуальним правом. Воно стосувалося конституційних подань громадян, які на початку 80-х років виступали проти широкомасштабного і законодавчо врегульованого перепису населення Німеччини (тоді ще — Західної Німеччини). Передбачалось отримати від кожного громадянина нашої країни особисті відомості: дата і місце народження, місце проживання, місце роботи, яким шляхом він повертається з роботи додому. Тоді ми перебували саме в періоді розбудови нової правової сфери, що виникла внаслідок використання комп'ютерів у публічному управлінні: **права захисту даних**.

Можливість того, що держава може надати окрему особисту ознаку кожного громадянина шляхом використання електронної обробки даних у будь-який час, дуже швидко, всім своїм структурам і з будь-якою метою, викликала обгрунтовані побоювання тотальної реєстрації населення. Ці питання були порушені в конституційних поданнях, що спричинило прийняття одного з найважливіших рішень Федерального Конституційного суду, так званого **Рішення про перепис населення**¹.

¹ BverfGE 64, 1.

У ньому Федеральний Конституційний суд «винайшов» нове основне право. До цього часу тривають суперечки стосовно того, чи, дійсно, перелік основних прав, що містяться в нашій конституції, був розширений новими, чи тут йдеться про неписане, розвинуте в судовій практиці «синтетичне» основне право — поєднання людської гідності, свободи, загального права особистості на приватну автономію. Як би там не було, **основне право на інформаційне самовизначення** означає, що кожний індивід може, в принципі, самостійно приймати рішення щодо своєї особистої інформації, тобто щодо того, хто матиме його дані, хто може передавати їх далі, хто може вводити ці дані в комп'ютер, хто і протягом якого часу може їх там зберігати.

Федеральний Конституційний суд визнав також, що виконання завдань державними органами, безумовно, не було б можливим, якби кожний громадянин, на свій власний розсуд, міг би відмовити державі у наданні будь-якої інформації про себе. Отже, він визначив необхідні винятки з принципу про самовизначення у вигляді правила: використання особистих відомостей не суперечить конституції, якщо особа, якої стосуються ці відомості, дає свою згоду, якщо використання відомостей має певну мету або конкретне використання інформації чітко дозволене судом. Такі вимоги щодо допустимого збирання відомостей і використання особистої інформації мали значні **наслідки у кримінальному провадженні**.

Сутність кримінально-правового слідства полягає в тому, щоб проти волі підозрюваного та обвинуваченого, а також нерідко без їх відома, збирати особисті відомості про них і застосовувати їх з метою позбавлення людини свободи, не кажучи вже про повністю неконтрольовану передачу відомостей публіці через відкрите судове провадження.

Цей принцип публічності ґрунтувався на старій законодавчій основі. Рішення, що виголошується ім'ям народу, має набирати чинності після того, як народ пересвідчиться щодо відповідності доказів.

Як же ми маємо тепер, після прийняття рішення про перепис населення, ставитися до таємного розслідування прокуратури і поліції перед висуненням обвинувачення або припиненням провадження? Адже в законодавчих приписах старої редакції Кримінально-процесуального кодексу про це майже не йшлося — вона ще дотримувалась уявлення, що при слідчому провадженні йдеться про внутрішній підготовчий акт щодо публічної скарги, яка подаватиметься в разі необхідності. Те, що таке попереднє провадження іноді може тривати декілька років і вже задовго до винесення рішення про вину або невинуватість знищить умови до існування, автори старого КПК ще не вважали за можливе. Порівняно з вимогами рішення про перепис населення, практика слідчого провадження (weitgehend) рухалась у вільному від закону (gesetzesfreien) просторі.

Отже, ми згідно з рішенням про перепис населення спочатку нерішуче, а згодом цілком обґрунтовано і широко (flachendeckend) записали в Кримінально-процесуальний кодекс законодавчі повноваження для всіх можливих таємних слідчих методів. При цьому нам здавалося, що ми діємо відповідно до принципу правової держави, не помічаючи спочатку, що це означає: **Кримінально-процесуальний кодекс**, який раніше складався з переліку прав обвинуваченого, все більше змінювався в бік **каталогу прав органів кримінального переслідування**.

Таким чином, Кримінально-процесуальний кодекс ніби змінив полюси: до цього часу він був союзником громадян, який надавав їм права проти держави, а відтепер він — союзник держави, який дозволяє їй все, що їй потрібно і що вона хоче мати, щоб стежити за своїми громадянами: прослуховува-

ти телефонні розмови, підслуховувати і вести стеження за допомогою поштового контролю. Все це тепер раптом «суворо відповідає принципу правової держави», тобто має законний дозвіл.

Ці нові законні повноваження претендують ще й на те, що вони *всесторонньо* регулюють державне втручання в основні права. Це означає, що водночас із переліком усіх допустимих видів втручань будуть визначені межі недопустимих. Але в цьому також є своя «родзинка»: по-перше, норми щодо дозволу написані з такою кількістю невизначених правових понять, що майже все, на що бажано б мати дозвіл, можна підвести під це формулювання за певного тлумачення, і, по-друге, органам кримінального переслідування пішов на користь прадавній німецький правовий принцип уникнення суддівського контролю: втрата потреби захисту права внаслідок того, що минув строк давності і встановлено факт здійснення злочину.

Приклад розпливчастості підстав втручання, наведених у генеральній клаузулі і загальних правових термінах, що схиляють до розширювального тлумачення, стосується саме втручання в такі зони приватної сфери, які донедавна ще були абсолютно захищені: спілкування у власній квартирі. Те, що принаймні тут держава не може таємно підслуховувати, було саме собою зрозумілим за редакцією статті 13 Основного закону, в якій він діяв ще до 1998 року. Квартира є «недоторканою» — так він зазначає. Тоді криміналісти хотіли обов'язково змінити конституцію в цьому пункті, адже вірили, що у боротьбі з «організованою злочинністю» не можна відмовлятися від так званого **необхідного спостереження за житлом (інтенсивного втручання з метою підслуховування)**. Тому Основний закон в цьому пункті був змінений, але водночас § 100с КПК передбачалось, що за умов, які там досить повно врегульовані, можна також встановлювати техніку для прослуховування і в квартирах, де, за підозрою, ведуться розмови про тяжкі злочини.

З цього приводу Федеральний Конституційний суд 3 березня цього року прийняв рішення, яке привернуло велику увагу¹: хоча треба змиритися з тим, що необхідною більшістю Німецького Бундестагу змінено конституцію (тобто внесення змін до конституції саме по собі не суперечить конституції), але норми КПК є такими, що відповідають конституції тільки за наявності двох умов: 1) втручання в права особи допускається тільки при розкритті особливо тяжких злочинів (за які призначається понад 5 років позбавлення волі); 2) необхідно вжити заходів, щоб зміст розмов, які стосуються інтимних сфер, виключався із заходів прослуховування. У зв'язку з тим, що чинний КПК не гарантує цих умов, законодавець повинен до середини 2005 року внести відповідні зміни до Кримінально-процесуального кодексу.

Федеральний Конституційний суд знайшов також засіб проти підриву наданої на підставі конституції гарантії надання прав у вигляді аргументу про відсутність потреби правового захисту. Це стосується **обшуку житла**. На практиці він часто проводився без передбаченої постанови суду, і звернення до суду після проведення заходу блокувалося аргументом, що тепер вже нічого не можна виправити, тобто скарга є недопустимою навіть тоді, коли правові передумови для обшуку житла були відсутні з самого початку.

З цього приводу Федеральний Конституційний суд чітко встановив, що при такому втручанні в основне право, навіть і після проведення обшуку, існує потреба у правовому захисті² і що скарга має бути визнана обгрунто-

¹ BverfG 109, 279 ff.

² BverfGE 96, 27 — NJW 1997, 2163.

ваною вже тоді, коли неправомірно може виникнути «небезпека затримання» як передумова для проникнення в квартиру без попереднього дозволу суду¹.

Охоче також навів би інші приклади, зокрема такі, що стосуються використання суддями (Tatrichter) права доказування і вільної суддівської оцінки доказів². Проте сподіваюсь, що і так очевидно, де існує небезпека для правової держави, навіть тоді, коли писана конституція і писане кримінально-процесуальне право на перший погляд задовольняють всі вимоги до кримінальної юстиції в правовій державі. Маю надію, що був переконливим у тому, наскільки важливо, що ми маємо функціонуюче конституційне судочинство, яке є корисним навіть для окремих носіїв основних прав.

¹ NJW 2001, 1121.

² Порівн. напр. BverfG NJW 2003, 2444.

**ТЕОРЕТИЧНЕ ТА ПРАКТИЧНЕ ЗНАЧЕННЯ
РІШЕНЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ
ДЛЯ РЕАЛІЗАЦІЇ НОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА**

М. Костицький,
суддя Конституційного Суду України,
доктор юридичних наук, професор,
академік Академії правових наук України

1. Кримінальне право є однією з найдавніших галузей права. Як охоронне воно вже було присутнє в стародавніх Єгипті, Вавілоні, Індії, Китаї. Кримінальне право (поряд із цивільним) розвивається із звичаєвого у наших предків у період Стародавньої Русі і отримує закріплення в «Руській правді» та «Правдах» Ярославичів.

Віце-президент Федерального Конституційного Суду Німеччини професор В. Гассемер у своїй доповіді також звернув увагу на те, що і в історії Німеччини кримінальне право було першим, яке німці осягнули і яким керувалися.

2. Кримінальне право є публічним правом, воно регулює відносини, які забезпечують загальний спільний (публічний) інтерес. Поділ права на публічне і приватне, як відомо, був започаткований у Стародавньому Римі. Римський юрист Ульпіан трактував публічне право як таке, що пов'язане з основними засадами держави, її функціями, органами та інституціями. Сьогоднішнє європейське право має три джерела, або базується на «трьох китах»: давньогрецькій, або еллінській, філософії права, римському праві та християнській етиці. Перше джерело пов'язане з визначенням концепції справедливості, рівності і свободи, друге — із змістом позитивного, публічного і приватного права, а третє — з певною ідеологією, етичним стрижнем права.

3. Кримінальне право нерозривно пов'язане з конституційним, яке, на мій погляд, є одночасно і публічним, і приватним. Міркування про двоєдину природу конституційного права (як публічно-приватного) може викликати заперечення, оскільки традиційно його трактують як публічну галузь. Однак, оскільки конституційне право вважається фундаментом правової системи, а конституція має найвищу юридичну силу і є Основним законом, є підстави стверджувати, що цей фундамент — така основа, з якої власне виростає і публічне, і приватне право, що започатковуються на рівні принципів конституційного права. Якби конституційне право мало моністичну природу, воно не могло б бути базою для двох блоків права — публічного і приватного. Коли з'явилося кримінальне право? Напевно, його появу можна пов'язувати з часами царя Хаммурапі чи періодом написання єгипетських папірусів, у яких йдеться про заборони і кару за порушення певних приписів, законів чи установлень жерців. А коли з'явилося конституційне право? Згадувалася Магнакарта (1215 рік), та чи треба її вважати збірником конституційного права? А, може, конституційне право з'явилося з появою конституцій у XVIII столітті (американської, французької, польської, української)? Щодо останньої, то мається на увазі проект 1710 року. Чи, може, конституційне право з'являється тільки у XIX столітті, коли тривало становлення окремої науки конституційного права? На мій погляд, проблему

зв'язку кримінального і конституційного права треба вирішувати тільки з урахуванням двох моментів: появою і кримінально-правових норм і, норм, власне, конституційного права. Кримінальне право як публічне мусить базуватися на конституційних принципах, зокрема: верховенство права (стаття 8), відповідальність держави перед людиною (стаття 3), людина, її життя, здоров'я, честь, гідність є найбільшою соціальною цінністю (стаття 3), народ — носій суверенітету, джерело влади (стаття 5), щодо ролі міжнародного права в національному праві (стаття 9), рівність у правах і гідності (стаття 21), пряма дія норм конституції (стаття 8)¹. Зазначені та інші конституційні принципи є базовими і для кримінального права.

Конституційні принципи, що містяться в українській Конституції, не є винаходом сьогодення, доробком авторів української Конституції. Вони були зафіксовані в підсумкових актах французької і американської революцій XVIII століття і української революції початку ХХ століття. Зокрема, такі принципи, як справедливість і свобода, були проголошені в конституціях, а також отримали реалізацію у кримінальному законі. Щодо українського кримінального закону, то виникає запитання, де вони містяться? У Кримінальному кодексі, прийнятому 5 квітня 2001 року, і словом не йдеться про справедливість, зокрема про справедливість покарання.

4. Професор філософії і права Г. Радбрух писав, що суть правового підходу з позиції верховенства права полягає в дотриманні справедливості, доцільності і правової стабільності. Такий підхід може бути уточнений, а принцип цей — розширений. Видається, що верховенство права має включати свободу особи, рівність і вільність. Ці принципи в Україні ми лише почали запроваджувати в правозастосуванні, зокрема в практиці Конституційного Суду України. Але у мене складається враження, що ми дуже серйозно запізнилися і не дуже успішно наздоганяємо той «потяг» історії. Хоча не лише в історії Франції, Австрії, Веймарської республіки, а й в історії української держави (1917—1920 роки) верховенство права було зафіксоване в конституції та застосовувалося на практиці.

У цьому плані виникає запитання, чи можуть конституційні принципи бути застосовані при реалізації кримінального закону? З одного боку, частина перша статті 3 Кримінального кодексу України вказує, що законом про кримінальну відповідальність є винятково Кримінальний кодекс України, який базується на Конституції, загально визначених принципах і нормах міжнародного права.

У той же час частина друга статті 3 цього Кодексу вказує, що закони про кримінальну відповідальність набувають чинності тільки тоді, коли вони імплантовані, вписані в Кодекс. Тобто поза Кримінальним кодексом України жодних кримінальних законів не існує і не може існувати. І тоді виникає інша проблема. Навіть якщо стосовно сфери кримінального права діє принцип верховенства кримінального закону, все ж в цьому законі є посилання на Конституцію як джерело кримінального права, тобто принцип верховенства Конституції є невід'ємною стороною реалізації кримінального закону. З цього випливає, що суд загальної юрисдикції при розгляді кримінальних справ зобов'язаний керуватися і Конституцією України, і кримінальним законом. І при конкуренції «верховенств» існує пріоритет верховенства Конституції. Та ще й, згідно з частиною третьою статті 8 Конституції України, її норми є нормами прямої дії. Тобто в сфері кримінально-правових відносин правозастосувач може спиратися безпосередньо на норму Конституції. Але, з другого боку, верховенство кримінального закону є базовим принципом кримінального права, і підставою для кримінальної відповідальності і покарання є винятково Кримінальний кодекс. Тут має місце конкуренція прин-

¹ Маються на увазі статті Конституції України.

ципів Конституції та принципів кримінального права, і на практиці в цій конкуренції виграє верховенство кримінального права. Незважаючи на окремі рішення Конституційного Суду України та спеціальні постанови Пленуму Верховного Суду України, ще жоден суд загальної юрисдикції не розглянув жодної кримінальної справи, посилаючись на норми Конституції в кваліфікації скоєного підсудним чи в обґрунтуванні процедури судового розгляду.

Іншими словами, суди загальної юрисдикції при розгляді кримінальних справ діють винятково в парадигмі верховенства закону. Верховенство Конституції, не кажучи вже про верховенство права, є, в кращому разі, теоретичними принципами, які неможливо застосувати, а в гіршому — замарними абстракціями.

5. Єдиним судом в Україні, який діє в парадигмі верховенства права, є Конституційний Суд України, в тому числі при розгляді справ, що стосуються кримінально-правової сфери. Так, у Рішенні щодо відповідності Конституції України статті 69 Кримінального кодексу України в частині призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, Конституційний Суд України вказав, що закон може бути неконституційним, коли він є несправедливим. А справедливість — це стрижень верховенства права.

На мій погляд, Конституційний Суд України через свою практику може частково зняти вказану суперечність у застосуванні кримінального закону, однак не може підмінити законодавця. Тобто сам законодавець повинен уточнити кримінальний закон шляхом внесення змін до Кримінального кодексу, якими фіксувалися б верховенство права і верховенство Конституції.

6. Реалізація кожної галузі матеріального права відбувається у певних процесуальних формах. Очевидно, ми маємо справу з двоєдиною природою матеріального і процесуального кримінального права. Процесуальне право, певною мірою, є похідним, оскільки кримінальне право не застосовується без процесуального. І якщо процесуальне законодавство уточнюється під впливом конституційного більш інтенсивно, то через кримінальну процедуру стимулюється необхідність змін і матеріального закону, зокрема, для реалізації конституційних принципів. Тобто ми можемо сказати, що конституційні принципи мусять бути дотримані і в кримінальному праві; зокрема, виходячи зі змісту статті 5 Конституції України, якою встановлюється, що «носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ», частина четверта статті 124 передбачає, що «народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя» через своїх представників — народних засідателів і присяжних. У ФРН дещо інший підхід, там поширений суд шефенів (формула два плюс три), тобто з 5 суддів 3 є непрофесійними суддями. Це теж своєрідна форма участі народу у відправленні кримінального судочинства. В Україні в період радянської влади мала місце така участь народу у кримінальному судочинстві, як участь народних засідателів (один плюс два). Один — професійний суддя та два — народні засідателі. Сьогодні у нас у першій інстанції кримінальні справи розглядаються одним суддею. Конституція як принцип задекларувала участь народу в судочинстві, а фактично цієї участі народу через народних засідателів і присяжних ще немає. Перехідні положення Конституції України встановили п'ятирічний строк для запровадження такого суду.

Конституційний Суд України, керуючись принципом верховенства права, наприклад, у справі щодо тлумачення Конституції України, де йдеться про правову допомогу, вказав, що правовий захист може здійснювати особа, яка має повну вищу юридичну освіту, а не тільки професійні адвокати, члени колегії адвокатів (стаття 59). У ФРН правову допомогу і захист підсудного може здійснювати особа, яка закінчила правовий факультет, склала два державні іспити та прийнята в адвокати.

Конституційний Суд України при тлумаченні положення Конституції України про те, що кожна людина вільна у виборі захисника, правильно, на мій погляд, встановив, що особа, яка має вищу юридичну освіту, тобто п'ять років навчання та кваліфікацію спеціаліста, може представляти інтереси учасників процесу в кримінальному суді. Здавалося б, тут все зрозуміло, але в той же час Верховний Суд України на черговому засіданні Пленуму прийняв постанову, якою ніби роз'яснював судам загальної юрисдикції, як реалізувати рішення Конституційного Суду України, фактично його ревізував, вказавши, що до участі в кримінальному процесі при розслідуванні кримінальної справи допускається тільки професійний адвокат.

7. У зв'язку з інтеграцією Європи як єдиного політичного тіла в ній створюються нові структури та інституції. Питання про те, який це вид об'єднання — асоціація, співдружність, конфедерація чи федерація — залишається відкритим, адже Конституція Європейського Союзу не визначає чітку форму об'єднання. Ще складніше питання про взаємовідносини національного і союзного права, зокрема європейського національного кримінального права. Конституційний Суд України перед ратифікацією угоди Верховною Радою України ревізував певні пункти Римської угоди, зокрема про поширення юрисдикції кримінального суду і прокуратури на територію України.

На підставі Римської угоди в Європі створюються наднаціональні органи кримінального судочинства та кримінальної прокуратури. Можна вважати, що в цій угоді містяться загальні процесуальні норми для цих наднаціональних структур. А якими матеріальними нормами вони керуватимуться? У контексті європейських інтегральних процесів постає питання про створення загальноєвропейського наднаціонального права.

Події в Європі та світі, особливо після 11 вересня 2001 року, стимулюють до розвитку загальноцивілізаційних підходів до оцінки кримінальних діянь, які становлять небезпеку не тільки для однієї особи, а й для жителів мегаполісів, країн чи планети у цілому. Тероризм сьогодні кинув виклик західній цивілізації. І навіть неважливо, чи це прояв війни культур (за Гарінгтоном), чи боротьба світових релігій, чи вибір засобів і зброї слабшого проти сильного. Боротьба з тероризмом примушує західну цивілізацію переглядати багатовікові надбання у сфері захисту прав і свобод людини. На практиці це виглядає як превентивні (у тому числі воєнні) дії, розширення компетенції військової юстиції, дії на території певних держав поза національним законодавством тощо. Отже, здається, між справедливістю і безпекою західна цивілізація обирає останнє.

Україна, на щастя, досі не стикалася з тероризмом. Але поки ми під впливом країн Заходу, зокрема ФРН, США, таких структур, як ОБСЄ, Рада Європи, осмислюємо суть загальнолюдських цінностей та прав людини (хоча може ми були й не найкращими учнями), західний світ сам вимушений зараз відмовлятися від захисту, за певних обставин, прав людини або йти на суттєве їх обмеження. Перефразовуючи відому формулу — музи мовчать, коли гримлять гармати, — можна сказати, що, коли гримлять вибухи терористів, Феміда не тільки не бачить, а й не чує і також мовчить.

Західна цивілізація в сьогоденні обставинах вимушена захищатися, зокрема й юридичними засобами. Вважаю, що найближчим часом у країнах об'єднаної Європи та США прийматимуться закони, які обмежуватимуть особисті права і свободи людини. Уже зараз для отримання візи до США вихідцям з країн Азії, Африки і Східної Європи треба пройти дактилоскопування. Іншими словами, принцип верховенства права, який домінував майже шістьдесят років, змінюється принципом верховенства закону. А останній, як індикатор, відбиватиме потреби сьогодення на шкоду загальним та одвічним людським цінностям.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ ЯК ПУБЛІЧНА ГАЛУЗЬ ПРАВА

Ю. Баулін,
доктор юридичних наук,
професор кафедри кримінального права
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

1. Кримінальне право України як галузь права належить до сфери публічного матеріального права, а також до охоронювальної підсистеми права.

За методом правового регулювання (імперативний метод) ця галузь права віднесена до публічного права тому, що їй притаманні такі характерні риси, як: юридична нерівність сторін, підпорядкованість однієї сторони іншій, субординаційність їх відносин; наявність єдиного центру регулювання — держави з винятково юридичною формою кримінально-правових норм — закону; підпорядкування поведінки владної сторони принципу «дозволено тільки те, що передбачено законом» тощо.

2. Критерій віднесення кримінального права до матеріальних галузей права полягає в тому, що ця галузь права покликана упорядковувати реальні владні відносини, що складаються між державою та злочинцем, і які підлягають регулюванню специфічними правовими засобами. З моменту, коли відповідним державним органам стає відомо про вчинення особою діяння, яке ззовні містить склад певного злочину, виникають оперативно-розшукові, а згодом — і кримінально-процесуальні правовідносини, які врегульовані законодавством про оперативно-розшукову діяльність та кримінально-процесуальним правом України. У цей час ще не існують кримінально-правові відносини між державою та злочинцем, адже відповідно до статті 62 Конституції України та частини другої статті 2 Кримінального кодексу України особа визнається винною у вчиненні злочину тільки за обвинувальним вироком суду. До моменту набрання законної сили цим вироком між державою та особою, яка обвинувачується у вчиненні злочину, або є підсудною, існують процесуальні правовідносини, точніше, публічно-правові відносини кримінального переслідування. Саме в межах цих правовідносин у особи, яка обвинувачується у вчиненні злочину, виникають певні процесуальні права, наприклад клопотати перед відповідними посадовими особами та судом про правильну кваліфікацію вчиненого нею, про врахування судом тих чи інших обставин справи, які пом'якшують кримінальну відповідальність, тощо. Не можна погодитися з тим, що на цьому етапі підсудна особа має, наприклад, суб'єктивне право на призначення їй більш м'якого покарання, ніж передбаченого в санкції статті КК, за якою кваліфіковано її дії. В умовах кримінального процесу, який також є публічно-правовим, представник держави має владні повноваження, яким протистоять суб'єктивні процесуальні права учасників процесу, наприклад клопотати про вчинення певних дій або оскаржувати ті чи інші дії (бездіяльність) слідчого або суду. Однак ці суб'єктивні права є правами процесуальними, а не матеріальними. Пояснюється це тим, що в кримінально-правових матеріальних правовідносинах влади — підкорення державно-владні повноваження належать тільки відповідним державним органам та посадовим особам, а злочинцеві — тільки юридичний обов'язок перетерплювати обмеження його

прав і свобод, що визначаються в обвинувальному вирокі суду та реально здійснюються спеціальними органами державної виконавчої влади.

3. Система публічного права має важливу складову — охоронювальну підсистему, до якої належать норми, що визначають, які діяння є правопорушеннями та яким стягненням підлягають особи, що їх вчинили. Саме до охоронювальної системи публічного права належить і кримінальне право. Відповідно до пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України тільки законами України визначаються діяння, які є злочинами, та відповідальність за них. Згідно з частиною другою статті 1 КК України саме КК визначає, «які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили». Як уже зазначалося, вчинення особою злочину, що встановлюється обвинувальним вирокком суду, є юридичним фактом, який породжує матеріально-правові відносини, в межах яких суд визначає міру кримінальної відповідальності за вчинений злочин. З цього випливає, що структура такої кримінально-правової норми містить у собі два елементи, а саме: гіпотезу (якщо особа вчинила певний злочин) та диспозицію (то суд повноважний визначити їй міру кримінальної відповідальності відповідно до санкції статті КК та з урахуванням вимог Загальної частини КК). Це означає, що кримінально-правова норма має регулювати специфічними правовими засобами саме правомірну поведінку суду щодо кримінального правопорушника.

4. Отже, дискусійним є питання, поведінку яких суб'єктів регулюють норми кримінального права: можливих, потенційних, злочинців чи поведінку суду щодо дійсних злочинців або поведінку як перших, так і другого? Багато хто вважає, що норма кримінального права адресована як громадянам (можливим суб'єктам відповідних злочинів), так і правоохоронним органам. Це пояснюють тим, що КК забороняє певну поведінку людей під загрозою кримінального покарання і тому така загроза регулює поведінку тих, хто не вчиняє певного злочину. У разі якщо злочин все ж таки вчинено, кримінально-правова норма регулює поведінку суду. Видається, що КК взагалі не забороняє певної поведінки. Згідно з частиною першою статті 11 КК злочином визнається винне суспільно небезпечне діяння суб'єкта, що передбачене КК. Таким чином, КК лише передбачає сукупність юридичних ознак (склад злочину), які характеризують певний вид діянь як злочинних. Завдання ж суду полягає у правильній кваліфікації фактично вчиненого суспільно небезпечного діяння, тобто правильне встановлення певної гіпотези кримінально-правової норми. Очевидно, що з цього погляду зазначені положення кримінально-правової норми звернуті саме до правозастосувача (суду). Тим більше це стосується диспозиції норми, що визначає повноваження суду відносно особи, яка вчинила злочин.

5. Не можна, однак, не бачити й того, що наявність тієї чи іншої кримінально-правової норми, її застосування органами кримінальної юстиції певним чином впливають на поведінку певного кола осіб, які утримуються від вчинення злочинів саме під загрозою бути підданими заходам кримінальної відповідальності. Але чи можна такий інформаційний, психологічний, емоційний та орієнтовно-ціннісний вплив на законослухняну поведінку певного кола осіб називати кримінально-правовим регулюванням цієї поведінки? Вважаю, що не можна. Це пояснюється тим, що правове регулювання суспільних відносин взагалі, як і кримінально-правове зокрема, має своєю метою упорядкування певного виду таких відносин специфічними правовими засобами (визначення юридичних фактів, кола суб'єктів, на яких поширюється регулювання, наділення їх суб'єктивними правами та

юридичними обов'язками тощо). Відповідно до частини другої статті 50 КК України покарання, яке застосовується до осіб, що вчинили злочини, має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так й іншими особами. Не можна виключати, що досягнення такої самої мети (виправлення та попередження злочинів) має місце і при зазначеному вище неправовому впливі на певне коло осіб. Але наявність та досягнення однієї й тієї самої мети різними засобами ще не свідчить про те, що в обох випадках йдеться про кримінально-правове регулювання суспільних відносин. Розуміється, виходячи з принципу законності законодавець зобов'язаний чітко, ясно та однозначно описувати в КК ознаки певного виду злочинів та кримінально-правові наслідки їх вчинення. Законодавчі формулювання мають бути зрозумілими не тільки для правозастосувачів, а й для тих осіб, на коло яких поширюється дія певної кримінально-правової норми. Це має важливе значення для загального та спеціального попередження злочинів. Однак ознайомлення певного кола осіб з кримінально-правовими нормами, їх обізнаність щодо застосування цих норм органами кримінальної юстиції і в кінцевому результаті — утримання від вчинення злочинів не є наслідком кримінально-правового регулювання такої поведінки зазначених осіб. Кримінальне право як галузь публічного права своїм предметом має регулювати специфічними правовими засобами тільки такі відносини, що складаються між державою та особою, яка вже вчинила злочин.

ЗЛОВЖИВАННЯ КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОМ І КОНСТИТУЦІЯ

О. Костенко,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Академії правових наук України,
завідувач відділу кримінального права, кримінології та судоустрою
Інституту держави і права НАН України

Життєвий досвід свідчить про існування такої закономірності: всюди, де має місце людська воля, є місце і для сваволі, оскільки воля може набирати у певних випадках стану сваволі.

Цю закономірність треба мати на увазі, розглядаючи одну з найпоширеніших правових ілюзій, що правовий закон здатний «діяти» сам по собі, самочинно, як, наприклад, закон всесвітнього тяжіння. З цього робиться помилковий висновок: якщо законодавчий акт держави не діє, або діє не так, як він мав би діяти, то в цьому винен сам закон. Викликані цією ілюзією очікування не виправдовуються, і тому всі зусилля спрямовуються на те, щоб прийняти новий закон, який би сам по собі «запрацював» і розв'язав усі проблеми.

Не заперечуючи того факту, що закон може бути як добрим, так і поганим, треба, на нашу думку, позбавлятися ілюзії, що законодавство є самодіючим чинником, тобто воно наділене власною волею, яка приводить його в дію, змушує «працювати».

Очевидно, доктрина сучасної юриспруденції має засновуватися на тому, що законодавчий акт не може діяти — він може тільки набирати і втрачати чинність, а також застосовуватися чи не застосовуватися людьми. У такий спосіб законодавство має бути демістифіковане, тобто треба розвінчати ілюзію, що воно наділене якоюсь власною силою.

На нашу думку, доктрина сучасної юриспруденції має ґрунтуватися на **ідеї інструментальної функції закону**. Законодавство — це не більш як інструмент (добрий чи поганий) у руках людей, які його застосовують. Згідно з цією «інструментальною концепцією закону» можна зробити такі висновки:

1. Закон діє тільки тоді, коли його застосовують люди.
2. Закон діє тільки так, як його застосовують люди.

Отже, тільки воля і свідомість людей, які застосовують закон, приводить його в дію. Сам же по собі законодавчий акт — це інструмент, призначений для застосування людьми, наділеними волею і свідомістю. Від того, які ці воля і свідомість, залежить у який спосіб діятиме закон.

У зв'язку з тим, що воля людини, за певних умов, може набирати стану сваволі, завжди існує можливість, що законодавство буде застосовуватись свавільно. Свавільне застосування законів і є тим феноменом, який називається «зловживанням правом», або «зловживанням законом».

Зловживання законом має місце у будь-якому суспільстві. Воно може проявлятися, зокрема, у вигляді корупції.

Має місце зловживання законом і в Україні. Особливістю цього явища в Україні є те, що в ній надзвичайного поширення набуло зловживання законом з боку держави, її органів. Зазначене стосується і зловживання дер-

жавних органів і посадових осіб законодавством про кримінальну відповідальність, тобто Кримінальним кодексом України.

Зловживання Кримінальним кодексом може здійснюватися у двох формах:

- 1) притягнення до кримінальної відповідальності завідомо невинної особи;
- 2) завідомо незаконна відмова в притягненні до кримінальної відповідальності винної особи.

Свавільне застосування Кримінального кодексу може мати місце у боротьбі з політичною опозицією, у конкурентній боротьбі в економічній сфері, при вирішенні питань приватизації державного майна, в корупційній діяльності тощо. Є, наприклад, достатньо підстав вважати, що зловживання Кримінальним кодексом мало місце у справі про вбивство журналіста Георгія Гонгадзе. Зокрема, це дістало вияв у тому, що державні органи не застосовували Кримінальний кодекс для притягнення винних до кримінальної відповідальності. Навпаки, створювалися умови, щоб унеможливити кримінальну відповідальність винних.

Відомі випадки, коли в Україні щодо лідерів політичної опозиції кримінальне переслідування то розпочиналося, то припинялося — залежно від політичної кон'юнктури.

Також має місце зловживання депутатським імунітетом для уникнення кримінальної відповідальності за вчинені злочини.

Органи кримінальної юстиції можуть використовувати Кримінальний кодекс як інструмент розправи над тими, хто перешкоджає владі чинити свавілля або активно захищає свої права і свободи людини і громадянина.

Можливість зловживання Кримінальним кодексом є ґрунтом для «корупцізації» кримінальної юстиції.

Службова особа, уповноважена застосовувати Кримінальний кодекс, може, зловживаючи своїми повноваженнями, використовувати його у власних корисливих цілях. Згідно зі статтею 1 Кримінального кодексу України, він, тобто цей Кодекс, має своїм завданням, зокрема, «правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина». Тому зазначене зловживання так чи інакше порушує права і свободи людини і громадянина.

Звичайно, Конституція України, оскільки це є властивим для сучасних конституцій, проголошує захищеність прав і свобод людини, даних їй матір'ю-природою. Конституція України містить норми, які мали б протидіяти зловживанню Кримінальним кодексом. Зокрема, у статті 3 записано, що «права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність».

Однак при найближчому розгляді виявляється, що зазначена конституційна норма не може бути використана як інструмент для протидії зловживанням Кримінальним кодексом, тому що відсутній механізм використання цього інструменту.

У той же час, як свідчить досвід, зокрема, Австрії, Іспанії та ФРН, механізм приведення в дію конституційних норм проти зловживань Кримінальним кодексом може бути створено шляхом надання громадянам права на конституційну скаргу, що подається до конституційного суду в разі порушення передбачених Конституцією прав і свобод людини.

На жаль, в Україні право громадян на конституційну скаргу відсутнє. На нашу думку, це є перешкодою на шляху залучення громадян до протидії свавіллю влади взагалі і зловживанням Кримінальним кодексом зокрема.

У статті 93 Основного Закону ФРН записано, що Федеральний Конституційний суд виносить рішення «за конституційними скаргами, які можуть бути подані будь-якою особою, котра стверджує, що державна влада пору-

шила одне з її основних прав або одне з прав, передбачених в абзаці 4 статті 20, статтях 33, 38, 101, 103 і 104». Таким чином, будь-яка особа у ФРН має право за допомогою Конституційного суду привести в дію норму Основного Закону ФРН на захист своїх прав і свобод, порушених державною владою, і захистити себе у цей спосіб від свавілля з боку держави.

Український громадянин такої можливості не має, тому він безсилий протидіяти, зокрема, зловживанням Кримінальним кодексом, до яких вдаються державні органи чи посадові особи прокуратури, міліції, суду тощо.

Відсутність у громадян України права на конституційну скаргу унеможлиблює реалізацію в Україні принципу верховенства права, передбаченого статтею 8 Конституції України. У цій же статті передбачається: «Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується». Але в розділі XII Конституції України, де йдеться про Конституційний Суд, право на таке звернення до Конституційного Суду не передбачається. Отже, передбачене у статті 8 право громадян на звернення до суду не виправдано обмежується у розділі XII Конституції України таким чином, що виключається право громадян на звернення для захисту своїх конституційних прав і свобод саме до Конституційного Суду України.

На нашу думку, українським громадянам має бути надано право на конституційну скаргу, тому що: по-перше, це усунуло б протиріччя в самій Конституції України, викликане не виправданими обмеженнями права на звернення до будь-якого суду, передбаченого статтею 8 Конституції України; по-друге, це забезпечило б реалізацію принципу верховенства права в Україні, тому що без участі громадян його реалізація неможлива.

Надання громадянам права на конституційну скаргу сприяло б протидії свавіллю держави, і, зокрема, зловживанням кримінальними законами.

При цьому треба мати на увазі, що з можливою появою у Конституційного Суду України нового повноваження — виносити рішення по конституційній скарзі громадян, потребуватиме нового підходу в діяльності цього органу.

Оскільки загально визнано, що основні права і свободи людини, які мають гарантуватися сучасними конституціями, є природними, то Конституційний Суд України може належним чином захистити їх, тільки керуючись при винесенні своїх рішень принципом соціального натуралізму, на якому засновується доктрина природного права¹. Згідно з доктриною природного права принцип «верховенства права» має тлумачитися як принцип верховенства саме **природного права**, а не так званого позитивного права.

Відповідно до принципу соціального натуралізму і доктрини природного права кваліфікувати дії держави як свавілля, зокрема, як зловживання кримінальним законом, Конституційний Суд України зможе, тільки взявши за критерій **природність** прав і свобод людини. Чи є та чи інша дія свавіллям і зловживанням можна визначити, лише розглядаючи її відносно природних прав людини. «Позитивний» же закон може бути використаний для легалізації будь-якого свавілля і будь-якого зла. Про це незаперечно свідчить історичний досвід, зокрема факти легалізації тоталітаризму.

Виходячи з викладеного можна зробити такий висновок. Найкращою гарантією забезпечення **принципу «верховенства природного права»**, спрямованого на протидію будь-якому, зокрема державному, свавіллю, і зловживанням Кримінальним кодексом є громадяни, які мають високу соціальну (політичну, економічну, правову) культуру.

¹ Більш детально про принцип соціального натуралізму див.: Костенко О. М. Соціальний натуралізм як методологічний принцип юриспруденції // Вісник Академії правових наук України. — 2004. — № 4. — С. 133—145.

Ніякі державні інституції, якими демократичними вони не вважалися б, нездатні краще виконувати цю роль, ніж громадяни. Тому право громадян на конституційну скаргу — це необхідний інструмент протидії будь-якому свавіллю і зловживанням, у тому числі і зловживанням Кримінальним кодексом. Українським громадянам має бути надано таке право, а досвід користування цим правом можна запозичити у ФРН. А для того, щоб Конституційний Суд України приймав рішення з конституційних скарг громадян, йому треба також, на нашу думку, взяти на озброєння доктрину, якою керуються конституційні суди Австрії, Іспанії, ФРН, а також Верховний Суд США при розгляді конституційних скарг громадян. Успішним виконанням повноважень по прийняттю рішень за конституційними скаргами громадян конституційні суди цих країн мають завдячувати саме доктрині природного права, якою вони користуються.

СОЦІАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЯВИЩЕ НАРКОТИЗМУ ЯК СКЛADOVA ПРОБЛЕМА РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ОХОРОНУ ЗДОРОВ'Я

В. Пшеничний,
суддя Конституційного Суду України

Причинами з'ясування та дослідження поняття «наркотизм», яке є дотичним водночас до двох галузей права: кримінального та конституційного, стануть не стільки етимологія цього слова, як насамперед ті соціально-економічні та правові наслідки, що спричиняють дане явище, а також сутність кримінально-правових норм, що передбачають суспільно небезпечні діяння у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів.

Наркотизм як соціальне явище призводить до значних негативних змін не тільки в середовищі споживачів наркотичних засобів, а й далеко за його межами. Не зважаючи на економічний аспект наркотизму, основними негативними факторами є незадовільний фізичний стан, знижена трудова діяльність наркоманів, значна матеріальна шкода, яка завдається суспільству наркоманією як джерелом нещасних випадків на транспорті та суспільному виробництві, моральна шкода, що заподіюється суспільству наркоманами, які вдаються до різних заходів придбання наркотичних засобів, вчиняють протиправні діяння, створюють нестерпні умови для своїх сімей, позбавляють їх можливості нормального життя та засобів існування, фізична та моральна деградація наркоманів, їх раптова смерть, руйнування особистих моральних цінностей, шкода нащадкам через руйнування генофонду. Тому в контексті розгляду права щодо охорони здоров'я неможливо обійти таку болючу проблему, як збереження генофонду Українського народу, розв'язання якої, відповідно до статті 16 Конституції України, є обов'язком держави.

Основний Закон України закріплює право кожної людини на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Зокрема, стаття 49 містить конституційні гарантії його забезпечення, відповідно до яких держава зобов'язана забезпечувати охорону здоров'я, фінансуючи відповідні соціально-економічні, медико-санітарні та оздоровчо-профілактичні програми, створювати умови ефективного і доступного всім громадянам медичного обслуговування, забезпечувати безоплатне надання медичної допомоги у державних і комунальних закладах охорони здоров'я, сприяти розвиткові лікувальних закладів усіх форм власності, розвитку фізичної культури і спорту, забезпечувати санітарно-епідемічне благополуччя.

В Основному Законі Німеччини, на відміну від Конституції України, відсутня фіксація цього права на конституційному рівні, однак це зовсім не означає, що це право людини не забезпечується або якимось чином нівелюється у ФРН. Так само передбачене право на охорону здоров'я у Конституції України ще не свідчить про те, що становище з його захистом в Україні є кращим, ніж у ФРН.

У цьому відношенні нам ще треба «добре попрацювати» над правовими заходами щодо охорони здоров'я саме на законодавчому та виконавчому рівнях.

Логічно, що положення статті 49 Конституції України виступають основним чинником для прийняття нормативно-правових актів щодо здійснення органами державної влади повноважень у сфері протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, а також впровадження ефективних механізмів соціально-правового впливу на уражені верстви населення шляхом здійснення організаційно-правових, публічно-реklamних, лікувально-реабілітаційних, кримінально-карних заходів.

Базовим актом, який регламентує питання захисту прав громадян у галузі охорони здоров'я є Основи законодавства України про охорону здоров'я, якими передбачено виконання державою відповідних завдань з метою охорони здоров'я і життя громадян, запобігання небезпечним інфекційним захворюванням, сприяння здоровому способу життя та забезпечення населення лікувально-профілактичною допомогою; здійснення спеціальних заходів профілактики та лікування соціально небезпечних захворювань (психічні розлади, СНІД, хронічний алкоголізм, наркоманія); забезпечення відповідних категорій громадян лікарськими засобами; здійснення спеціальних заходів охорони здоров'я матері та дитини тощо. Однак за своєю суттю цей нормативний акт є загальним, поняття, які закріплені в ньому, здебільшого мають оціночний характер і потребують чіткої конкретизації норм спеціального законодавства.

Певні заходи щодо охорони здоров'я і життя людини у сфері протидії розвитку наркоманії передбачені законами України «Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів», «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними».

Однак на забезпечення дії вищезазначеної статті Конституції України та профілактики й лікування такого захворювання, як наркоманія, Основи законодавства про охорону здоров'я не визначили та не врегулювали як корінних понять терміна «наркотизм», так і конкретних заходів по запобіганню та лікуванню захворювання на наркоманію.

Визначення поняття «наркотизм» треба виводити із загальнотеоретичних, правових, психологічних, соціологічних поглядів і, на думку вітчизняних та зарубіжних науковців¹, можна сформулювати як негативне соціальне явище, що має міжнародний характер, включає соціальні, правові, кримінологічні, економічні, біологічні, екологічні, медичні та моральні аспекти, характеризується залученням частини населення будь-якої держави до немедичного вживання наркотичних засобів і психотропних речовин, які знаходяться під спеціальним міжнародно-правовим та внутрішньодержавним контролем, а також участю в організації та здійсненні їх незаконного обігу як у межах держави, так і в міждержавному масштабі.

Відповідно до Основ законодавства України про охорону здоров'я, в інтересах збереження генофонду Українського народу, запобігання демографічній кризі, забезпечення здоров'я майбутніх поколінь і профілактики спадкових захворювань держава повинна постійно здійснювати комплекс заходів, спрямованих на усунення факторів, які шкідливо впливають на генетичний апарат людини, а також створити систему державного генетичного моніторингу, організувати медико-генетичну допомогу населенню, сприяти збагаченню і поширенню наукових знань у галузі генетики і демографії.

Особливого значення набуває обов'язок держави щодо збереження генофонду Українського народу в зв'язку з даними Міністерства статистики

¹ Богомолова Т.А., Толпекін К.А. Наркотизм и наркомания: основные направления борьбы и профилактики // Советское государство и право. — 1987. — № 1. — С. 79. Прохорова М.А. Уголовно-правовая ответственность за потребление наркотических средств. — Саратов, 1989. — С. 9.

України, Міністерства економіки України, Міністерства охорони здоров'я України та інформацією парламентських слухань від 3 лютого 2004 року «Про становище молоді в Україні «Формування здорового способу життя української молоді: стан, проблеми та перспективи», «Соціально-економічні проблеми ВІА/СНІДу, наркоманії та алкоголізму в Україні та шляхи їх розв'язання», згідно з якими за останні два роки кількість тих, хто вживає наркотичні засоби та психотропні речовини подвоїлася, до того ж вік наркозалежної молоді має тенденцію до омолодження. Станом на 1 січня 2003 року з більш як 90 тисяч зареєстрованих споживачів наркотиків 80 відсотків становить молодь віком до 28 років, більше 6 тисяч — неповнолітні. За останні 10 років кількість хворих на наркоманію серед неповнолітніх збільшилася у 6—8 разів. Смертність осіб цієї групи зростає у 40 разів. Хворі на наркоманію здебільшого молодь, яка не працює.

Треба зазначити, що, за підрахунками фахівців, вживання алкогольних напоїв та наркотичних засобів є основною причиною росту народжуваності генетично неповноцінних дітей, навчати яких можна тільки у спеціальних школах для розумово чи фізично неповноцінних. Але вживання наркотичних засобів — це далеко не єдиний фактор, який впливає на генофонд нації.

Цим проблемам приділяється значна увага у затвердженій у 2003 році Урядом України Програмі реалізації державної політики у сфері боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів на 2003—2010 роки.

За кілька останніх років наркотизм став однією з найсерйозніших загроз національній безпеці України, а незаконний обіг наркотичних засобів і психотропних речовин становить найсуттєвішу та найбільш небезпечну частину організованої злочинності. Наркотизм і наркоманія на сьогодні є найстрашнішими і найнебезпечнішими соціальними захворюваннями. Кількість хворих з наркотичними проблемами постійно зростає і починаючи з 1993 року збільшилась із 33 до 85 тисяч чоловік. Свідченням цього є загублені життя і тисячі злочинів, скоєних на ґрунті наркоманії чи пов'язаних з нелегальним обігом наркотичних засобів або психотропних речовин, зміцнення позицій вітчизняних нелегальних виробників наркотичної продукції.

Розділ XIII «Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення» чинного Кримінального кодексу України передбачає достатню кількість суспільно небезпечних діянь.

Якщо порівнювати статті Кримінального кодексу України 1960 року та чинного Кодексу на прикладі злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, то питання щодо пом'якшення санкцій у чинному кримінальному законі є спірним.

Даючи порівняльну характеристику злочинів у сфері обігу наркотичних засобів різних кримінальних законів у часі, треба зазначити, що кількісний показник статей, які передбачають кримінально карані діяння у цій сфері, дійсно скоротився порівняно з Кодексом 1960 року. На сьогодні Кримінальний кодекс України містить 16 статей, які передбачають суспільно небезпечні діяння у сфері обігу наркотичних засобів. Кримінальний кодекс 1960 року передбачав 19 статей щодо цієї сфери, а також статтю, яка визначала особливий порядок звільнення від кримінальної відповідальності. Водночас якісний показник передбачених суспільно небезпечних діянь у чинному Кримінальному кодексі України не змінився. Справа в тому, що деякі суспільно небезпечні діяння в окремих випадках у чинному Кодексі охоплюються однією статтею. Більше того, чинний Кримінальний кодекс України встановив ряд діянь, що визнаються злочинами, які не були перед-

бачені Кодексом 1960 року. Отже, законодавець розширив перелік кримінально караних діянь порівняно з попереднім Кодексом.

Аналізуючи розділ X Кримінального кодексу 1960 року та розділ XIII чинного Кримінального кодексу України, треба зазначити, що в останньому змінена класифікація злочинів. Враховуючи те, що класифікація злочинів (їх розташування) у розділі здійснюється за ступенем суспільної небезпечності того чи іншого злочину, варто зазначити, що законодавець по-іншому оцінює ступінь суспільної небезпечності тих діянь, які у попередньому Кодексі мали іншу (протилежну) оцінку.

Проаналізуємо окремі статті, які передбачають відповідальність за скоєння злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, на предмет розширення/звуження диспозицій чи санкцій кримінально-правової норми, зіставивши Кодекс 1960 року з чинним Кримінальним кодексом України. Так, санкція частини першої статті 307 чинного Кодексу встановлює більш м'яке покарання щодо того, яке було встановлене частиною першою статті 229¹ Кодексу 1960 року. Однак є випадки посилення відповідальності та розширення межі диспозиції кримінально-правових норм. Санкція частини першої статті 306 чинного Кодексу встановила більш тяжку відповідальність, ніж передбачена аналогічною статтею Кодексу 1960 року (частина перша статті 229¹²). У частині першій статті 309 чинного Кодексу зміст диспозиції є більш розширеним, ніж зміст диспозиції частини першої статті 229⁶ Кодексу 1960 року. Чинний кримінальний закон також запровадив жорсткіші заходи саме тим, що не встановив умови щодо наявності попередньої адміністративної преюдиції для притягнення особи до кримінальної відповідальності. Таким чином, Кодекс 1960 року в цьому аспекті був лояльнішим (відповідно, частина перша статті 310 та частина перша статті 229³) — особа могла бути притягнутою тільки до адміністративної відповідальності. Запровадження жорсткіших заходів проявляється і в тому, що частина санкцій кримінально-правових норм чинного Кодексу не встановлює альтернативного кримінального покарання на відміну від попереднього Кодексу (відповідно статті 314 та 229¹⁵), ряд диспозицій розширює предмет злочину (наприклад, статті 315 та 229⁵ відповідно).

Окремо треба звернути увагу на збільшення у чинному Кодексі оцінювальних понять, які можна двозначно розуміти і, відповідно, застосовувати. Так, частиною другою статті 229¹⁵ Кодексу 1960 року було чітко визначено суспільно небезпечні наслідки («якщо вони спричинили середньої тяжкості чи тяжке тілесне ушкодження»). Законодавець, розширивши цю норму в новому Кодексі (частина друга статті 314), вводить додатково поняття «дії, якщо вони призвели до наркотичної залежності», яке може по-різному розцінюватися тими чи іншими судами, адже кожен суддя буде виходити з власної правосвідомості, досвіду роботи, експертних оцінок тощо. Тому надмірне розширення оцінювальних понять у кримінальному законі може призвести до підміни поняття, що при правозастосуванні надає можливість використання аналогії закону, яке є неприпустимим.

Отже, чинний кримінальний закон (порівняно з Кодексом 1960 року) до деякої міри передбачає жорсткіші умови, запровадивши нові види діянь, які визнаються злочинами, скасувавши певні обставини, за яких перше суспільно небезпечне діяння не визнавалось злочином (відсутня адміністративно-правова преюдиція), запровадив санкцію покарання, обтяжливішу за передбачувану попереднім Кодексом.

До речі, фахівці жваво обговорюють питання про неможливість кримінального покарання або обмеження свободи наркотично залежних осіб, мотивуючи це несумісністю з принципами покарання соціально хворої особи. Відкидаючи таку пропозицію, окремо треба апелювати до Конвенції про

захист прав людини та основних свобод. Так, пункт (е) частини першої статті 5 зазначеної Конвенції передбачає, що ніхто не може бути позбавлений свободи інакше ніж згідно з процедурою, встановленою законом, і в таких випадках, як законне затримання осіб, для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічно хворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг. Отже, ми бачимо, що в буквальному розумінні Конвенція дозволяє державам-членам (Високим договірним сторонам) обмежувати право на свободу наркоманів у випадках застосування до них законних методів впливу відповідно до встановленої державою процедури.

Безумовно, застосування кримінального покарання є крайнім заходом. До того ж, загроза притягнення особи до кримінальної відповідальності не буде стримувати її від вживання наркотичних засобів. Для недопущення існування та розвитку наркоманії органам державної влади вкрай необхідно вжити ряд заходів саме на перших етапах прояву цього соціального зла, застосовуючи до причетних у цьому осіб помірковані профілактичні заходи впливу, які дозволяли б одночасно запобігати розвитку наркоманії у суспільстві та істотно послабити жорсткі правові заходи впливу щодо особи. Звісно, що на кожну особу треба впливати по-різному, але в такий спосіб держава може встановити межі та альтернативи вжиття необхідних заходів.

Роль превентивних заходів буде набагато вагомішою, ніж застосування кримінальних покарань, оскільки останні спричиняють соціальний негатив і впливають частіше на осіб, які здійснюють виробництво, збут наркотиків. У названій проблемі треба визначити головний ланцюг — причини й умови, які породжують наркотизм. Велику увагу державі треба спрямовувати на людину, яка є і може бути потенційним споживачем наркотичних засобів.

Як відомо, практика проведення антинаркотичної компанії, яка базувалась на жорсткій адміністративній спрямованості всіх її заходів, призвела до того, що особи, які вживали наркотики, всіма засобами змушені були всіляко приховувати свої проблеми. Усе це призвело до ускладнення взаємодії наркологічних, адміністративних та правоохоронних служб, з одного боку, та особою, яка вживала наркотики, — з іншого. І як результат — споживачі наркотиків потрапляли до лікарів чи правоохоронних органів уже на пізніх стадіях захворювання — часто-густо повністю деградованими і соціально дезадаптованими.

Тому для розв'язання проблеми необхідно прийняти спеціальний закон про охорону здоров'я населення від шкідливих наслідків вживання наркотичних засобів.

Доцільнішим є застосування превентивних заходів, до яких треба віднести широке інформування населення про негативні наслідки наркотизму через антирекламу, телебачення, радіо, інші засоби масової інформації, проведення зустрічей, семінарів, здійснення медичних оглядів населення.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що аналіз кримінологічних досліджень наркотизму в нашій країні, а також заходи, які здійснюються державними та правоохоронними органами, мають бути спрямовані на державному рівні на подальше вдосконалення механізму боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів.

**КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ
ТА КРИМІНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ
(окремі питання взаємодії)**

С. Лихова,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

На сучасному етапі розвитку правової системи надзвичайно важливо забезпечити конституціоналізацію законодавства як відповідність поточного законодавства конституційним настановам.

На нашу думку, одне з головних завдань, що постає сьогодні перед науковцями України, в тому числі й фахівцями у галузі конституційного та кримінального права, — показати тісний взаємозв'язок цих двох галузей. Конституція України — це нормативний акт, який має особливе значення, особливий зміст, спеціальний порядок прийняття і внесення змін та цілу низку інших особливостей, які й відрізняють Конституцію України від інших нормативних актів, наприклад від Кримінального кодексу України. У той же час Конституція України не є чимось застиглим, символом, який стоїть над усіма галузями права, як це розумілося в радянські часи. Конституція з її особливим характером — це «живий» закон, що активно діє. Норми Конституції України — це норми прямої дії, вони регулюють відносини в суспільстві. На сучасному етапі розвитку теорії конституційного і кримінального права необхідно дослідити шляхи зближення цих двох галузей, показати їх взаємопроникнення.

Насамперед Конституцію України треба розглядати як основне джерело кримінального права України. У теорії кримінального права джерела цієї галузі прийнято поділяти на формальні та матеріальні [1]. До формальних відносять сам Кримінальний кодекс України, який визначає форму кримінального закону. Саме це і має на увазі законодавець, формулюючи зміст частини першої статті 3 КК України. Але в цій статті, крім самого КК України, названі ще й інші джерела, серед яких основним є Конституція України. Якщо формальні джерела права являють собою зовнішній вигляд правових норм, то матеріальні виражають зміст кримінально-правових норм.

Усі галузі права взаємопов'язані, кожна з них має своє завдання і виконує свою функцію. Конституція України — це також одна з галузей права, яка виконує функцію регулювання відносин у державі. Але Конституція як нормативно-правовий акт, безумовно, відрізняється від інших законів України, посідає серед них головне місце, про що свідчить і назва Закону — Основний. Це місце серед джерел інших галузей права визначається її предметом. Сфера конституційного регулювання відрізняється всеохоплюючим характером, який не притаманний жодному іншому нормативному акту в державі. Вона стосується всіх галузей соціальних зв'язків — економічних, політичних, соціальних і духовних, регулюючи в них фундаментальні основи відносин. Як відзначає Ю. Тодика, подібні можливості і статус у правовій системі держави не має жодний нормативно-правовий акт [2].

Конституція виконує роль основного законодавчого центру всієї системи законодавства. Конституційне регулювання, порівняно з іншими галузями,

має свою специфіку, посідаючи провідне положення і слугуючи базою для галузевого правового регулювання. Конституція є юридичною базою поточного законодавства. Основні її положення конкретизуються, деталізуються і розвиваються в поточному законодавстві. Регулятивна дія переважної більшості конституційних норм виявляється повною мірою тільки в комплексі з іншими нормами, закріпленими в інших галузях права.

Коли йдеться про те, що Конституція є джерелом будь-якої галузі права, це не означає просте включення конституційних норм до існуючого правового поля, а мається на увазі приведення правового поля галузі права у відповідність до норм Конституції.

Конституція визначає не тільки основні засади життя суспільства, а й регулює взаємовідносини між його членами. І тому серед її функцій, під якими розуміються основні напрями конституційного впливу на суспільні відносини, таких, як юридична, політична, правонаділяюча, програмна, геополітична, окремо виділяється і соціальна функція [3]. Зміст її полягає в тому, що предмет регулювання Основного закону держави становлять фундаментальні суспільні відносини, серед яких, поряд із такими глобальними явищами і категоріями як суверенітет народу, національна державність, основи конституційного ладу, треба виділити і суспільні відносини, пов'язані з реалізацією конституційних прав і свобод людини.

На нашу думку, регулюючи відносини між суб'єктами, що виникають з приводу реалізації ними своїх конституційних прав і свобод, Конституція перетворює ці суспільні відносини на конституційні правовідносини, адже правовідносини — це індивідуалізований суспільний зв'язок між особами, який виникає на основі норм права і який характеризується наявністю суб'єктивних юридичних прав і обов'язків, що підтримуються і гарантуються примусовою силою держави [4].

Конституційні правовідносини, як і будь-які інші, мають свою структуру і свої особливості [5]. Якщо норми інших галузей права досить детально перелічують суб'єктів даних правовідносин, то більшості конституційних правовідносин притаманний високий рівень узагальнення і найбільш абстрактна форма взаємодії їх суб'єктів [6].

Тільки конституційних норм не завжди достатньо, щоб втілити конституційні настанови на практиці, і вони недостатньо захищені власними санкціями, на відміну від норм багатьох галузей права.

Нормативний блок механізму реалізації Конституції України передбачає можливість як безпосереднього, так і опосередкованого застосування її норм, тобто через норми галузевого законодавства [7].

На прикладі конституційних норм, норм сімейного та кримінального права розглянемо механізм регулювання та охорони аліментних правовідносин за законодавством України та проблеми, які, на нашу думку, виникають у процесі дії норм цих галузей права.

Щодо конституційних правовідносин сімейне законодавство виконує регулятивну функцію. Мається на увазі, що прийняття законів, які деталізують норми Конституції України, «перекладає» конституційні приписи на мову галузевого законодавства. Цей процес супроводжується конкретизацією конституційних настанов, деталізацією конституційних гарантій основних прав і свобод людини і громадянина. За допомогою галузевого законодавства формуються процесуальні форми реалізації норм Конституції України.

Стаття 51 Конституції України встановлює основні принципи регулювання сімейних відносин, які отримують втілення в нормах нового сімейного законодавства, зокрема в новому Сімейному кодексі України, прийнятому

Верховною Радою України 10 січня 2002 року, який набув чинності з 1 січня 2004 року.

У частині першій статті 51 Конституції України закріплено принцип рівності прав та обов'язків подружжя. Право одного з подружжя на утримання, закріплено в статті 75 СК України. Порядок реалізації цього права, якому відповідає обов'язок одного з подружжя сплачувати аліменти непрацездатному з подружжя, який потребує матеріальної допомоги. Таким чином, першим різновидом аліментних правовідносин є правовідносини між подружжям. У частині другій статті 51 Конституції України закріплено взаємні обов'язки батьків і дітей з утримання і піклування.

Терміни «утримання» та «піклування» є широкими за змістом і досить невизначеними, кожна особа, кожен член сім'ї має свою уяву про зміст цих термінів. У сімейному законодавстві цей обов'язок набув більшої конкретизації і втілюється в аліментних правовідносинах.

Другим різновидом аліментних правовідносин є правовідносини між батьками і дітьми. У частині другій статті 51 Конституції України зазначено, що батьки зобов'язані утримувати своїх дітей до їх повноліття. У більшості випадків батьки здійснюють цей обов'язок добровільно, забезпечуючи їх усім необхідним для життя, навчання, повноцінного розвитку. Добровільність виконання цього обов'язку не веде до того, що деякі відносини треба вважати неправовими. Адже нормативність їх зумовлена тим, що відповідна норма міститься в Конституції України.

Під аліментами розуміється утримання, яке одна особа зобов'язана надавати іншій, з якою вона перебуває у сімейних правовідносинах, за наявності умов, передбачених законом або договором. У юридичній літературі з сімейного права загальноприйнятим є положення, що поняття «утримання» та «аліменти» тотожні. Стосовно аліментних правовідносин — це твердження є справедливим [8].

Таким чином, суб'єктами другого різновиду аліментних правовідносин є батьки та їх неповнолітні діти. І хоча в Конституції України прямо названі саме ці суб'єкти, окремі автори вважають, що тлумачити цю норму допустимо розширено, і вказують, що за умови, що батьки спроможні на це, на них покладається також обов'язок утримувати повнолітніх дітей, які продовжують навчання і через це потребують матеріальної допомоги до досягнення ними двадцяти трьох років (стаття 199 СК України), а також повнолітніх непрацездатних [9] дочку, сина, які потребують матеріальної допомоги (стаття 198 СК України).

У даному випадку треба окремо виділити невідповідність термінології конституційної норми та норми сімейного права. У статті 6 СК України дається законодавче визначення поняття «діти». Це малолітні та неповнолітні особи. Щодо інших осіб, під якими розуміють так званих повнолітніх дітей, законодавець вживає термін «повнолітні (непрацездатні) дочка, син».

Третім різновидом аліментних правовідносин є правовідносини, які виникають між повнолітніми дочкою, сином та їх непрацездатними батьками. У сімейному законодавстві виконання цього обов'язку пов'язується з фактом відсутності джерел існування, пенсії, її незначного розміру і у зв'язку з цим — виникнення потреби у матеріальній допомозі (стаття 202 СК України).

Отже, відповідно до змісту частин першої та другої статті 51 Конституції України практично вичерпується коло осіб, зобов'язаних сплачувати аліменти.

Водночас треба зазначити, що сучасне сімейне законодавство передбачає і регулює більш широке коло аліментних правовідносин.

Суб'єктами аліментних правовідносин є й інші члени сім'ї і навіть особи, які практично ними не є. Таким чином, сучасне сімейне законодавство при

тлумаченні терміна «член сім'ї» сприйняло позицію Конституційного Суду України, викладену в Рішенні від 3 червня 1999 року № 1-8/99 у справі про офіційне тлумачення зазначеного терміна [10]. Відповідно до згаданого рішення до членів сім'ї треба відносити осіб, які перебувають із суб'єктом права у правовідносинах, природа яких визначається: кровними (родинними) зв'язками або шлюбними відносинами; постійним проживанням з ним; веденням з ним спільного господарства. До кола членів сім'ї суб'єкта належать його (її) дружина (чоловік), їх батьки та діти (останні — незалежно від того, чи є це діти будь-кого з подружжя, спільні чи усиновлені, народжені у шлюбі або поза шлюбом). Членами сім'ї можуть бути визначені й інші особи за умов постійного проживання разом із суб'єктом, тобто не лише його (її) близькі родичі (рідні брати, сестри, онуки, дід, баба), а й інші родичі або особи, які не перебувають з ним у безпосередніх родинних зв'язках (неповнорідні брати, сестри; зять, невістка; вітчим, мачуха; опікуни, піклувальники, пасинки, падчерки та ін.). Не обов'язково, щоб вони разом вели господарство, адже за таких умов до членів сім'ї важко віднести брата чи сестру — немовля, інваліда I групи та ін.

Дійсно, в СК України встановлено цілий ряд норм, які регулюють аліментні правовідносини не тільки між подружжям, батьками та дітьми, а й між іншими членами сім'ї (див.: глава 22 СК України «Обов'язок по утриманню інших членів сім'ї та родичів»).

Невідповідність між конституційною нормою (стаття 51 Конституції України) та нормами сімейного законодавства полягає в тому, що терміни, вжиті в конституційній нормі, а саме «подружжя», «батьки», «діти», ніяк не підлягають розширеному тлумаченню, і, таким чином, поза межами конституційного регулювання залишаються правовідносини щодо сплати аліментів, суб'єктами яких є інші члени сім'ї та родичі. Якби в конституційній нормі було вжито саме цей термін «член сім'ї», який вже отримав тлумачення у відповідному рішенні Конституційного Суду, така конституційна норма більш повно і широко сформулювала б конституційний обов'язок з надання матеріальної допомоги тим родичам та членам сім'ї, які мають на це право.

Таке положення, в свою чергу, призводить до проблем, пов'язаних з кримінально-правовою охороною аліментних правовідносин.

У статтях 164, 165 КК України встановлена кримінальна відповідальність за ухилення від сплати аліментів на утримання дітей та за ухилення від сплати коштів на утримання непрацездатних батьків. Кримінальне право виконує щодо інших галузей права охоронну функцію, тобто охороняє правовідносини, врегульовані іншими галузями права. Як зазначав М. Бажанов, норми кримінального права повинні цілком відповідати положенням Конституції. При прийнятті нових кримінальних законів останні мають бути співвіднесені з приписами Конституції і не можуть мати з ними розбіжностей [11].

Дійсно, кримінальне право розбіжностей з нормою, яка міститься у статті 51 Конституції України, не має. Але виникає запитання щодо співвідношення норм сімейного та кримінального права. Сімейне право регулює як аліментні правовідносини, так і способи виконання аліментних зобов'язань. Такі зобов'язання виконуються як у договірному порядку, так і шляхом постановлення судового рішення у справі про стягнення аліментів. Саме невиконання судового рішення і тягне кримінальну відповідальність, якщо воно має форму здійсненого ухилення від сплати встановлених рішенням суду коштів. Безпосереднім об'єктом цих злочинів є аліментні правовідносини. Як і будь-які правовідносини, аліментні правовідносини мають свою структуру. І ось саме на рівні механізму кримінально-правового регулювання,

який діє в загальноохоронному режимі, і виникає основна проблема щодо відповіді на запитання, які саме аліментні правовідносини охороняє кримінальне право: ті, що на загальному рівні передбачені конституційною нормою та індивідуалізовані нормами сімейного законодавства, чи ті, які конституційною нормою не передбачені, а тільки врегульовані нормами сімейного законодавства? Чиї права на отримання аліментів охороняє кримінальне право — подружжя, батьків і дітей (конституційна норма) чи інших членів сім'ї та родичів (норма сімейного права)?

Правовідносини — це відносини, індивідуалізовані за їх суб'єктами. У них визначено юридичні права і обов'язки. Цей індивідуалізований зв'язок між суб'єктами — носіями прав і обов'язків виникає на підставі норми права. Якщо взяти за основу загальноприйняте положення, що конституційна норма і є тією нормою права, на підставі якої реалізуються конституційні правовідносини, суб'єкти яких мають у даному випадку: одні — обов'язок сплатити аліменти, а інші — їх отримати, то можна дійти висновку, що цілий ряд суб'єктів, а саме інші члени сім'ї та родичі, не мають конституційного обов'язку сплачувати аліменти. Нормами сімейного законодавства цей обов'язок врегульований. При цьому порядок стягнення аліментів з суб'єктів аліментних правовідносин нічим не відрізняється від порядку стягнення аліментів, наприклад, з батьків на користь дітей. У той же час права цих осіб кримінальним законом не охороняються.

Якщо батько злісно ухиляється від сплати встановлених рішенням суду аліментів на дітей, то його можна притягти до кримінальної відповідальності.

Якщо свої аліментні зобов'язання, встановлені рішенням суду, не виконує, наприклад, повнолітній онук, то право на отримання аліментів, яке має непрацездатна бабуся, кримінальним правом не охороняється. Якщо сприймати конституційну норму, передбачену статтею 51 Конституції України, в точній відповідності до її змісту, то бабуся не має навіть конституційного права на отримання матеріальної допомоги.

На недоліки в чинному законодавстві щодо кримінально-правової охорони аліментних правовідносин вказує М. Хавронюк, який, зокрема, пише, що згідно з СК України обов'язок утримувати неповнолітніх або непрацездатних дітей несуть не лише батьки, а й інші особи (дід і бабуся, мачуха і вітчим, повнолітні брати і сестри, особи, у сім'ї яких виховувалася дитина). Тому до статті 164 КК України треба внести відповідні зміни. У статті 165 КК України не враховано, що відповідно до СК України (статті 75, 76, 99, 266, 267, 270 та інші) право на утримання (аліменти) можуть мати також непрацездатні: один з подружжя, у тому числі після розірвання шлюбу; брати і сестри; мачуха і вітчим; баба і дід тощо. Суспільно небезпечні дії, які полягають у злісному ухиленні від сплати аліментів переліченим особам, також мають бути криміналізовані [12].

Треба відзначити, що це не єдина проблема, яка виникає при застосуванні статей 164, 165 КК України. Сам зміст передбаченої ними ознаки «злісне», яка має оціночний характер, викликає проблеми при застосуванні, на що вказують судді [13]. Крім того, при аналізі норми сімейного законодавства постає питання про надмірну криміналізацію даного виду правопорушень. Отже, на підставі викладеного, вважаємо за потрібне вказати на наявність проблеми невідповідності конституційної норми та норм сімейного і кримінального законодавства щодо правового регулювання аліментних правовідносин.

На нашу думку, треба розширити зміст конституційної норми, що дозволить включити до неї всі суб'єкти, на яких покладається конституційний обо-

в'язок надавати матеріальну допомогу членам сім'ї, іншим родичам, які є непрацездатними і потребують матеріальної допомоги.

Це дасть змогу внести зміни до статей 164, 165 КК України та встановити кримінальну відповідальність за ухилення від сплати аліментів, встановлену рішенням суду. Бланкетний характер диспозиції нової кримінально-правової норми дозволить застосовувати її у будь-якому випадку невиконання аліментних зобов'язань (за наявності інших криміноутворюючих ознак).

1. Уголовное право. Общая часть : Учебник для вузов / Отв. ред. — д. ю. н., проф. И.Я. Козаченко и д. ю. н., проф. З.А. Незнамова. — М.: Издат. группа ИНФРА·М — НОРМА, 1997. — С. 24—25.

2. *Тодика Ю.М.* Конституція України: проблеми теорії і практики : Монографія. — Харків: ФАКТ, 2000. — С. 18.

3. *Румянцев О.Г.* Основы конституционного строя России. — М., 1994. *Мелашенко В.Ф.* Основы конституційного права України. — К., 1996.

4. *Алексеев С.С.* Общая теория права. — В 2 т. — Т. II. — М.: Юрид. лит., 1982. — 360 с.

5. *Лучин В.О.* Конституционные нормы и правоотношения. — М., 1997. — С. 110.

6. *Ю.М. Тодика.* — Зазначена праця. — С. 352.

7. Див.: *Тодика Ю.Н.* Конституционное право Украины: отрасль права, наука, учебная дисциплина. — Харьков: ФАКТ, 1998. — С. 42—46.

8. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / За ред. Ю.С. Червоного. — К.: Істина, 2003. — С. 134.

9. Конституція України : Науково-практичний коментар. — Видавництво «Право», Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 259.

10. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997—2001 / Відп. ред. к. ю. н., П.Б. Євграфов. — У 2 кн. — Кн. 1. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — С. 396—409.

11. Кримінальне право України: Загальна частина : Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.; За ред. проф. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. — Київ — Харків: Юрінком Інтер — Право, 2001. — С. 14—15.

12. *Хавронюк М.І.* Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. — К.: Істина, 2004. — С. 170—171.

13. Судова практика у справах про злісне ухилення від сплати аліментів на утримання дітей // Вісник Верховного Суду України. — № 1 (41). — 2004. — С. 27—28.

ДО ПИТАННЯ ПРО ЗМІСТ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА НА ЖИТТЯ

Н. Шепелева,
докторант кафедри теорії кримінального права
Національної академії внутрішніх справ України,
кандидат юридичних наук, доцент

Конституція України у статті 3 найвищими соціальними цінностями називає життя, здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку людини. Постає запитання: чому серед найвищих соціальних цінностей Основного закону України немає вказівки на свободу? Основний закон Федеративної Республіки Німеччина від 23 травня 1949 року, наприклад, прямо проголошує, що свобода особи є недоторканною (частина друга статті 2). Якщо поглянути на Кримінальний кодекс України, покликаний охороняти найвищі соціальні цінності нашого суспільства від злочинних посягань, то ним передбачено посягання на волю особи в окремому розділі III «Злочини проти волі, честі та гідності особи». У той же час у ньому відсутні будь-які норми, що передбачають посягання на честь і гідність особи. Відомо, що такі діяння проти честі і гідності людини, як образа і наклеп, декриміналізовано. Як уявляється, зазначені обставини свідчать про прогалину в Конституції України і про недоліки кримінального закону.

При з'ясуванні питання щодо оцінки важливості окремих із зазначених соціальних цінностей, на нашу думку, нерідко допускається суб'єктивний підхід. Кожна людина має своє власне ставлення до життя, свободи, честі і гідності. Пригадаймо легендарного Езопа, для якого життя було ніщо без свободи. За об'єктивного підходу ієрархія цінностей у кожному суспільстві визначається державою і закріплюється правом. У цій ієрархії найвищою цінністю є життя людини.

Конституція України 1996 року під впливом гуманістичних тенденцій розвитку наук гуманітарного спрямування, а також міжнародних стандартів у галузі прав людини — Загальної декларації прав людини 1948 року, Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права 1966 року тощо закріпила в розділі I (стаття 3) визнання життя людини найвищою соціальною цінністю в Україні, а в розділі II (стаття 27) — право на життя цілком обґрунтовано визнається абсолютною цінністю світової цивілізації, адже всі інші права втрачають сенс і значення у випадку настання смерті людини.

Право на життя тривалий час не отримувало законодавчого закріплення як в Україні, так і в інших країнах світу. За Великою Хартією вольностей у XIII столітті вважалося, що в першу чергу необхідно закріпити гарантії особистої недоторканності. Під час Великої французької революції рівність і свобода були проголошені основоположними цінностями. Лише в Декларації незалежності, прийнятій 4 липня 1776 року тринадцятьма штатами Америки, вперше прозвучали такі слова: «Ми виходимо з тієї самоочевидної істини, що всі люди створені рівними і наділені Творцем певними невідчужуваними правами, до числа яких відносяться життя, свобода і прагнення до щастя».

Проте впродовж майже двох століть право на життя не знаходило закріплення в конституційних актах жодної держави світу. В подальшому у Загальній декларації прав людини 1948 року це право набуває форми суб'єктивного: «Кожна людина має право на життя».

Міжнародне визнання права на життя стало поштовхом для закріплення його в конституціях ряду країн (ФРН — 1949 рік, Іспанія — 1978 рік тощо). Але до жодної конституції радянської доби воно включено не було, хоча в наукових джерелах порушувалося питання про необхідність внесення такого доповнення до Конституції СРСР і СРСР брав участь або приєднувався до міжнародно-правових документів, у яких закріплювалося право на життя. У конституціях радянського періоду основна увага приділялася соціально-економічним правам громадян.

Що становить зміст права на життя людини на сьогоднішній день, є невизначеним. На перший погляд, це право на захист життя від злочинних посягань. Проблема кримінальної відповідальності за вбивство була і залишається актуальною. Чинний КК України передбачає ряд складів злочину, основним або додатковим об'єктом яких є життя людини. В одних випадках протиправне позбавлення людини життя охоплюється однією кримінально-правовою нормою (наприклад, статті 112, 115—119, 348, 379, 400 КК). В інших — діяння, поєднані з убивством, потребують кваліфікації за сукупністю злочинів. Проти визнання життя людини додатковим об'єктом посягання в двооб'єктних складах злочину в літературі з'явилися заперечення. Так, зокрема, А. Красіков, Т. Нуркаєва вважають, що коли у двооб'єктних злочинах страждають права і свободи людини, визнані Конституцією найвищою цінністю, то називати їх додатковими об'єктами некоректно.

З нашої точки зору, така пропозиція є неприйнятною. Відомо, що основний об'єкт посягання визначає місце кожної кримінально-правової норми в системі Особливої частини КК. Визнання життя людини основним об'єктом посягання в усіх кримінально-правових нормах, де посяганням заповдіюється смерть людини, призвело б до того, що переважна більшість злочинів перетворилася б на злочини проти життя людини. Характеристика злочину як двооб'єктного визначає структуру його складу, місце в системі Особливої частини КК, свідчить про підвищення його суспільної небезпечності.

Встановленням кримінальної відповідальності за посягання на життя проблема з'ясування змісту права на життя не вичерпується. Постає питання про необхідність перегляду традиційних підходів до встановлення початкового і кінцевого моментів життя людини з огляду на бурхливий розвиток медицини в сучасних умовах. Потребує з'ясування і зміст права людини на смерть. Суспільство має визначитися у своєму ставленні до абортів, самогубства, евтаназії. Вирішення цих аспектів такого, начебто добре знайомого, поняття, як «право на життя», наповнить його новим правовим змістом.

Використана література

1. Красіков А.Н. Уголовно-правовая охрана политических, гражданских и иных конституционных прав и свобод человека и гражданина в России. — Саратов, 1996. — С. 25;

2. Нуркаева Т.Н. Личные (гражданские) права и свободы человека и их охрана уголовно-правовыми средствами. — СПб: Юридический центр Пресс, 2003. — С. 108—109.

ДЛЯ НОТАТОК

Над випуском працювали:

Галина Сурначова

Олена Пазенко

Любов Лавриненко

Луїза Ляшко

Святослав Караваєв

Вікторія Зарецька

Михайло Черненко

Здано до складання 01.06.2005. Підписано до друку 23.06.2005.

Формат 70×100/16. Папір офсетний. Друк офсетний.

Обл.-вид. арк. 8,0. Умовн. друк. арк. 5,46. Наклад 1300 прим.

Віддруковано у ЗАТ «Віпол», ДК № 15. 03151, Київ — 151, вул. Волинська, 60.

Зам. № .