

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
МІЖНАРОДНИЙ ГУМАНІТАРНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

НАУКОВИЙ ВІСНИК
МІЖНАРОДНОГО
ГУМАНІТАРНОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія:
ЮРИСПРУДЕНЦІЯ

ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

Випуск 5

Одеса
2013

УДК 340 (082)
ББК 67Я43
Н-34

Збірник включено до Переліку наукових фахових видань України
відповідно до наказу Міністерства освіти і науки України № 463 від 25.04.2013 р.

Серію засновано у 2010 р.

Засновник — Міжнародний гуманітарний університет

Друкується за рішенням Вченої ради Міжнародного гуманітарного університету
протокол № 8 від 21 травня 2013 р.

Видавнича рада:

С. В. Ківалов, акад. АПН і НАПрН України, д-р юрид. наук, проф. – голова ради; **А. Ф. Крижановський**, член-кореспондент НАПрН України, д-р юрид. наук, проф. – заступник голови ради; **М. П. Коваленко**, д-р фіз.-мат. наук, проф.; **С. А. Андронаті**, акад. НАН України; **В. Д. Берназ**, член-кореспондент НАПрН України, д-р юрид. наук, проф.; **О. М. Головченко**, д-р екон. наук, проф.; **Д. А. Зайцев**, д-р техн. наук, проф.; **В. М. Запорожан**, д-р мед. наук, проф., акад. АМН України; **М. З. Згуровський**, акад. НАН України, д-р тех. наук, проф.; **В. А. Кухаренко**, д-р філол. наук, проф.; **І.В. Ступак**, д-р філол. наук, доц.; **Г. П. Пекліна**, д-р мед. наук, проф.; **О. В. Токарев**, Засл. діяч мистецтв України.

Відповідальний редактор серії – член-кореспондент НАПрН України, д-р юрид. наук, проф., Заслужений діяч науки і техніки України **В. Д. Берназ**

Заступник відповідального редактора серії – канд. юрид. наук, доц. **А. А. Березовський**

Редакційна колегія серії «Юриспруденція»:

А. Ф. Крижановський, член-кореспондент НАПрН України, д-р юрид. наук, проф., Заслужений діяч науки і техніки України; **Ю. О. Гурджі**, д-р юрид. наук, доц.; **О. К. Вишняков**, д-р юрид. наук, проф.; **В. В. Дудченко**, д-р юрид. наук, проф., Заслужений юрист України; **А. В. Дулов**, д-р юрид. наук, проф., Заслужений юрист Республіки Білорусь (Білорусь); **В. К. Дуюнов**, д-р юрид. наук, проф. (Росія); **В. М. Дрьомін**, член-кореспондент НАПрН України, д-р юрид. наук, проф.; **Т. С. Ківалова**, д-р юрид. наук, проф.; **Т. С. Кізлова**, д-р юрид. наук, доц., Заслужений юрист України; **С. І. Клім**, канд. юрид. наук; **Н. А. Лопашенко**, д-р юрид. наук, проф. (Росія); **Н. А. Орловська**, д-р юрид. наук, доц.; **В. В. Печерський**, канд. юрид. наук, доц. (Білорусь); **В. О. Туляков**, член-кореспондент НАПрН України, д-р юрид. наук, проф., Заслужений діяч науки і техніки; **О. І. Харитонова**, член-кореспондент НАПрН України, д-р юрид. наук, проф.; **Г. І. Чанишева**, член-кореспондент НАПрН України, д-р юрид. наук, проф.; **Mark Weston Janis William F.** Starr Professor of Law (США).

Повне або часткове передрукування матеріалів, виданих у збірнику
«Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету»
допускається лише з письмового дозволу редакції.

При передрукуванні матеріалів посилання на
«Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету» обов'язкове.

Свідоцтво про державну реєстрацію КВ № 16818-5490Р від 10.06.2010

Адреса редакції:

Міжнародний гуманітарний університет, офіс 202,
вул. Фонтанська дорога 33, м. Одеса, 65009, Україна,
тел. (048) 719-88-48, факс (048) 715-38-28, www.vestnik-pravo.mgu.od.ua

© Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету.

Серія: «Юриспруденція», 2013

© Міжнародний гуманітарний університет, 2013

© Обкладинка ІІІ «Фенікс», 2013

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

*Кельман М. С.,
д. ю. н., професор,
завідувач кафедри загальної теорії
держави і права Львівського державного
університету внутрішніх справ*

МЕТОДОЛОГІЧНА СИТУАЦІЯ У СУЧАСНОМУ ПРАВознавстві ТА ТЕНДЕНЦІ РОЗВИТКУ ЙОГО МЕТОДОЛОГІЇ

Анотація. Розглянуто розуміння методології у сучасному правознавстві. Зазначається, що особливістю її є перехід від моністичної сукупності прийомів дослідження до філософсько-методологічного плюралізму.

Ключові слова: право, методологія, правознавство, правова наука, філософія, державність.

Постановка проблеми. Методологія належить до числа найменш розроблених галузей юриспруденції, насамперед загальної теорії права. Саме цим обумовлена необхідність аналізу методологічних проблем сучасного правознавства у контексті тих змін, що відбуваються сьогодні у науковій сфері, передусім йдеться про трансформації загальносвітового, національного і «внутрішньо наукового» рівня. У цьому зв'язку методологію юридичної науки слід розглядати як складне за своєю структурою, внутрішньо диференційоване багаторівневе утворення. На цій основі розкриваються сучасні методологічні уявлення про розмаїття правової проблематики. Особлива увага звертається на дискурс, що зводиться до визначення перспектив у сучасному правознавстві гносеологічного і методологічного плюралізму.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Для сучасної ситуації характерна невідсутність альтернативних марксистові філософсько-методологічних концепцій, а ступінь дослідницької активності у цій сфері учених юристів. Проте, розгляд методологічних питань сьогодні помітно розширюється й поглиблюється. На монографічному рівні вони представлені перш за все солідними публікаціями Д. Керімова, А. Шабаліна, А. Васильєва, В. Сирих та інших відомих авторів, але зміст і форма їх певним чином не надто виходить за межі коментування концептуальних положень марксистської філософії. Із відомих українських правознавців до цієї проблематики постійно проявляють науковий інтерес М. Козюбра, П. Рабінович, О. Тихомиров, Ю. Оборотов та інші. Методологічна увага в їх дослідженнях помітно змінюється і дедалі більше переходить у сферу ціннісно-світоглядних аспектів правознавства.

Одним із принципових результатів розгорнутих наукових досліджень є формування стійких уявлень про методологію науки як відносно самостійний

наддисциплінарний підхід до проблем наукового пізнання.

Правда, вести мову про масове захоплення юристами цією проблематикою важко. З цим, в цілому, досить прохолодним, відношенням до проблем розуміння власної методології вітчизняна юриспруденція і вступила до ХХІ століття.

Викладення основного матеріалу. Визнання того, що методологія є необхідним компонентом будь-якої науково-пізнавальної діяльності, не привело до єдності поглядів щодо поняття методології науки. На думку одних авторів, до неї ставитися правильно функціонально, і тому методологічні функції здатна виконувати будь-яка наукова теорія [1, 109]. Інші ототожнюють методологію і філософію [2, 48]. Достатньо поширені різні варіації в межах філософії – від спеціальної філософської дисципліни [3, 79] до філософії науки (філософії наукового методу) [4, 42] і певного світогляду [5, 234]. Робляться спроби обґрунтувати методологію як самостійну науку зі своїм предметом і методом [6, 48]. У спеціальній літературі відзначаються й інші підходи [7, 119]. Такий різнобій свідчить насамперед про відсутність єдності у розумінні статусу методології науки, її співвідношення з філософією, теоретичними системами, конкретними науками. Відзначаючи цю обставину, А. А. Піскопель вказує, що найбільш поширеним способом подолання існуючих підходів є «виокремлення у межах методології (науки) кількох її якісних рівнів, що характеризуються різною мірою спільності» [8, 43]. Проте, уявлення про кількість таких рівнів (загальна і окрема методологія) [9, 52] до чотирьох (філософський, загальнонауковий, конкретно-науковий, методики і техніки дослідження) [10, 228].

Певний збіг думок вдається виявити, мабуть, тільки щодо призначення методологічної роботи. У цій частині тією або іншою мірою визначеності загалом визнається, що, досліджуючи загальні поняття, шляхи та закономірності наукового пізнання, його принципи і методи, методологія покликана виробляти положення, що дозволяють обирати засоби і будувати процедури ефективного розв'язання проблем і завдань, які виникають у процесі науково-дослідницької діяльності [11, 62].

Отже, розроблювана у філософській літературі сучасна «загальна» методологія науки активно дискутує як власний статус і «юрисдикція», так і основні проблемні «фокуси».

Зрозуміло, що дати жорстке визначення методології науки, як і самої науки, яке б задовольняло усі підходи, що реалізуються, і способи розуміння, сьогодні досить проблематично. Водночас це слід зробити, хоча б для «конкретизації того, про що йдеться», необхідного для «входження в дискурс» про методологію юридичної науки [12, 156]. З урахуванням сказаного, методологію науки допустимо охарактеризувати як здійснюване на різних рівнях (філософський, загальнонауковий, конкретних наук, методики і техніки) дослідження загальних засад, шляхів закономірностей наукового пізнання, його принципів і методів, спрямованих на розробки положень, що дозволяють обирати засоби і будувати процедури ефективного розв'язання проблем і завдань, які виникають у процесі науково-дослідницької діяльності.

Не менше проблем з розумінням методології правознавства у юридичній літературі. У процесі відповідних обговорень розбіжності виникали з найрізноманітніших аспектів проблеми. В основному дискутувалися співвідношення методології і методу правознавства, теорія права і методології, філософських і спеціальних методів юриспруденції [13, 29]. Мабуть, найбільші розбіжності в розумінні методології юридичної науки пов'язані з уявленнями про межі методологічних досліджень у правознавстві. Одні автори обмежують методологію правової науки вивченням дослідницького інструментарію правознавства, питанням застосування сукупності конкретних методів і засобів наукового пізнання до дослідження правових явищ [14, 44]. Інші доповнюють інструментальний підхід дослідженням самого процесу пізнання права, його філософсько-методологічних засад [15, 190-192]. Треті, продовжуючи цю лінію, ставлять питання про розгляд гносеологічних особливостей правознавства [16, 68], стверджують, що «аналіз правового знання на рівні філософської методології є недостатнім і занадто абстрактним для виявлення специфіки правового (теоретичного) знання. Необхідна інша, більш конкретна методологія, яка займається не теорією загалом, а тим різновидом теорій, що спостерігаються у правовій науці» [17, 8]. Нарешті, можна відзначити фактичне ототожнення методології правознавства з усією сукупністю принципів, засобів і методів раціонального пізнання. Останнє, з нашого погляду, здійснене Д. А. Керімовим. На основі уявлення, що «методологія як за походженням і розвитком, так і за призначенням, роллю – це загальнонауковий феномен, внутрішньо іманентний науці загалом і кожній її окремій галузі зокрема» [18, 35], автор пише: «Методологія права є ані що інше, як загальнонауковий феномен, який об'єднує

всю сукупність принципів, засобів і методів пізнання (світогляд, діалектичні методи пізнання і вчення про них, загально і спеціально наукові поняття та методи), вироблених усіма суспільними науками, в тому числі і комплексом юридичних наук, які і застосовуються у процесі пізнання специфіки правової дійсності, її практичного перетворення» [19, 39].

Наведені погляди на методологію дозволяють стверджувати, що у дослідницькій практиці юридична наука сьогодні тією чи іншою мірою здійснює методологічну рефлексію всіх рівнів. Це означає, що юристи не можуть залишатися осторонь сучасних філософських, загальнонаукових дискусій з проблем методології наукового пізнання і вимушені визначати своє ставлення не тільки до пануючих концепцій, але й до ключових проблем. Однією з них є можливість існування методології, єдиної для природничих, соціальних і гуманітарних наук [20, 41]. Дискусії з цієї проблеми багато у чому стимулювали рух методологічної думки, починаючи від кінця XIX ст. Без визначення свого ставлення до цього питання, осмислення свого місця у сформованій методологічній опозиції наша юридична наука сьогодні ледве чи обійдеться хоча б з погляду рефлексії своїх філософсько-методологічних засад.

Отже, ведучи активні методологічні розробки, сучасна наука поруч з об'єктами оточуючого світу включає у сферу своїх дослідницьких інтересів широке коло власних засобів, процедур, форм і умов пізнання. Наукові дослідження охоплюють сьогодні і засади виділення об'єкта науки, і організацію її предмета, правила співвіднесення об'єкта і предмета науки, і схеми пояснення та процедури дослідження, і суб'єктів наукового пізнання в системі їхніх засобів і ціннісно-цільових структур, що пов'язуються з цінностями і цілями суспільства, і питання реалізації наукового знання. Переважають звичайно інші, ніж двісті чи триста років тому уявлення про критерії наукового пізнання і засади та правила наукової діяльності, наукового знання. Однак і сучасні погляди на науку і способи оцінки наукового знання ще є далекими від єдності.

Найбільш поширеним і розробленим є розуміння науки як виду пізнавальної діяльності, процесу вироблення нового знання. У цьому процесі досить умовно прийнято виділяти два аспекти, що називаються емпіричним і теоретичним «рівнями», описовою і теоретичною наукою. Зазвичай, перший ототожнюється з установленням фактів, другий – із побудовою наукових гіпотез і теорій. Як основні риси, які відрізняють наукове дослідження від «позанаукових» форм пізнання звичайно називають його об'єктивність і предметність, відтворюваність, доказовість, здатність до перевірки тощо.

Більшість сучасних дослідників дотримується думки, що історично таке розуміння наукового пізнання зароджується в європейській інтелектуальній традиції

досить пізно і головню співвідноситься зі становленням у новий час так званої природничо-наукової парадигми, що пов'язується насамперед з філософськими розробками Бекона і Декарта і працями Галілея і Ньютона. З філософсько-методологічних позицій саме даний етап в історії науки характеризується як її класичний період (класична наукова раціональність), найбільш принциповою особливістю якого вважається об'єктна гносеологічна установка, прагнення максимально виключити з процесу наукового пізнання усе, що стосується суб'єкта, засобів та процедур його пізнавальної діяльності, і абсолютна математизація наукового мислення. На думку низки дослідників, це стало однією з основних причин того, що з цього періоду в європейській культурі починає домінувати принципово новий порівняно з античністю тип раціональності, інший спосіб пізнання.

Звичайно, математика стала відігравати велику роль у процесі пізнання значно раніше, ще з часів піфагорійської школи. Проте, навіть у Аристотеля, який зробив науку самодостатньою сферою, не «вбудованою» в інші сфери та види діяльності, пізнання було головним чином метафізичним осяганням світу, яке здійснювалося насамперед шляхом побудови відповідних онтологій. За Аристотелем, наукове мислення – це судження, які, з одного боку, підпорядковуються певним правилам, а з другого – відповідають певній онтології. Отже, можливості математики не розглядалися як універсальні, а сфера її застосування мала певні обмеження. Зокрема, в «Метафізиці» Аристотель вказує на те, що «математичної точності потрібно вимагати не для всіх предметів, а лише для нематеріальних. От чому цей спосіб не пасує для того, хто розмірковує про природу, адже вся природа, можна сказати, є матеріальною. А тому слід насамперед роздивитись, що таке природа» [21, 98].

В інтелектуальній традиції нового часу математика вже починає розглядатись як універсальний засіб наукового пізнання світу. Вирішальною світоглядною передумовою цього погляду дослідників цієї проблеми є усунення принципової для аристотелівської науки межі між природними об'єктами природи і штучною людською діяльністю, її продуктами. Зокрема, як відзначає В. П. Філатов, для античного світогляду «технічний пристрій – штучний предмет – онтологічно, тобто за рівнем свого буття, виступав якісно іншим у порівнянні з природними речами. Згідно з Аристотелем, природні речі мають первинну форму, тоді як речі штучні, створені людиною, мають лише вторинну форму» [22, 38]. Для наукової свідомості того часу всі об'єкти належали до спільної реальності, що підпорядковується єдиним законам пізнання, панівна натурфілософська установка розглядається як єдино наукова. У поєднанні з успіхами природознавства це створює сприятливі умови для формування

пізнавальної традиції, у якій математика стає не просто універсальною мовою і методом, але й критерієм науки. Провідною ідеєю даної традиції стає «ідея єдиної науки, що охоплює всі сфери сутнього, «універсальної математики», про яку мріяли Декарт, Лейбніц, інші мислителі XVII ст.» [22, 48].

Математизація наукової свідомості, поєднана з емпіричними дослідженнями, експериментом приводить і до уявлень про необхідність точності у науці, а суворой «технологічній» організації наукової діяльності. Сенс такої наукової точності дуже добре виразив Мартін Хайдеггер, який писав: «Проте, математичне дослідження природи не тому є точне, що його розрахунки акуратні, а розрахунки у нього **повинні** бути акуратні тому, що його прив'язка до своєї предметної діяльності має риси точності». Взірцем уявлення про цю точність і «технологічність» може слугувати така характеристика ньютонівської науки, дана Ампером. «Починати зі спостереження фактів і змінювати, за можливості, супутні їм умови, супроводжуючі цю первинну роботу точними вимірюваннями, щоб вивести загальні закони, засновані цілковито на досвіді, і в свою чергу вивести з цих законів незалежно від будь-яких припущень про природу сил, що викликають ці явища, математичне вираження цих сил, тобто вивести формулу, котра їх представляє, – от шлях, яким йшов Ньютон» [7, 119].

Виражена в цьому висловлюванні установка на виведення математичного вираження сил незалежно від будь-яких припущень щодо їхньої природи добре ілюструє ще одну особливість сформованої на той час наукової раціональності – відсутність характерних для античного пізнання метафізичних суджень, зумовленості ознак і властивостей об'єктів вихідними мисленими побудовами. Образно кажучи, сформована у новий час наука, на відміну від античного пізнання «розмірковування», стає пізнанням «дослідження». Побудована на натуралістичному світогляді інструментальної самодостатності пізнавальної діяльності, математичної нормативності методу, вона набуває тих рис, які ми нерідко сприймаємо як характеристики будь-якого раціонального пізнання – об'єктивність, відтворюваність, доказовість, точність тощо. Проте, ці вимоги сформувалися саме у новоевропейському «дослідницькому пізнанні», яке сьогодні і називається наукою: наукою як формою духовного виробництва, діяльністю з виробництва знань. «Проект і строгість, – відзначає Мартін Хайдеггер, – методика і виробництво, взаємно потребуючи одне одного, становлять сутність новоевропейської науки, роблять її дослідженням» [25, 47]. За цього відповідність науково-дослідницької діяльності певним правилам методу розглядається і як принципова умова її існування, і як гарантія отримання об'єктивного, обґрунтованого, перевіреного, тобто наукового знання. «Формування наукового знання, – стверджує

В. С. Швирев, – передбачає певні норми і правила, дотримання яких зумовлює особливості науки як певного виду духовного виробництва, як деякого типу суспільної свідомості. Якщо наука втрачає цю свою функцію, якщо вона припиняє здійснювати такого роду діяльність, то вона перестає бути наукою, вироджується у щось інше, тільки зовні зберігаючи статус і форму науки» [26, 23]. У теоретичному плані це справедливо і з урахуванням уявлень про класичний, некласичний і посткласичний етапи розвитку науки, оскільки зв'язок наукового пізнання з ціннісно-цільовими структурами суспільства не скасовує «внутрішньонаукового» відношення до методу і його правил.

Висновки. Отже, сучасна наука у викладеному підході може розглядатися як така діяльність з виробництва і організації об'єктивного, достовірного, перевіреного, обгрунтованого і т. д. знання, що історично виникає у конкретній соціокультурній ситуації, розробляє власні методи і засоби. У цьому розумінні наукою визнається не усяка раціонально організована пізнавальна діяльність, а тільки та, яка здійснюється за певними правилами, засобами і методами, що дозволяють характеризувати вироблені знання як об'єктивні, достовірні, такі, що підлягають перевірці, обгрунтованою тощо.

Із викладених позицій випливає, що будь-яка конкретна наука є такою настільки, наскільки задовольняє загальним вимогам до наукового пізнання. Цим положенням керується у своєму самовизначенні і юриспруденція. Зокрема, виходячи з того, що «наука – складне і багатогранне явище, особлива форма суспільної діяльності людей з виробництва знання з метою передбачення подій і перетворення дійсності», А. Ф. Черданцев пише: «Зазначене, звичайно, стосується і юридичної науки, яка являє собою суспільну діяльність людей з виробництва наукових знань про державу і право, на основі яких здійснюється передбачення розвитку держави і права і доцільна діяльність у державно-правовій сфері» [27, 4].

У цьому ж дусі висловлюється В. М. Сирих, відзначаючи, що «правознавство, будучи однією з найважливіших сфер суспільствознавства, виступає таким тою мірою, у якій воно задовольняє загальним вимогам, що висуваються до будь-якого наукового знання, незалежно від його предметної належності до філософських, математичних, природничих чи соціальних наук» [28, 21-22].

За такого ставлення до правознавства логічно вважати, що вивчення права має здійснюватися відповідно до всіх вимог, що висуваються до наукового дослідження, і приводити до результатів, що оцінюються у межах методології науки, норм наукового знання. Проте, нинішній стан досліджень у цій сфері дозволяє говорити раніше про наявність відповідних проблем, аніж про можливість виявити готові розв'язання.

Література:

1. Ядов В. А. Социологические исследование. Методология. Программа. Методы / В. А. Ядов. — М.: Юрид. лит. — 328 с.
2. Андреев И. П. Проблемы логики и методологии познания / И. П. Андреев. — М.: Наука, 1972. — 258 с.
3. Чупин П. П. Философские основы методологии и логики научного познания / П. П. Чупин. — Свердловск: Норма, 1975. — 188 с.
4. Фон Вригт Г. Х. Логико-философские исследования / Г. Х. фон Вригт. — М.: Мысль, 1986. — 356 с.
5. Аверьянов А. Н. Методология, мировоззрение и факторы повышения научной деятельности / А. Н. Аверьянов // Методологические проблемы современной науки. — М.: Норма, 1979. — 302 с.
6. Ракитов А. И. К вопросу по структуре исторического исследования / А. И. Ракитов // Философские проблемы исторической науки. — М.: Статус, 1969. — 223 с.
7. Пископфель А. А. Методология и философия в современной интеллектуальной культуре / А. А. Пископфель, В. М. Розин. — М.: Юридична література, 1973. — 189 с.
8. Пископфель А. А. Вказ. твір. — С. 43.
9. Горский Д. П. Проблемы общей методологии наук и диалектической логики / Д. П. Горский. — М.: Спарк, 1966. — 395 с.
10. Блауберг И. В. Становление и сущность системного подхода / И. В. Блауберг, Э. Г. Юдин. — М.: Норма, 1973. — 325 с.
11. Адлер Г. Методология в сфере теории и практики / Г. Адлер // НЛП в действии. — СПб: Питер, 2001. — 128 с.
12. Канке В. А. Основные философские направления и концепции науки. Итоги XX столетия / В. А. Канке. — М.: Мысль, 2000. — 234 с.
13. Самощенко И. С. К методологии советского правоведения. Советское государство и право / И. С. Самощенко, В. М. Сырых. — М., 1973. — № 6. — 31 с.
14. Казимирчук В. П. Основы теории права: учебное пособие / В. П. Казимирчук. — Харьков: Консум, 1998. — 174 с.
15. Самощенко И. С. Диалектика и специальные методы правовой науки / И. С. Самощенко, В. М. Сырых // Методологические проблемы советской юридической науки. — М.: Норма. — 243 с.
16. Козлов В. А. Проблемы предмета и методологии права / В. А. Козлов. — М.: Статус, 1989. — 403 с.
17. Грязин И. Б. Текст права (методологический анализ теорий) / И. Б. Грязин. — М.: Юридическая литература, 1979. — 352 с.
18. Керимов Д. А. Философские основания политико-правовых исследований. Правоведение / Д. А. Керимов. — 1964. — № 4. — С. 15-28.
19. Керимов Д. А. Философские основания политико-правовых исследований / Д. А. Керимов. — М.: Наука, 1980. — 258 с.
20. Фон Вригт Г. Х. Вказ. твір. — С.41.
21. Аристотель. Метафизика. Соч.: в 4 т. / Аристотель. — Т. 1. — М.: Наука, 1976. — 296 с.
22. Филатов В. П. Научное познание как деятельность / В. П. Филатов. — М.: Мысль. — 211с.
23. Хайдеггер М. Введение в правоведение в сфере частного права / М. Хайдеггер. — М.: Наука, 1998. — 276 с.
24. Пископфель А. А. Методологические проблемы науки / А. А. Пископфель. — М.: Статус, 1997. — 196 с.
25. Хайдеггер М. Введение в правоведение в сфере частного права / М. Хайдеггер. — М.: Мысль, 1998. — 256 с.
26. Швирев В. С. Наука и её статус / В. С. Швирев. — М.: Наука, 1999. — 176 с.

27. Черданцев А. Ф. Понятие и функции юридической науки / А. Ф. Черданцев. — М.: Наука. — 179 с.
28. Сырых В. Н. Методология современного правоведения / В. Н. Сырых. — М.: Класс, 1978. — 300 с.

Кельман М. С. Методологическая ситуация в современном правоведении и тенденции развития его методологии

Аннотация. Проанализировано методологическое понимание в современном правоведении, основной особенностью ее является переход от монистической методологии к философско-методологическому плюрализму.

Ключевые слова: право, методология, правоведение, правовая наука, философия, государственность.

Kelman M. Methodological situation in modern jurisprudence and the tendencies of its development methodology

Summary. The article deals with the methodological situation in modern jurisprudence. It is stressed that its main feature is the conversion from the monistic totality of the researching methods of the philosophical-methodological pluralism.

Keywords: law, methodology, law science, philosophy, jurisprudence.

*Крижановський А.Ф.,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,*

*Коломоєць О.В.,
аспірантка кафедри теорії та історії держави і права
Міжнародного гуманітарного університету*

МЕТОДОЛОГІЯ ТА СТРУКТУРА ДЕРЖАВОЗНАВСТВА: КІЛЬКА ГОСТРОАКТУАЛЬНИХ ПРОБЛЕМ

Анотація. У статті розглядаються питання методології сучасного державознавства. Обґрунтовується висновок про те, що державознавство вибудовує знання за допомогою емпіричної методології, що призводить до його екстенсивного розвитку. Доведено необхідність структуризації знань про державу в системі державознавства.

Ключові слова: теорія держави, державознавство, методологія державознавства, структура державознавства.

Постановка проблеми. Розвиток сучасної загальнотеоретичної юриспруденції нерозривно пов'язаний з методологічними питаннями, оскільки саме в них знаходить своє відображення переосмислення ролі правознавства та державознавства для становлення права та державності. При цьому помітно, що на фоні колосальних зрушень у сфері методології правознавства, методологія державознавства продовжує залишатися у полоні застарілої методології. Це актуалізує у цілому методологічну проблематику державознавства, виводить на необхідність постановки ключових питань про методологію та структуру наукового знання про державу.

Мета статті полягає в критичному аналізі методології сучасного правознавства та визначенні можливих пріоритетних напрямків її трансформації.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Методологія державознавства у наш час перебуває у тіні методології правознавства, що значно впливає на кількість досліджень у цій сфері. Між тим, ряд науковців (В. Г. Тарасенко, В. В. Іванов, Ю. М. Оборотов, В. Є. Чиркін, І. В. Долматов, В. О. Четвернін та д. ін) присвятили свої дослідження методологічним проблемам державознавства.

Викладення основного матеріалу. Методологія сучасного державознавства – напрочуд складна та багаторівнева структура, яка охоплює концептуальні ідеї, підходи, методи тощо при дослідженні сучасної держави. Особливість державознавства, яка суттєвих чином відрізняє його від правознавства, полягає у тому, що методологія державознавства у цілому вибудовується на індуктивній основі, тобто, емпіричним шляхом, у той час як правознавство здебільшого використовує дедуктивно зорієнтовану методологію.

Така різниця знаходить своє вираження, передовсім, у тому, що правознавство є теорією у повноцінному значенні цього слова, у той час як державознавство не може називатися теорією у суто науковому сенсі, оскільки воно не пояснює і не передбачає перспективи розвитку державницьких процесів, а усього лише накопичує та узагальнює фактичні відомості. Усі ключові наукові сюжети, представлені в сучасному державознавстві, пов'язані з поняттям держави, формою держави, державним апаратом, функціями держави, соціальною, демократичною та правовою державою – є, по суті, узагальненням емпіричних даних з мінімальною їх дедуктивною обробкою. У державознавстві практично відсутні теоретичні конструкції, отримані виключно дедуктивним шляхом (яких більшість у правознавстві), за винятком теорій походження держави та розуміння сутності держави.

Будь-які теорії мають розглядатися як гіпотези або судження, щодо яких можна стверджувати, істинні вони чи хибні. У цьому ключі якраз виражається знаковий для постнекласичної методології юриспруденції принцип плюралізму та додатковості методів. Саме тут видаються методологічно невиправданими прагнення переважної більшості дослідників у сфері теорії та філософії права, державознавстві дати суто наукове «визначення» права, виявити його «сутність» і на цій підставі розвивати юриспруденцію [1, с. 7].

Дійсно, згідно з традиційними поглядами, завдання наукового пізнання полягає в описі та розкритті справжньої природи речей, прагненні максимально наблизитися до істини [2, с. 53-54]. Опис природи явища називається визначенням. У даний час у філософії пізнання цей метод отримав назву методологічного есенціалізму. При цьому відзначається, що даний метод не в змозі забезпечувати суспільствознавство, оскільки штучно обмежує пізнання, перетворює його на множення сутностей [3, с. 60]. Визначення сутності змінюваних соціальних практик, у тому числі права і держави, – таке ж за ступенем нездійсненності завдання, як визначення сутності матеріального світу.

Будь-яка теорія може бути спростована (точніше – фальсифікована) новою теорією з такими характеристиками: нова теорія має додатковий емпіричний

зміст у порівнянні з попередньою, тобто передбачає нові факти, наймовірні з точки зору попередньої теорії; нова теорія включає в себе попередню теорію як окремий випадок, іншими словами, відбувається розширення пізнавальних можливостей теорії [4].

Ппри цьому в плані методології юриспруденції існує серйозна проблема розриву між теоретичною і практичною її складовими. Для цього В. Г. Тарасенко пропонує розглядати будь-які правові теорії, перш за все, як теорії середнього рівня [1, с. 9].

Таким чином, теорія – це всього лише частина науки, можлива гіпотеза, судження, яке належить перевірити на практиці, і яка повинна відповідати критеріям фальсифікації. Якщо теорія спростована, то очевидним є висновок про її ненауковість або невідповідність фактам. Саме такі судження лежать в основі критиків юриспруденції в контексті її сприйняття як окремої науки. Одночасно в рамках загальнотеоретичної юриспруденції може існувати цілий комплекс теорій – теорія правозастосування, теорія правової поведінки, теорія правового мислення, теорія правових систем, теорія правової культури, теорія правового порядку тощо.

Емпірична зорієнтованість методології державознавства напряму впливає на те, що для нього посправжньому значущими та впливовими залишаються ідеї наукового позитивізму, які для більшості соціальних наук втратили свою актуальність після так званого «антропологічного повороту», пов'язаного, передовсім, зі становленням постпозитивізму (К. Поппер, І. Лакатос та ін.). Так, з іменем К. Поппера пов'язують вирішення проблеми індукції. Головна логічна та психологічна проблема індукції полягає у тому, що емпіричне спостереження за повторюваними фактами не дає жодних підстав для ствердження, що ці факти будуть повторюватися і надалі. Не існує жодної гарантії тому, що оскільки Сонце зійшло вчора і сьогодні, то воно зійде завтра. Іншими словами, індукції ненадійна, бо повторюваність фактів не дає надійної підстави для наукового знання. К. Поппер запропонував вирішення проблеми індукції у так званому негативному сенсі. Він довів, що індукція як метод має використовуватися не для того, щоб виявляти факти, які підтверджують теорію, а для того, щоб виявляти факти, які спростовують її. Один факт, що спростовує теорію в науковому сенсі є набагато більш цінним за тисячу фактів, які її підтверджують – такий фундаментальний висновок роблять постпозитивісти, по суті ставлячи крапку в дискусії щодо індуктивного методу [5, с. 21-26].

Між тим, нескладно помітити, що державознавство при використанні індуктивного методу йде саме позитивістським шляхом: при виявленні факту, що суперечить теорії, вона не трансформується, а розширюється, а в державознавстві з'являється ще один виняток. Тобто розвиток державознавства йде екстенсивним, а не інтенсивним шляхом.

На цьому фоні часто з'являються твердження, що державознавству не обов'язково будуватися за дедуктивним принципом, як правознавство, а продовжувати розвиватися екстенсивним шляхом. Так, В. В. Іванов стверджує, що немає жодного сенсу в тому, щоб створювати в державознавстві чергові теоретичні «прокрустові ложа», які б не давали пояснення державним процесам, а лише залишали поза межами розгляду ті явища, які не вписуються у теоретичні схеми [6, с. 217]. По суті, це заклик до того, щоб державознавство залишалось в полоні аналізу емпіричних фактів і не прагнуло стати справжньою теорією держави. Якщо правило складається з одних лише винятків, то немає ніякого правила.

Перспективи розвитку державознавства як теоретичної науки таким чином пов'язані із тим, які завдання воно ставить перед собою. У більшості навчальних посібників з теорії держави і права стверджується, що теорія держава прагне виявити закономірності виникнення, розвитку та функціонування держави. Між тим таке завдання слабо корелює із тим, у якому напрямку рухається сучасне державознавство. Якщо принциповою вимогою для виявлення будь-яких закономірностей є розробка та послідовне впровадження методології, то можна помітити, що методологічні дослідження у сфері державознавства практично відсутні, у той час як правознавство постійно удосконалює та оновлює свою методологію.

Оновлення методології державознавства напряму пов'язане з його структуруванням. Нескладно помітити, що коли йдеться про структуру юридичної науки, то основний акцент завжди робиться на правознавстві. Так, Ю. М. Оборотов пропонує виділяти шість груп знань в загальнотеоретичній юриспруденції: 1) філософська юриспруденція (філософія права, філософія держави); 2) фундаментальна юриспруденція (загальнотеоретична юриспруденція, історико-юридична наука, історія вчень про право і державу); 3) догматична юриспруденція, що включає галузеву юриспруденцію (конституційне право, кримінальне право тощо) і міжгалузеву юриспруденцію (податкове, митне, морське право тощо); 4) організаційно-прикладна юриспруденція (судові та правоохоронні органи, кримінологія, криміналістика, судова психіатрія); 5) міжнародна юриспруденція (міжнародне публічне право, міжнародне приватне право); 6) інтегративна юриспруденція (право Європейського Союзу, право СОТ) [7, с. 57-58]. То ж навіть у цьому переліку державознавство ніби розчиняється у правознавстві, втрачаючи своє самостійне буття як сфера наукового знання.

Аналізуючи погляди видатного державознавця В. Є. Чиркіна, можна зробити висновок про існування таких сфер знань про державу: 1) предметна і методологічна сфера знань про державу; 2) пролегомени державознавства; 3) теорія форми держави; 4) державна кратологія [8].

Відмінною особливістю державознавства як відокремленої сфери знань можна вважати його близькість до політології та геополітики. Більше того, досить часто в державознавстві використовуються методи саме цих двох наук. Тим не менш, можна також говорити про існування специфіки застосовуваної в державознавстві методології.

Так, влада як основний предмет політології, досліджується також і державознавством, однак державознавство цікавить, насамперед, не просто влада як така, як феномен суспільного життя, але як інституціалізована влада, тобто влада, яка перебуває у вимірах легальності та легітимності. Слід в цьому зв'язку зазначити, що за такого підходу значно розширюються уявлення про владу в державі, коли в неї включається не тільки державна влада (централізована або децентралізована), але й влада місцевого самоврядування, муніципальна влада. Таким чином, можна зробити висновок про те, що основний підхід, який використовується в державознавстві – це інституціональний підхід. Така точка зору перегукується з позицією В. С. Чиркіна, який інститут державності представляє як основоположний предмет державознавства, що дозволяє включати до його сфери не тільки діючі держави як автономні суб'єкти, але й невизнані, напіввизнані держави, квазі-державні утворення, під-державні утворення (суб'єкти федерацій) тощо [8, с. 15].

Таким чином, першою сферою знань у рамках державознавства можна вважати теорію державності, або пролегомени державності. У рамках цієї сфери досліджуються поняття державності, обґрунтовуються методологічні підходи і принципи дослідження державної реальності, виробляються основні державознавчі поняття і категорії, такі як сильна і слабка держава, сучасна і досучасна держава, образ держави тощо.

Одночасно з цим, дана сфера знань безпосередньо виходить на імпліцитні складові держави, у зв'язку з чим актуалізуються питання про те, яким чином держава існує, іншими словами, постає питання про матеріальні підстави державності. Тут найважливішим і визначальним виступає вчення про просторове буття держави, яка у якості основних складових включає державну територію і державний простір, що з'єднуються парасольковим поняттям «простір державних подій» [9, с. 2]. У даному контексті важливу роль відіграє лімологія – вчення про кордони, яке в контексті досліджень державності набуває все більшої значущості [10, с. 44].

Третій блок знань про державу складає вчення про його функціональну характеристику і постає як теорія функцій держави. Головне призначення теорії функцій держави полягає у тому, що в сучасному державознавстві існує нагальна потреба переосмислення природи функцій держави, оскільки цим поняттям позначаються не порівнювані за обсягом та значущістю напрямки її діяльності. Тут набуває все

більшого значення вивчення державної політики як основного напрямку імплікації його функцій [11, с. 61-62]. У цьому контексті досліджуються концепції максимальної і мінімальної держави, визначаються пріоритети в здійсненні державою своїх функцій в тій чи іншій ситуації.

Теорія функцій держави безпосереднім чином виходить на такі категорії як державний режим і форма державного правління, що об'єднуються поняттям форми держави. Теорія форми держави – це сфера знань, яка в основному використовує компаративний метод, що і визначає її специфіку, яка виражається в тісному взаємозв'язку з державним правом. По суті, теорія форми держави – це основний предмет таких навчальних курсів, як «Порівняльне державознавство» та «Державне право зарубіжних країн».

Особливим статусом володіє така сфера знань про державу, як філософія держави – відносно молодий напрямок досліджень. У рамках філософії держави вивчаються аспекти, пов'язані з її цінністю (проблематика аксіосфери держави [12, с. 187-196]), питання правової і соціальної держави, а також співвідношення держави й особистості, держави і соціуму, а також держави і цивілізації, в чому виражається різномірний характер буття держави. З філософією держави також тісно пов'язана проблема кризи державної влади, інститутів держави, нездатності держави вирішувати деякі виникаючі проблеми, функціональну перевантаженість держави, втрату авторитету у населення тощо. Все це актуалізує питання про історичну долю держави, яка постає або в рамках інструментальної теорії (держава лише інструмент для вирішення завдань, що стоять перед суспільством), або в рамках автономної теорії (держава – це автономна організація, яка самостійно впливає на хід суспільного розвитку). Принципово важливо визначитися як у питанні про державу, так і в питанні про характер державної діяльності, яка несе з собою соціальні протиріччя і конфлікти, є необхідною в різних цивілізаціях і культурах, володіє ціннісним змістом. У цьому зв'язку актуальним є питання про підвищення престижу державної влади в очах більшості населення, іншими словами це проблема додання державі якості легітимності [9, с. 44-45].

Висновки. Сучасне державознавство вимагає суттєвого переосмислення свого методологічного інструментарію з тим, аби стати теорією держави у повноцінному значенні. Насамперед для цього необхідно розширення використання дедуктивно зорієнтованої методології. Це, у свою чергу, вимагає чіткої структуризації державознавства. Таким чином, можна відзначити, що теорія держави як складова загально-теоретичної юриспруденції звернена до поняття держави і державності, виникнення і тенденціям розвитку держави, її інститутів, форм, функцій, принципів діяльності. По суті, предмет теорії держави охоплює як статику, так і динаміку держави в усіх її складових.

Література

1. Тарасенко В. Г. Постулаты права : моногр. / В. Г. Тарасенко. — М. : Городец, 2009. — 128 с.
2. Поппер К. Объективное знание. Эволюционный подход / Карл Р. Поппер ; пер. с англ. Д. Г. Лахути, отв. ред. В. Н. Садовский. — М. : Эдиториал УРСС, 2002. — 384 с.
3. Алтухов В. Л. Контуры неклассической общественной теории / Валерий Алтухов // Общественные науки и современность. — 1992. — № 3. — С. 59-72.
4. Кун Т. Структура научных революций. С вводной статьей и дополнениями 1969 г. / Томас Кун ; пер. с англ. И. З. Налетова — М. : Прогресс, 1977. — 300 с.
5. Поппер К. Логика научного исследования : пер. с англ. / Карл Поппер. — М. : АСТ : Астрель, 2010. — 565 с.
6. Иванов В. Нормативный конституционно-правовой договор: теория и практика. К критике современной теории государства / Виталий Иванов. — М. : Территория будущего, 2008. — 352 с.
7. Оборотов Ю. Н. Общетеоретическая юриспруденция — теория государства и права нового времени / Ю. Н. Оборотов // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — Т. 8. — О. : Юрид. л-ра, 2009. — С. 54-62.
8. Чиркин В. Е. Государствование как отрасль знания и учебная дисциплина / В. Е. Чиркин // Государство и право. — № 4. — 2008. — С. 13-20.
9. Долматов І. В. Просторове буття сучасної держави / Долматов Іван Володимирович. — Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Спец. 12.00.01. — О., 2009. — 22 с.
10. Оборотов Ю. М. Про актуальні напрями досліджень у теорії держави / Ю. М. Оборотов // Актуальні проблеми держави і права : Зб. наук. праць. — Вип. 36. — О. : Юрид. л-ра, 2007. — С. 42-46.
11. Оборотов Ю. Н. Современное государство: основы теории : учеб. курс / Ю. Н. Оборотов. — О. : Астропринт, 1998. — 132 с.
12. Введение в украинское право / Под общ. ред. С. В. Кивалова, Ю. Н. Оборотова. — 2-е изд., перераб. и доп. — О. : Юрид. л-ра, 2009. — 768 с.

Крижановский А. Ф., Коломиец О. В. Методология и структура государствоведения: несколько остроактуальных проблем

Аннотация. В статье рассматриваются вопросы методологии современного государствоведения. Обосновывается вывод о том, что государствоведение выстраивает знания с помощью эмпирической методологии, что приводит к его экстенсивному развитию. Доказана необходимость структуризации знаний о государстве в системе государствоведения.

Ключевые слова: теория государства, государствоведение, методология государствоведения, структура государствоведения.

Kryzhanovsky A. F, Kolomyets O. V. Methodology and Structure of Theory of a State: Some Actual Problems.

Summary. The paper deals with the methodology of modern theory of state. Concludes that theory of a state builds knowledge through empirical methodology that leads to its extensive development. The necessity of structuration of knowledge about the state is proved.

Keywords: theory of the state, methodology of theory of the state, structure of theory of the state.

*Кармазіна К. Ю.,**к. ю. н., доцент кафедри конституційного права та правосуддя
Одеського національного університету імені І.І. Мечникова*

ОСОБЛИВОСТІ ДЖЕРЕЛ ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА

Анотація. Стаття присвячена висвітленню системи та особливостей джерел загального права. Проаналізовано підходи різних вчених щодо визначення складових системи джерел загального права та їх особливостей. Автор акцентує увагу на необхідності закріплення у джерелах права системи джерел загального права та механізму їх взаємодії з джерелами міжнародного права в межах правової системи.

Ключові слова: джерела загального права, правова система, особливості джерел загального права, механізм взаємодії джерел міжнародного та національного права, система джерел права.

Постановка проблеми. Процеси глобалізації на сучасному етапі розвитку людства впливають на функціонування держав, національних правових систем, що, в свою чергу, не може не спричинити посилення взаємозалежності держав у сферах економіки, освіти та ін. Глобалізація проявляється в інтернаціоналізації внутрішнього права держав, являючи собою одну із головних тенденцій розвитку цього права у XXI столітті. Суттєвим чином на зміну взаємодії джерел міжнародного та національного права впливають єдність світового співтовариства, зміцнення взаємозалежності держав, які прагнуть до сумісності їх політико-правових систем та здатності взаємодіяти одні з одними та з глобальною системою в цілому у якості її складових частин.

Мета дослідження. Проявом необхідності в адекватному регулюванні та правовій регламентації міждержавних взаємовідносин, що приводить у дію механізми взаємних домовленостей з питань регулювання зовнішньоекономічних та зовнішньополітичних зв'язків таких процесів та впливів, є зближення правових систем та правова уніфікація у межах міждержавних об'єднань. Особливості найновітніших тенденцій такого впливу виразно проявляються у системі джерел загального права.

Викладення основного матеріалу. Загальне право (Common Law) – це група правових систем англо-американського типу. До англійського підтипу входять правові системи Великої Британії, Канади, Австралії, Нової Зеландії, а до американського – правова система США. До загальних ознак, що є характерними для сучасних правових систем загального типу права, як правило, відносять: наявність правотворчих суб'єктів зі звуженими нормотворчими повноваженнями; відсутність чіткого розмежування правотворчої, правотлумачної та правозастосовчої

діяльності; наявність нормотворчих повноважень у вищих судів; середній рівень нормативності; менш абстрактний характер норм права, які можуть корегуватися судом, переважаюча роль норм процесуального права, поділ системи права переважно за правовими інститутами, а також на право загальне, право справедливості та статутне право; наявність значної частини консолідованих актів (хоча створюються і кодекси); у системі джерел права значимість мають судові прецеденти [1, 126]. І хоча сучасні джерела загального права є урізноманітненими, судові прецеденти продовжують бути основою цієї системи.

При цьому необхідно зазначити, що правові системи англійського підтипу, а також американського – мають суттєві особливості.

Так, для англійського права характерним є наявність формалізованого прецеденту: а) рішення Палати Лордів є обов'язковим для всіх судів; б) рішення Апеляційного суду є обов'язковим для нижчих судів і для самого Апеляційного суду; в) рішення Високого суду є обов'язковими для нижчих судів. Рішення інших судів прецеденту не створюють.

На відміну від англійського права, у США є Конституція, вона має дворівневий характер системи законодавства та прецедентного права (загально-федеральний та штатів); прецеденти (створюються Верховним Судом США та вищими судами штатів) є менш формалізованими і можуть змінюватися; функції конституційного правосуддя здійснюють Верховний Суд США чи вищі суди штатів.

Під впливом глобалізації для правових систем загального права характерною є низка тенденцій: зростання кількості міжнародних договорів та законів; урізноманітнення системи джерел права; уподібнення правового регулювання під впливом міжнародних правових стандартів; зближення із континентальним правом. Та попри значну уніфікацію, для національних правових систем характерною є відповідна специфіка, яка найбільш яскраво проявляється у системі джерел права.

До джерел права Англії відносять судові прецеденти; міжнародні договори; закони; звичаї; правові доктрини; принципи права; делеговане законодавство.

У юридичній літературі висловлюються різні підходи щодо системи джерел права Англії. Наприклад, Романов О. К. до основних джерел англійського права відносить законодавство, судові прецеденти та

правові доктрини Європейського Союзу, а до додаткових джерел: звичаї, правові публікації, судові звіти, канонічне право, римське право, матеріали Правової комісії [2, 128-129]. Водночас, К. Осакве здійснює диференціацію джерел права Англії на обов'язкові та необов'язкові. До обов'язкових джерел він відносить: право Європейського Союзу, Європейську конвенцію про права людини, конституції (конституційні закони), загальне право (основні принципи права), універсальні міжнародні договори, статути, підзаконні акти (делеговане законодавство), судовий прецедент, справедливість, розум, королівські прерогативи, канонічне право, звичай, правові угоди (договори). До необов'язкових джерел права він відносить: доктрину, закони зарубіжних країн, правові положення (думки), сформовані судьями, рішення зарубіжних судів, судову практику [3, 189].

Разом з тим, І. Ю. Богдановська робить висновок, що сучасна правова доктрина до основних (первинних) джерел англійського права відносить статут та судовий прецедент, а до вторинних джерела англійського права – делеговане законодавство, правову доктрину та правовий звичай [4].

У свою чергу Ф. М. Решетников зазначає, що основними джерелами англійського права є судові прецеденти, тобто рішення вищих судів, що мають обов'язкову силу для них самих та нижчих судів; статути – законодавчі акти британського парламенту, а також акти делегованого законодавства, які видаються виконавчими органами [5, 26-28]. Ідентична позиція висловлена і в енциклопедичному довіднику «Правові системи країн світу» [6].

Оскільки у Великобританії відсутня конституція як єдиний документ, а неписану Конституцію складають до 40 законів, прецедентів та конституційних звичаїв, то і формалізовані положення щодо системи джерел англійського права відсутні. Щоправда, в «Акті про Палату лордів 1999 р.» містяться положення про акти делегованого законодавства (§ 5, п. 4в); а в «Акті про Північну Ірландію 2000 р.» – положення про «законодавство» – закон, статут чи інший документ та «правовий акт» – статут, контракт чи інші документи [7, 502-522], а в «Акті про парламент» – положення про фінансові та інші закони [8, 13-16]. Як зазначається у юридичній літературі, у матеріальному праві Англії ще у ХІХ ст. спостерігається сильний вплив закону, а на сучасному етапі розвитку сфери соціального права в основному регулюються законами [9, 302-303]. Закони, прийняті наприкінці ХІХ та у ХХ століттях, Р. Леже розділив на закріплюючі, реформаторські та новаторські [10, 25].

І хоча в Англії відсутні кодекси, проте значна сфера суспільних відносин регулюється законами (актами) про: компанії, визнання шлюбу недійсним, профспілки, заробітну плату, соціальне забезпечення, охорону здоров'я, захист та використання води, кон-

троль над забрудненням атмосфери, права людини, екстрадицію, земельну реєстрацію, суди, кримінальний процес, банкрутство, транспортні злочини, Палату лордів, Північну Ірландію, Шотландію, управління Уельсом, міжнародне співробітництво у боротьбі зі злочинністю та ін.

До системи джерел права Ірландії відносяться: Конституція, закони, судові прецеденти, делеговане законодавство, консолідовані акти. Конституція Ірландії передбачає, що єдиним органом, який видає закони є Парламент (ст. 15), а міжнародна угода, учасником якої стає держава, повинна передаватися Палаті представників (ст. 29) [7, 791, 804]. Значна сфера суспільних відносин регулюється законами про: землю, цивільно-правову відповідальність, статус дітей, спадкування, охорону тваринного та рослинного світу, кримінальне право, кримінальну юстицію, кримінальне правосуддя, встановлення та устрій судів, суди, розгляд скарг на дії поліції, злочини проти держави, злочини проти особи, компанії, ціну та ін.

Під впливом англійського права розвивається і правова система Шотландії. Система джерел права Шотландії складається із прецеденту, законодавства, юридичних трактатів, що мають інституційне значення [11, 347].

До групи англійського права відноситься правова система Австралії. Основними джерелами права Австралії є судові рішення (прецеденти) та закони. Силу прецеденту мають рішення Верховного Суду Австралії та верховних судів штатів і територій. Крім законів, до системи джерел права відносять і підзаконні акти. Значна сфера суспільних відносин регулюється законами: про трудові відносини, корпорації, охорону вод від забруднення нафтою та іншими шкідливими речовинами, державні злочини та ін. В деяких штатах діє Кримінальний кодекс, а в інших консолідовані акти у сфері кримінального права. А з 1901 р. в Австралії діє Конституція.

На відміну від Австралії у Новій Зеландії відсутня писана конституція, а неписану складають закони, конституційні угоди, прецеденти. Основними джерелами права є закони та судові прецеденти (як обов'язкові – новозеландські, так і переконливі – англійські, австралійські, канадські). Значна сфера відносин регулюється законами: про право власності, компанії, купівлю-продаж, торгівлю, морські перевезення, корпорації, статус дітей, судовоустрій та ін., а також консолідаційними актами (правила цивільної процедури у Верховному суді, правила Апеляційного суду тощо). Кодекси у Новій Зеландії відсутні [6, 473-480].

До групи англійського права належить і правова система Канади. Основними джерелами права Канади є Конституція, закони, судові прецеденти. У Канаді також відсутня писана конституція, її складають конституційний акт 1867 р., Конституційний акт

1982 р. (всього біля 30 актів, прийняті як британським, так і канадським парламентами).

У ст. 52 Конституційного акту 1982 р. передбачено, що Конституція Канади є вищим законом Канади і будь-який закон, що їй не відповідає не має сили і не діє. Конституція Канади складається із Акта про Канаду 1982 р., актів та наказів вказаних у Додатках (30 документів), а також поправок до них. А ст. 91 Конституційного акту 1867 р. передбачає, що королеві належить право за порадою та за згодою Сенату та Палати общин видавати закони для підтримання миру, порядку та доброго управління. А далі Конституційний акт передбачає законодавчі повноваження Парламенту Канади [12, 347-348]. Водночас, ст. 92 Конституційного акту 1867 р. передбачає сфери повноважень законодавчих зборів провінцій з видання законів [12, 349-350], а ст. 92 А – виключну компетенцію законодавчих зборів провінцій з прийняття законів [12, 350-351].

У юридичній літературі зазначається, що крім Конституції Канади до системи джерел права входять: квазіконституційні закони, закони загального застосування, правові принципи загального застосування. До квазіконституційних законів (тих, що містять фундаментальні цінності) відносяться: Канадський Біль про права; Канадський Акт про права людини; Закон про офіційні мови тощо. Найбільш важливими законами загального застосування є: Закон про доступ до інформації; Закон про фінансове управління, Закон про тлумачення; Закон про недоторканність приватного життя; Кримінальний кодекс; Акт про делегування повноважень.

Серед правових принципів загального застосування виокремлюються наступні: дотримання судової юрисдикції; поваги та дотримання договірних та інших зобов'язань Канади відповідно до міжнародного права; принцип прямої дії у часі; принцип «процесуальної справедливості»; принцип територіальної дії та ін. [13, 41-54].

Основна частина суспільних відносин регулюється законами, наприклад, про: страхування, від безробіття, докази, розлучення, рівне право на працю. Трудові відносини регулюються крім законів, колективними договорами. У сфері кримінального права норми уніфіковані у Кримінальний кодекс Канади.

При цьому необхідно зазначити, що поряд із іншими провінціями правове регулювання суттєво відрізняється у провінції Квебек (яка значною мірою є подібною до романо-германського типу). Тут діють кодекси, наприклад, Цивільний кодекс, Цивільно-процесуальний кодекс (створений за французьким зразком). Деякі відмінності має і судова система Квебеку.

Правова система США в цілому відповідає основним параметрам загального права, але має і низку особливостей. Стосовно системи джерел американсь-

кого права у юридичній літературі висловлюються різноманітні точки зору. Так, А. Саїдов до джерел американського права відносить: судовий прецедент, законодавство, адміністративну нормотворчість органів виконавчої влади, звичай та право справедливості [11, 360]. С. Боботов, І. Жигачов до системи джерел американського права відносять: 1) звичай та традиції; 2) законодавство, яке у широкому розумінні називається статутним правом; 3) прецедентне право, що створюється судами [14, 8]. В. Шумілов до джерел американського права відносить загальне прецедентне право; статутне право (закони, що прийняті Конгресом США, а також законодавство штатів); конституційне право (Конституція США та конституції штатів); підзаконні акти, що видаються виконавчою владою (адміністративне право) [15, 25].

Юридичний словник Д. Баувієра розділяє джерела права США на: «писані» та «неписані». До «писаних» джерел права відносяться: Конституція США, міжнародні договори, закони Конгресу, конституції штатів, акти органів законодавчої влади штатів, акти, що видані нижчими законодавчими органами, акти судів, що мають загальний характер. До «неписаних» джерел американського права відносяться: загальне право (загальне право Англії та рішення американських судів); звичай; основні принципи римського права; канонічне право; судова практика [16].

Існують й інші бачення системи джерел права США. Так, Т. Файн до первинних джерел відносить: Конституції (федерації та штатів); статuti (федерації та штатів); адміністративні правила, накази (федерації та штатів); виконавчі накази та прокламації Президента США та губернаторів штатів; прецедентне право (федеральних судів та судів штатів). А до додаткових – трактати вчених, збірники судових рішень, юридичні огляди, зводи правових норм, юридичні енциклопедії, уподібнені і модельні закони, процесуальні довідники та ін. [17, 12-13]. У юридичній літературі США є й інші бачення системи джерел американського права: 1) федеральна Конституція (США); 2) федеральні кодекси, нормативні договори та прецеденти; 3) нормативні акти федеральних адміністративних органів; 4) федеральне загальне право; 5) конституції штатів; 6) кодекси та судові прецеденти штатів; 7) нормативно-правові акти адміністративних органів штатів; загальне право штатів [18].

К. Осаке ділить джерела американського права на обов'язкові (нормативні, первинні) та необов'язкові (ненормативні, вторинні). До обов'язкових джерел права він відносить: конституцію, загальне право (вихідні принципи права, зафіксовані у рішеннях судів); статuti; міжнародні договори США; судові процесуальні правила, що приймає Верховний Суд США; підзаконні акти (делеговане законодавство, субординаційне законодавство); судовий прецедент; справедливість; право розуму; торгівельний звичай;

приватно-правові угоди (договори). До необов'язкових джерел права він відносить: юридичні доктрини; законодавство зарубіжних країн; обґрунтування прецедентних рішень (*dictum*); рішення зарубіжних судів; судову практику [3, 188].

Згідно ст. 8 Конституції США Конгрес видає закони у визначених межах: податки, позики, торгівля з іноземними державами, валюта, банкрутство, розвиток науки, військові дії, витрати на армію та флот та ін. [12, 812-813]. Закони у штатах приймаються законодавчим органом відповідного штату. Так, згідно з Конституцією штату Орегон законодавча влада у штаті, за виключенням прав на законодавчу ініціативу та реформу, що закріплено за народом, належить законодавчій асамблеї, що складається із сенату та палати представників. А розділ 23 містить положення, які забороняють прийняття спеціальних чи місцевих законів у сфері: регулювання юрисдикції та обов'язків мирових суддів та констеблів, покарання за злочини і проступки; регулювання практики цивільних судів, перенесення в інший округ розгляду цивільних та кримінальних справ, дозвіл на розлучення, зміна імені, будівництво доріг, податки, виділення засобів на утримання державних шкіл, організація та проведення виборів службових осіб штату, графства, держави, муніципалітету та ін. [19, 244-245].

Аналіз американських законів свідчить про суттєву конкретизацію змісту, нормативно-правові приписи яких мають не загальний, а конкретний характер, що зближує їх з інструкціями, положеннями та іншими підзаконними актами. Наприклад, закон про компенсацію, що виплачується працівникам (штат Айдахо) містить визначення всіх термінів, що використовуються у законодавстві: травма, медичне обслуговування, професійні захворювання та ін., а ст. 72-212 фіксують наступне: ні одне з положень цього законодавства не застосовується до таких видів трудової діяльності, якщо їх відшкодування не взяв на себе працедавець у письмовій формі: 1) обслуговується вдома; 2) випадкова робота; 3) погодинна робота; 4) робота члена сім'ї працедавця, що проживає разом з ним тощо [19, 250-256].

Якщо порівнювати із адміністративними (підзаконними) актами, то важко їх розмежувати. Наприклад, у Положенні комісії із забезпечення рівних можливостей при наймі (Звід федеральних положень, розд. 29) нормативно-правовий припис формується так: «комісія вважає, що необхідно вузько тлумачити виключення щодо добросовісного професійного цензу. Такі визначення як «робота для чоловіків», «робота для жінок» мають тенденцію без достатніх підстав вибірково позбавляти представників тієї чи іншої статі можливості отримати роботу» [19, 260-263].

Значна сфера суспільних відносин регулюється законами про свободу інформації, контроль за злочинністю, захист приватного життя, справедливе

оподаткування та фінансову відповідність, еміграцію, боротьбу з корупцією за кордоном, чисте повітря, боротьбу із забрудненням моря, небезпечні матеріали, захист океанської води, захист дітей та безпека іграшок, регулювання експорту, авторські права в електронному тисячолітті, про справедливі умови праці та ін.

У сфері процесуального права діють регламентарні акти Верховного Суду США: Федеральні правила кримінального судочинства; Федеральні правила апеляційного судочинства; Федеральні правила про докази; Правила судочинства у Верховному Суді та ін. Важливим джерелом права є колективні договори, яких налічується понад 200 тис.

Серед джерел права США знаходять місце і кодекси, наприклад, Уподібнений торговий кодекс. У сфері кримінального права Американський інститут права підготував проект модельного кримінального кодексу, який є уніфікованим текстом для підготовки законів в окремих штатах.

Висновки. До основних сучасних джерел англійського права відносяться: конституційні закони, міжнародні договори, звичаєві закони, делеговане законодавство та судовий прецедент. Сфера використання звичаїв та доктрини звужується. Розширюються сфери регулювання законами, звужується сфера регулювання прецедентами, змінюється сутність прецедентного права. Якщо раніше судовим прецедентом створювалася норма права, то нині все більше ця норма конкретизується, хоча у випадку проґалин – створюється нова. Хоча у частині конкретизації нормативно-правових приписів, їх розмежування прецедентне право має високу витребуваність.

До основних джерел сучасного американського права відносяться: Конституція США; конституції штатів; федеральне законодавство та законодавство штатів; федеральний судовий прецедент та судові прецеденти штатів; міжнародні договори; адміністративні підзаконні акти. Доволі витребуваними є консолідовані акти, інколи використовуються кодекси. Змінюється сутність прецедентного права, яке більш акцентується на тлумаченні та конкретизації.

Забезпечення збалансованості у системі англійського та американського права зазвичай здійснювалося на вихідних засадах прецедентного права. Нині все більше витребується принцип ієрархічності. В цілому система джерел права англо-американського типу потребує належного механізму взаємодії, який би забезпечив цілісність правового регулювання в нових умовах.

Література:

1. Луць Л. А. Сучасні правові системи світу: навчальний посібник / Л. А. Луць. — Львів: видавн. центр ЛНУ імені Івана Франка, 2003. — 247 с.
2. Романов А. К. Правовая система Англии: учеб. пособ. / А. К. Романов. — 2-е изд, испр. — М.: Дело, 2002. — 344 с.

3. Осаке К. Сравнительное правоведение. Схематический комментарий / К. Осаке. — М.: Юрист, 2008. — 830 с.
4. Богдановская И. Ю. Закон в английском праве / И. Ю. Богдановская; отв. ред.: Н. С. Крылова. — М.: Наука, 1987. — 143 с.
5. Решетников Ф. М. Правовые системы стра мира: справочник / Ф. М. Решетников. — М.: Юрид. лит., 1993. — 256 с.
6. Правовые системы стран мира: энциклопед. справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев. — 2-е изд, изм. и доп. — М.: Норма, 2001. — 840 с.
7. Конституции государств Европы: в 3 т. / под общ. ред. Л. А. Окунькова. — Т. 1. — М.: Норма, 2001. — 824 с.
8. Конституции зарубежных государств: учебное пособие / Сост. В. В. Маклаков. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: БЕК, 2002. — 592 с.
9. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х т. / К. Цвайгерт, Х. Кётц. — Том I. Основы: пер. с нем. — М.: Междунар. отношения, 2000. — 480 с.
10. Леже Раймон. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / Раймон Леже. — М.: Волтерс Клувер, 2009. — 584 с.
11. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные системы современности): учеб. пособ. / А. Х. Саидов; отв. ред. В. А. Туманов. — 2-е изд., доп. и перераб. — М.: Юрист, 2009. — 510 с.
12. Конституции государств Америки / Под ред. Т. Я. Хабриевой. — Том 1. Северная и Центральная Америка. — М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. — 832 с.
13. Законотворчество в Канаде: пер. с англ. / отв. ред. С. В. Кабышев. — М.: Формула права, 2006. — 272 с.
14. Боботов С. В. Введение в правовую систему США / С. В. Боботов, И. Ю. Жигачев. — М.: НОРМА, 1997. — 333 с.
15. Шумилов В. М. Правовая система США: учебн. пособ. / В. М. Шумилов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Междунар. отношения, 2006. — 408 с.
16. Sources of the Law // Bouvier's Law Dictionary. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.Constitution.org/Bouv/Bouvier_s.htm. — Дата доступа: 12.06.2013.
17. Петрова Е. А. Статуты и прецеденты в системе источников американского права: монография / Е. А. Петрова. — Иваново: Ивановский гос. ун-т, 2007. — 212 с.
18. Бернам У. Правовая система США / У. Бернам; науч. ред. В. А. Власихин. — Вып. 3 — М.: Новая юстиция, 2006. — 1216 с.
19. Фридман Л. Введение в американское право: пер. с англ. / под ред. М. Калантаровой. — М., 1993. — 286 с.

Кармазина Е. Ю. Особенности источников общего права

Аннотация. Статья посвящена освещению системы и особенностей источников общего права. Проанализированы подходы различных ученых к определению составляющих системы источников общего права и их особенностей. Автор акцентирует внимание на необходимости закрепления в источниках права системы источников общего права и механизма их взаимодействия с источниками международного права в пределах правовой системы.

Ключевые слова: источники общего права, правовая система, особенности источников общего права, механизм взаимодействия источников международного и национального права, система источников права.

Karmazina K. Peculiarities of Common Law legal sources

Summary. Article is devoted to the lightening of system and peculiarities of the common law legal sources. The various scientists' approaches to the determination of structural parts of common law legal sources' system and of their peculiarities are analyzed. The author focuses her attention on a need to fix up in the legal sources the system of the common law legal sources and the mechanism of their cooperation with the international law legal sources inside the borders of a legal system.

Keywords: legal sources of common law; legal system; peculiarities of common law legal sources; mechanism of international and national law legal sources cooperation; system of legal sources.

*Манько Д. Г.,
к. ю. н., доцент кафедри теорії та
історії держави і права
Міжнародного гуманітарного університету*

ТЕХНОЛОГІЇ ФОРМАЛІЗАЦІЇ ПРАВА

Анотація. Досліджується один з ключових аспектів правоутворення – формалізація права. Особлива увага приділяється питанню правової природи формалізації та юридичним технологіям її здійснення.

Ключові слова: правоутворення, первісна та похідна формалізація права, юридична техніка, юридичні технології, технології формалізації права, технології створення правових актів, технології тлумачення правових актів, технології обслуговування правових актів, технології впорядкування правових актів.

Постановка проблеми. Створення юридичних документів є невід’ємною частиною дії права, по суті, не тільки формою, а й певними процедурами, що переводять такі, що фактично склалися відносини, у виражене в письмовому акті правило, припис, фіксацію статусу та ін. Формалізація виступає обов’язковим елементом процесу формування права. Треба зауважити, що у даному випадку ми не зводимо розуміння права лише до легістського підходу, ні, ідея, дух, принципи права, правовий закон, всі ці аксіологеми, поряд із соціологічними аспектами (конфлікт та його вирішення, так зване «право у житті»), теж враховуються. Кожна з них дозволяє наблизитися до розуміння сутності права, як найбільш авторитетного соціального регулятора у сучасному суспільстві, та встановити проблеми, що виникають у правовій сфері. Однак, в умовах сучасності, без формальної визначеності, без зв’язку із державою, «гола» ідея права (право конкретного суб’єкта /суб’єктів) втрачає у ступені ефективності свого втілення у життя.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв’язаних проблем. Затребуваність суспільством і обов’язковість (в контексті загальної обов’язковості), необхідність особливого формального вираження права (при чому, як фіксації результату його створення, так і відокремлення від інших соціальних норм) підтверджується, зокрема, його комунікативним антиподом – «неюридичним правом» (правом гравців у карти, правом дитячої гри та ін.) [1, 71].

Поряд із цим, дуже важлива не формалізація заради формалізації, а формалізація заради якості. Фактично, вираження права у юридичних документах, дозволяє більш якісно та повно втілювати в життя ті суспільні потреби, що були покладені в основу формування бажання врегулювати певні відносини, чи возвести на відповідаюче зовнішньому закону становище, окремі суб’єкти, об’єкти, дії. Але таке вираження має від-

повідати духу і принципам права, ідеям свободи та формальної рівності.

У зв’язку з цим, технології формалізації права та особливості втілення його приписів у життя посідають значне місце у процесах осягнення сутності права. Відповідно, дослідження загальних та особливих засад мистецтва формалізації права, є дуже важливим та актуальним завданням для сучасної, загальнотеоретичної юриспруденції.

Викладення основного матеріалу. Перш ніж проводити аналіз категорії «технології формалізації права», необхідно встановити сутність самого поняття «формалізація» та яким чином цей термін використовується у сучасних науках.

Оскільки лінгвістична структура природної мови не збігається з логічною структурою форм і законів мислення, які втілюються в цій мові, логіка вимушена створювати спеціальні засоби, які б дали можливість вилучити з природної мови форми мислення, їхні логічні властивості, суттєві відношення між ними, визначити принципи логічної дедукції, критерії розрізнення правильних і неправильних способів міркування.

Тут треба зауважити, що створення логікою спеціальної мови, поряд з існуючою природною мовою, є особливим процесом, який передбачає, що створена штучна знакова система є засобом фіксації логічної структури думки, з одного боку, і засобом дослідження логічних властивостей та відношень думки, з іншого. Тобто, мова логіки – це насамперед її метод. Прийнято говорити не «штучна мова логіки», а «формалізована мова логіки». З легкої руки німецького філософа XVIII ст. І. Канта, логіці приписали прикметник «формальна», тому логіку стали називати формальною, в її метод – формалізацією.

Формалізація як вид людської діяльності застосовується не лише в логіці. З формалізацією ми зустрічаємося як у гуманітарних, так і технічних науках. Якщо розглядати формалізацію як загальнонауковий феномен, то її можна визначити як вид знакового моделювання, в результаті якого дослідження певних об’єктів зводиться до вивчення їх форми. Тобто, йдеться не про те, що в результаті формалізації ми абстрагуємося від змісту досліджуваних об’єктів, а про те, щоб за допомогою символів суттєві сторони змісту виразити через форму і тоді дослідження змісту здійснюється на основі знакової моделі згідно з формальними правилами [2, 96].

Формалізація – ж. (лат., складений за формою) в математичній логіці – метод, що полягає у заміні всіх змістових термінів символами, а всіх змістових тверджень – відповідними їм послідовностями символів або формулами [3].

Формалізувати (ую, уеш, недок. і док., перех.) – робити формальним, надавати чому-небудь встановленої, прийнятої форми [4].

Формалізована мова – будь яка сукупність спеціалізованих мовних засобів із суворо фіксованими правилами утворення різноманітних виразів і правил приписування цим виразам певних значень [5, 113].

Формалізація також визначається у філософському енциклопедичному словнику як сукупність пізнавальних операцій, що забезпечують відволікання від значення понять і сенсу виразів наукової теорії з метою дослідження її логічних особливостей. При цьому результати мислення відображаються в точних поняттях і твердженнях [6, 632].

При формалізації судження, об'єкти переносяться в площину оперування символами і знаками. Фактично, потреба у формалізації постає перед суспільством на досить високому рівні його розвитку, коли завдання логічної систематизації та організації знання, певних правил врегулювання бажаних моделей поведінки набуває першорядного значення.

Для побудови будь-якої формальної системи необхідно: а) завдання алфавіту, тобто певного набору знаків; б) завдання правил, за якими з вихідних знаків цього алфавіту можуть бути отримані «слова», «формули»; в) завдання правил, за якими від одних слів, формул системи даної можна переходити до інших словами і формулами.

Я. С. Карпов виділяє наступні етапи формалізації: запис вихідних даних загально визначеною мовою, що виключає різні тлумачення; переробка вихідного запису на основі деяких точних правил; порівняння отриманого рішення з реальністю; оцінку ефективності формалізації [7, 249].

У результаті створюється формальна знакова система у вигляді певної штучної мови. Особливою перевагою цієї системи є можливість проведення в її рамках дослідження будь-якого об'єкту чисто формальним шляхом (оперування знаками) без безпосереднього звернення до цього об'єкта. Інша гідність формалізації полягає в забезпеченні стислості й чіткості запису інформації, що відкриває великі можливості для оперування нею.

У цьому і розкривається сутність метода формалізації – створення особливої штучної (формалізованої) мови або мови знаків та символів, і зображення на цій мові абстрактних об'єктів науки і наукового знання як результатів пізнавального процесу. Використання особливої знаково-символічних засобів формалізованої мови дає можливість більш точно, однозначно і стисло зображати абстрактні об'єкти науки і наукове знання.

Виділяють такі види наукової формалізації: дескриптивна, математична, логічна. Дескриптивна або описова формалізація означає зображення абстрактних об'єктів науки за допомогою особливих термінів. Дескриптивна формалізація використовується, по-перше, у гуманітарних науках, в тому числі юридичних науках. Наприклад, такі терміни як «право», «норма права», «закон» та ін., виконують функцію дескриптивної формалізації об'єктів, які вивчають юридичні науки.

Математична формалізація означає зображення абстрактних об'єктів науки і наукового знання за допомогою спеціальних (математичних) термінів, штучних знаків та символів-цифр, формул, знаків математичних операцій і т. д. Використання формалізованої мови математики в природничих і гуманітарних науках називається процесом математизації наук.

Логічна або дедуктивна формалізація означає зображення форм мислення – понять, висловлювань, умовиводів, взаємозв'язків між формами мислення, між структурними елементами теорії за допомогою спеціальних (логічних) знаків і символів, які утворюють певну систему [8].

Практичне використання здобутків теоретичної логіки в різних галузях діяльності людей має таку послідовність: постановка мети діяльності; розробка практичного методу мислення (методології логічного мислення або системи правил логічного мислення); розробка методики використання логічних методів при рішенні конкретних задач (логічного аналізу текстів, аналізу мови, побудови моделей діяльності і т. д.); здійсненні конкретних інтелектуальних дій (операції) над поняттями і висловлюваннями на підставі принципів, законів і правил науки логіки [9, 15].

Переносючи ці дані у сферу юриспруденції, можна припустити, що формалізація є процедурою наділення права певною формою, вираження ідеї та бажаної моделі у конкретній, загальнообов'язковій конструкції.

М. М. Марченко, зазначає: «кожна форма права має свій філософський аспект (як спосіб існування та вираження змісту), крім того соціологічний аспект (відображає реалії, що склалися у даному суспільстві), також формально-юридичний та філологічний аспекти (зовнішнє вираження той чи іншої форми права)» [10, 31].

Саме формалізація права зумовлює і надає праву такі ознаки як: зовнішня вираженість, системність, ієрархічний характер.

Як відзначає Керімов Д. А., системний підхід до дослідження складної динамічної цілісності, до якої можливо віднести також загальну систему форм і джерел національного права, «дозволяє виявити внутрішній механізм не тільки дії окремих його компонентів, але й їх взаємодії на різних рівнях» [11, 243].

Як зазначає С. П. Кравченко, процес правоутворення проходить два ключових етапи. Перший етап державою не контролюється. Він полягає у формуванні

нових відносин, правил та форм і відбувається через призму об'єктивних потреб індивідів. Другий етап пов'язаний із усталеними державними уявленнями щодо права та здійснюється у рамках правотворчої діяльності держави. Саме тут від держави залежить визначення потреби у правовому регулюванні, підготовка, обговорення, прийняття та опублікування нормативно-правових актів [12, 192].

В аспекті наведених С. П. Кравченко положень, необхідно зауважити, що держава не може здійснювати «правотворчу діяльність». Безумовно, державні органи виконують діяльність із прийняття законодавчих та підзаконних актів (здійснюють законодавчу процедуру). Але держава не може створювати право, вона лише фіксує та формалізує сформовані, або санкціонує, такі що повторюються, відносини.

У цьому контексті певну дискусію викликає висловлене М. В. Цвіком твердження, що формальна визначеність не є загальною, конститутивною ознакою права та властива не усім його проявам [13, 41].

При чому, слід підкреслити, що фінальна стадія правоутворення, його формалізація, здійснюється не за для «сліпої» фіксації певного правила, а для забезпечення його дії, реального впливу на суспільні відносини.

Слід враховувати, що «юридичною передумовою дії джерел права (у юридичному значенні – авт.) є їх чинність, яка означає наявність у них юридичної сили, нормативності та загальнообов'язкового значення для виконання [14, 177].

Формалізація права отримує вираз у зведенні легітимного соціального явища (порядку вирішення спору, приміром) в чітку об'єктивну форму. Формалізація права – це вираження нормативних фактів в особливих юридичних документах, вона є завершальною фазою правоутворення, та виражається у набутті правом загальнообов'язкової форми і зобов'язуючої сили.

Можна констатувати, що формалізація права класифікується на два види (критерієм класифікації є характер здійснення): первісна – така, що здійснюється на підставі духа і принципів права, ідеї формальної рівності і свободи; похідна – така, що здійснюється на підставі вже існуючих, нормативно закріплених у позитивних актах правил.

Первісна і похідна формалізація права є близькими, але не тотожними категоріями. Головною їх відмінністю є етапи виникнення цих явищ. Так «первісна» формалізація права виникає на основі духа права, уявлень суспільства щодо прийнятності використання певного алгоритму вирішення конфлікту («ще до закону»). В свою чергу, «похідна» формалізація права можлива лише тоді, коли вже «існує закон», вона заснована на ньому, йому має відповідати процедура її проведення, та виражені у юридичних документах результати.

За своєю суттю формалізація права це певна процедура, сукупність процедур, що мають своєю метою: по-перше, возведення бажаного порядку врегулювання суспільних відносин у належний (обов'язковий) порядок, по-друге, вираженні результатів таких процедур у конкретних, загально визнаних формальних символах.

Зазначені процедури виконуються у відповідності із певними правилами, у тому числі, й нормативними приписами. В процесі історичного розвитку суспільних відносин, склалися технологічні прийоми та способи, завдяки використанню яких, стало можливим більш ефективно та якісно проводити формалізацію права. Саме такі явища і розкривають сутність технологій формалізації права.

В. М. Карташов розуміє юридичні технології у двох напрямках: «По-перше, це заснований на певних принципах, планах, прогнозах процес підготовки, оформлення та обнародування різноманітних правових рішень (актів), у процесі якого використовуються різноманітні засоби та прийоми юридичної діяльності. По-друге, під юридичною технологією (грец. – мистецтво, вміння) розуміється наука, система знань щодо засобів та методів ефективної та планомірної юридичної практики. Юридична технологія складається із: юридичної техніки – засобів досягнення практичних цілей; юридичної тактики – основи організації та планування юридичної діяльності; юридичної стратегії – перспективне планування та прогнозування юридичної практики [15, 75-76].

Н. А. Власенко під юридичною (правовою) технологією розуміє «порядок застосування методів та прийомів щодо підготовки та прийняття юридичного рішення (акта), під яким у широкому сенсі розуміється результат юридичної діяльності». Він вважає, що юридична технологія відповідає на питання: як робити, у якій послідовності здійснювати процедуру, а юридична техніка – за допомогою яких прийомів та засобів мають здійснюватися ті чи інші технологічні операції» [16, 9].

Такі технології мають складний поліструктурний характер: вони включають в свій зміст юридичну техніку (правові засоби та особливі матеріальні ресурси), способи та правила безпосередньої формалізації права, технології обслуговування права, тактику і стратегію здійснення певних юридично-значущих дій.

Для уникнення колізій у термінологічному аспекті, цілком необхідно розрізняти такі категорії, як: «юридична техніка», «юридичні технології». Де юридична техніка – сукупність правових засобів та особливих матеріально-технічних ресурсів необхідних для здійснення діяльності пов'язаної із створенням письмових правових актів; юридичні технології – сукупність прийомів, методів, правил, методик мистецтва створення та обслуговування письмових правових актів.

Висновки. Аналізуючи всі наведені дані, стає можливим скласти самостійне визначення «формалізації права» (причому дуже важливо, що саме права, а не закону). Формалізація права – це заснована на високому рівні правової культури професійна інтелектуальна діяльність компетентного суб'єкту, пов'язана із використанням технологій творіння, впорядкування, тлумачення та обслуговування письмових правових актів за допомогою певних юридично-технічних засобів.

Відповідно стає можливим виділення чотирьох основних технологій формалізації права: *технології створення* – сукупність прийомів, методів, правил, методик мистецтва створення письмових правових актів, внесення до них змін та їх відміни; *технології впорядкування* – сукупність прийомів, методів, правил, методик мистецтва систематизації письмових правових актів; *технології тлумачення* – сукупність прийомів, методів, правил, методик мистецтва з'ясування та роз'яснення сутності тексту правових актів; *технології обслуговування* – сукупність прийомів, методів, правил, методик мистецтва обнародування, реєстрації, та зберігання тексту правових актів.

Література:

- Поляков А. В. Общая теория права: учебник: рекомендовано Ученым советом СПбГУ в качестве учебника для студентов юридических вузов и факультетов / А. В. Поляков, Е. В. Тимошина // Санкт-Петербургский государственный университет. Юридический факультет. – СПб: Издательский Дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2005. – 472 с.
- Логіка: підруч. для студ. вищ. навч. закл. / А.Є. Конверський. – К.: Укр. Центр духов. культури, 1999. – 399 с.
- Українські словники [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ukrslov.com/>
- Академічний тлумачний словник [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sum.in.ua/s/formalizuvaty>
- Логіка традиційна та сучасна: підручник / А.Є. Конверський // Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2008. – 536 с.
- Філософський енциклопедичний словник. – Київ: Абрис, 2002. – 742 с.
- Карпов Я. С. Концепції сучасного природознавства: підручник для студентів вищих навчальних закладів / Я. С. Карпов, О. В. Кисельник, В. Г. Кремень. – Київ: Професіонал, 2004. – 496 с.
- Логіка для юристів: лекції // Правничий коледж ЛНУ ім. І. Франка [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ukrknighta.org.ua/ukrknighta-text/83/23/>
- Хоменко І. В. Логіка для юристів: підручник / І. В. Хоменко. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 224 с.
- Источники права: учеб. пособие. – М.: ТК Велби, Проспект, 2007. – 760 с.
- Керимов Д. А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права / Д. А. Керимов. – М., 2000. – 672 с.
- Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс: учебник / под ред. Ю. Н. Оборотова. – О.: Феникс, 2011. – 436 с.
- Цвик М. В. Правопонимание (значение повторяемости общественных отношений для его исследования) / М. В. Цвик // Право Украины. – К., 2011. – № 1. – 363 с.
- Дія права: інтегративний аспект: монографія / Кол. авторів; відп. ред. Н. М. Оніщенко. – К.: Юридична думка, 2010. – 360 с.
- Карташов В. Н. Юридическая техника, тактика, стратегия и технология (к вопросу о соотношении) / В. Н. Карташов // Проблемы юридической техники: сборник статей: в 2 т. / Под ред. В. М. Баранова. – Н. Новгород, 2000. – Т. 1. – С. 24-31.
- Власенко Н. А. Законодательная технология: Теория. Опыт. Правила: учебное пособие / Н. А. Власенко. – Иркутск, 2001. – 144 с.

Манько Д. Г. Технологии формализации права

Аннотация. Исследуется один из ключевых аспектов правообразования – формализация права. Особое внимание уделяется вопросу правовой природы формализации, а также юридическим технологиям ее осуществления.

Ключевые слова: правообразование, первичная и производная формализация права, юридическая техника, юридические технологии, технологии формализации права, технологии создания правовых актов, технологии толкования правовых актов, технологии обслуживания правовых актов, технологии упорядочивания правовых актов.

Manko D. Technology of formalization of law

Summary. Studies the one of the key aspects of law-creation – formalization of law. Particular attention is paid to the legal nature of formalization and legal techniques and technologies for its implementation.

Keywords: law-creation, original and derivative formalization of law, legal techniques, legal technology, technology formalization of law, technology of creations, technology of interpretation, technology of service, technology of streamlining regulations.

*Лепісевич П. М.,
к. і. н., доцент, доцент кафедри загальної теорії держави і права
Львівського державного університету внутрішніх справ*

НАЦІОНАЛЬНА ДІЯЛЬНІСТЬ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ І ГРОМАДСЬКИХ ОРГАНІЗАЦІЙ В ПІДКАРПАТСЬКІЙ РУСІ 1920-1937 РР.

Анотація. У запропонованій статті аналізується процес створення та діяльність політичних партій і громадських організацій Закарпаття у 1920-1937 роках, роль провідних ідеологів національного руху у формуванні державності Карпатської України.

Ключові слова: державно-правовий статус, автономія, національна свідомість, національно-культурний розвиток, політичні партії, громадські організації, світогляд, проукраїнський рух.

Постановка проблеми. Актуальність тематики даної статті визначається необхідністю висвітлення маловідомих подій з історії українського визвольного руху на Закарпатті. Комуністична пропаганда постійно поширювала інформацію, що національно-визвольного руху на Закарпатті не було. Визволення Закарпаття в жовтні 1944 року мало довести, що закарпатські українці хотіли встановлення радянської влади, а місцеві громадсько-політичні діячі були німецькими прислужниками. Самі масштаби національно-визвольного руху на Закарпатті комуністична влада намагалася приховати, побоюючись поширення серед місцевого населення націоналістичних ідей. Проте численні архівні та опубліковані джерела свідчать про те, що національно-визвольний рух на Закарпатті не тільки існував, а й був достатньо небезпечним як для чехословацької влади, так і до угорського окупаційного режиму та для комуністичної системи.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Вагомий внесок у вивчення державотворчих процесів Карпатської України зробив професор Микола Вегеш. Підсумком багатолітніх досліджень даної проблематики можна вважати колективну монографію Закарпатських науковців під його керівництвом «Вони боронили Карпатську Україну». Також знаковими для дослідження даної проблеми є праці молодого закарпатського історика Олександра Пагір'я, київського історика Анатолія Кентія. До дослідження даної проблематики зверталися відомі історики-науковці Токар М., Басараб В., Книш З., Косик В., Мірчук П., Могорита М., Плав'юк М., Посівничий М., Химинець Ю. та багато інших. Джерельна база даного дослідження є доволі великою і в той же час маловивченою в сучасній українській історіографії.

Викладення основного матеріалу. В статті на основі всебічного аналізу, опрацювання джерел і літератури висвітлено діяльність таких політичних

партій як Руська Хліборобська, Християнсько-Народна, Аграрна, Руська Національно-автономна Партія, Центральна Руська Народна Рада і їх роль в розбудові державності Карпатської України в 1920-1937 роках, їх ідеологічні концепції, стратегія і тактика. Проаналізовано вплив на суспільне життя Закарпаття таких громадських організацій як товариство «Просвіта», «Пласт». «Учительська громада», «Союз руських студентів», «Протиалкогольного товариства», які відіграли велику роль у піднятті загальної культури та політичної свідомості місцевого населення.

Поразка національно-визвольної революції 1917–1920 рр. призвела до окупації України сусідніми державами – більшовицькою Росією (центрально-східна і південна частини), Польщею (Галичина і Волинь) і Румунією (Буковина і частина Бессарабії). У свою чергу Версальська система мирних договорів 1919–1920 рр. на деякий час послабила національну проблематику в Центрально-Східній та Південній Європі, проте вона залишила дуже багато нерозв'язаних питань, що зумовило появу реваншистських настроїв. Одним з основних її принципів було право націй на самовизначення, але принцип цей діяв вибірково. Згідно з рішенням Ради послів Великобританії, Франції, Італії і Японії від 14 березня 1923 р. Галичину було передано під юрисдикцію Польщі за умови надання широкій автономії, політичної, релігійної та особистої свободи її населенню. Проте цієї умови виконано не було. Так само не виконували взятих на себе зобов'язань Румунія (Сан-Жерменський договір від 10 вересня 1919 р.; т. зв. Басарабський протокол від 28 жовтня 1920 р.). Нові держави не зважали на права та прагнення українців і натомість вели тотальну асиміляційну політику [1].

Таким чином Версальсько-Вашингтонська система мирних договорів створила ситуацію, коли в багатьох нових державах були цілі національні регіони, які потрапили туди проти власної волі. Виняток в цьому контексті становить Закарпаття, яке перейшло до Чехо-Словаччини внаслідок переговорів з представниками місцевих еліт та її діаспори у США. Офіційний державно-правовий статус Закарпаття було визначено договорами: Сан-Жерменським від 10 вересня 1919 р. з Австрією та Тріанонським від 4 червня 1920 р. з Угорщиною. Під час революційних подій 1918–1919 рр. більшість населення регіону мало проукраїнський

напрями орієнтації і прагнуло об'єднання у соборну державу. Однак військово-політичні невдачі ЗУНР і УНР перекреслили всі їх сподівання [2].

Юридичний статус Закарпаття було затверджено в Конституції 29 лютого 1920 р. Згідно неї офіційно надано статус автономії Підкарпатській Русі. Незважаючи на прийняті закони чехословацька влада почала проводити політику централізації, відмовилася від проведення виборів та встановлення органів місцевого самоврядування. Поступово запроваджувалася чеська мова й посади в державному апараті надавалися виключно чехам. Фактично Закарпаття було поступово переведено до 1927 р. з автономного статусу в адміністративну одиницю унітарної держави. Усі ці заходи проводилися без консультації з місцевими політичними силами і населенням. Центральна влада у Празі вбачала у такому статусі Підкарпатську Русь загрозою національним інтересам й цілісності держави та можливим прецедентом для інших нацменшин. Тому вона проводила нерівноправну економічну політику і пригальмовувала регіональний розвиток, запроваджуючи нерівномірні тарифні системи, занижуючи ціни на сировину тощо. Таку політику щодо Закарпаття Прага аргументувала відсутністю необхідних кадрів, невизначеністю національно-культурного розвитку краю і сформованою національно-свідомою інтелігенцією. Вимоги щодо надання автономії і визначення західних кордонів Закарпаття з Словаччиною (особливо щодо Пряшівщини) ніколи не були виконані. Однак через політично-соціальні й національно-культурні протистояння між русофільським та проукраїнським напрямками, фактично уможлилював над ними повний контроль в безпечних для Праги рамках [3].

Процес створення політичних партій і громадських організацій в Підкарпатській Русі в 1920 рр. мав хаотичний характер і утворювався за національно-ідеологічними ознаками. Основну частину населення представляли проукраїнські і русофільські партії, між якими точилося змагання за впливами. Саме поставлені політичні завдання корегували діяльність партій.

Політичні діячі проукраїнського руху намагалися заручитися підтримкою чехословацьких провідних партій. Однак їх ставлення до Закарпаття змушувало змінювати свою тактику і вимагати виконання законів щодо надання автономії та орієнтації на єдність українського народу. Такі вимоги ставила Руська Хліборобська (Земледільська) та згодом Християнсько-Народна Партія на чолі з А. Волошином, А. Штефаном, Михайлом і Юрієм Брацайками, Михайлом Долинаєм та інші. У свою чергу філії загальнодержавних Соціал-Демократичної, Аграрної та Комуністичної партій також почали поступово формуватися такі вимоги. Однак вони залежали у цих питаннях від позиції їх центральних органів. Із середини 1920-х років іде консолідація проукраїнських

сил, формування соціальної бази партій, зокрема, Української селянської й української філії Аграрної партії. Вони відстоювали ідею єдності українського народу та його культури, працювали спільно з громадськими організаціями в культурно-освітній сфері. Від так антиукраїнська пропаганда русофільських, угорських і деяких чехословацьких партій при повному неутручанні у цей процес державної влади й погіршення ставлення до проукраїнських політичних сил Праги таким чином радикалізували настрої місцевого населення.

Дванадцять русофільських політичних партій та організації вимагали надати автономію і визнати автохтонність «руського» народу. Важливу роль у цьому русі відігравали політичні емігранти (росіяни та москвофіли з Західної України) та особи, які були із змішаних україно-угорських родин (переважно священики, державні службовці і вчителі). Вони підтримували ідею повернення Закарпаття назад до складу Угорської держави. До середини 1920 рр. чехословацька влада хотіла взяти під контроль русофільський рух і в подальшому активно його підтримувала. Незважаючи на це русофільські організації почали шукати підтримку за кордоном. Найбільш авторитетними в краю була Руська Національно-Автономна Партія, Автономний земледільський союз та Центральна Руська Народна Рада. Варто зазначити, що з русофільськими партіями активно співпрацювали або блокувалися з Чехословацькою Народно-Соціалістичною і Чехословацькою Народно-Демократичною партіями [4].

Поряд з політичними партіями, великий вплив на суспільне життя Закарпаття мали громадські організації. З самого початку заснування товариства «Просвіта» проти нього виступали русофіли. І лише 9 травня 1920 р. 119 делегатів обрали керівні органи, затвердили статут. Головою обрали Юлія Брацайка, котрий незмінно займав цю посаду до 1939 року. До Головного відділу увійшли: отці Августин Волошин, Василь Гаджега і Мирон Стрипський; професори Віктор Желтвай, Августин Штефан і Іван Панькевич; Порфир Медвідь, Микола Творидло, Микола Долинай, Степан Клочурак, Володимир Шуба. Головною метою діяльності товариства було *«культурне і економічне піднесення підкарпатсько-руського народу, передусім виховання його в моральнім і патріотичнім дусі»*. Саме її діяльність у поширенні української літературної мови відіграла значну роль у формуванні національної свідомості закарпатців. У міжвоєнний період видано 150 книжок і брошур накладом 450 тис. примірників, випускала періодичні видання для вчителів, селян, робітників, молоді і дітей (щорічні «Календарі Просвіти», журнали «Пчілка», «Віночок для підкарпатських діточок», альманах «Наш рідний край», освітньо-господарський часопис «Світло»). Просвітяни організували роботи товариств і спілок господарського характеру, кооперативів;

ветеринарних, виноградарських, городницьких, рільницьких, бджільницьких та інших курсів, при читальнях діяли господарські гуртки для селян. Вони були засновниками та активістами й інших організацій українського спрямування: «Учительської громади», «Союзу руських студентів», «Протиалкогольного товариства» тощо.

На початковому етапі чехословацька влада надавала кошти для діяльності «Просвіти». Підтримка влади і активна робота інтелігенції по селах дозволили створити хати-читальні, при яких були бібліотеки, театральні групи, хори, пожежні команди, кредитні спілки тощо. Основним видом діяльності стало проведення різних культурних заходів і масових акцій (вечори пам'яті видатних культурних, церковних і громадських діячів, збори і з'їзди, походи і маніфестації, мітинги, злети молоді, спортивні змагання тощо). Вони відбувалися із залученням значної кількості людей, постійно проходили під синьо-жовтим стягом і патріотичними гаслами в Ужгороді, Рахові, Хусті, Ясіні, Великому Бичкові, Косівській Полянці, Перечині, Великому Березному, Воловому, Верхніх Воротах, Кальнику тощо. Найбільшим заходом стало проведення 17 жовтня 1937 р. в Ужгороді Всепросвітнянського з'їзду. У маніфестації взяло участь 15 тис. осіб, похід очолили 25 греко-католицьких священників, учасники несли 128 синьо-жовтих прапорів та кілька тисяч малих прапорців, 190 транспарантів із назвами сіл. Вони продемонстрували перемогу на Закарпатті українського руху над русофільським.

Товариство «Просвіта» у 1920–30-ті роки відіграло провідну роль у національно-культурному розвитку Закарпаття, зокрема, вихованні молоді. Після окупації у березні 1939 р. Карпатської України Угорщиною діяльність товариства «Просвіта», як і всіх інших організацій, була заборонена, а величезна кількість книг із її читальень, а також документів, матеріалів знищено [5].

За ініціативою Й. Камінського, Степана Фенцика 22 березня 1923 р. було засноване «Русское культурно-просветительное общество имени А. В. Духновича» з центрами в Ужгороді й Пряшеві, як протипага «Просвіти». Її довголітнім головою був отець Євменій Сабов, секретарем – Степан Фенцик, а також провідними діячами – І. Гаджега, Андрій Бродій, М. Демко, Едмунд Бачинський та інші. Відтоді між двома культурно-просвітніми товариствами велася запекла боротьба за вплив на населення. Його основним завданням був культурний розвиток «руського народу», виховання патріотичного і морального духа. Видавничі і наукові праці були переважно в руках російських емігрантів, які через них пробували довести приналежність Закарпаття до загальноросійського історичного і мовного світу. Провідні діячі отримували матеріальну допомогу від угорського і польського урядів, чехословацька влада

підтримувала русофільську течію і, відповідно, «Общество им. А. Духновича». В 1924 році губернатором Підкарпатської Русі призначено русофіла Антона Бескида. Таким чином частина інтелігенції, громадських діячів та політичних лідерів прагнули відстоювати русофільську самобутність історії й культури Закарпаття [6].

В міжвоєнний період на Закарпатті активно діяв пластовий рух, який був частиною Союзу скаутів Чехо-Словаччини. Про роль Пласту писав провідний діяч ОУН Юліан Химинець так: «У нашій виховній роботі серед юнацтва ОУН багато допоміг український Пласт. Практично Пласт був передикільям юнацтва ОУН і виникав майже при кожній українській середній школі Закарпаття» [7]. Перший пластовий курінь заснував 1 жовтня 1921 р. Андрій Дідик у м. Берегово. Згодом вони були створені в Хусті, Ужгороді, Ясіні, Сваляві, Виноградіві, Великому Бичкові, Перечині, Тячеві, Мукачевому, Рахові. Так на 1928 р. вже було 37 пластових куренів із 768 членами та почали створюватись відділи старших пластунів. Пластовими відділами керували красиві звітодавці: Андрій Дідик – «Соколине око» (1921-22), Остап Вахнянин (1923-24), Леонід Бачинський – «Примружене око» (1924-28), Юліан Ревай (1929-32), Іван Роман (1933), Юрій Шерегії – «Грім» і Богдан Алиськевич – «Канюк» (1934-1935), Андрій Гириц (1936), Степан Пап – «Пугач» (1937-39). У 1929 р. було створено Красву пластова старшину, яку очолювали Андрій Алиськевич (1929-34) та Володимир Бірчак (1934-39). Значну допомогу Пласту надавав громадсько-політичний діяч о. Августин Волошин, якого було обрано у 1934 р. почесним членом Краєвої ради скаутів. Для пропаганди пластового руху видавалося більше десяти місцевих періодичних видань, підготовлено понад 50 підручників і брошур, а в 1938 р. відновлено друк журналу «Молоде життя» (редактори Степан Пап – «Пугач» і Олекса Блистів – «Гайдамака»). Значні досягнення Пласту на Закарпатті базувалися на належному ідейному підґрунті, закладеному Остапом Вахнянином, Леонідом Бачинським, Степаном Папом та іншими. Завдяки вміль організаторській діяльності С. Папа – «Пугача» у Пласті виховалося покоління патріотів, які стали активними діячами національного руху (А. Цуга, Д. Бандусяк, М. Орос, О. Блистів, І. Ірлявський, І. Роман, М. Кіштулинець, В. Маркусь, А. Глуханіч, П. Погоріляк, І. Коршинський, Ф. Удичка та багато інших). Особливістю в діяльності Пласту стало масове поширення по селах, де було потрібно вести активну національно-просвітницьку роботу. На початку 1939 р. до Пласту належало понад три тисячі членів у 84 куренях.

Висновки. Діяльність політичних партій і громадських організацій Закарпаття в 1920-1937 роках відіграли вирішальну роль в проголошенні автономної і незалежної Карпатської України. Вони стали пев-

ним етапом, який засвідчив їх політичну зрілість та готовність до активної боротьби за здобуття державності.

Література

1. Історія Центрально-Східної Європи: посібник для студентів історичних і гуманітарних факультетів університетів / За ред. Л. Зашкільняка. — Львів: ЛНУ ім. І. Франка, 2001. — С. 388–392, 409, 418, 430; Грицак Я. Нарис історії України... — С. 187–192.
2. Закарпаття 1919–2009 років: історія, політика, культура / Під ред. М. Вегеша, Ч. Фединець. — Ужгород, 2010. — С. 38–52.
3. Закарпаття 1919–2009 років: історія, політика, культура / Під ред. М. Вегеша, Ч. Фединець. — Ужгород, 2010. — С. 59–63.
4. Вони боронили Карпатську Україну... — С. 155–184; Закарпаття 1919–2009 років: історія, політика, культура... — С. 73–77.
5. Токар М. Роль «Просвіти» у процесі встановлення та розвитку політичних партій Закарпаття в 1919–1939 роках / М. Токар М., В. Басараб // *Carpatica* — Карпатіка: Політологічні студії: історія, теорія, практика. — Ужгород, 2003. — С. 260–269; Вони боронили Карпатську Україну... — С. 129–151.
6. Закарпаття 1919–2009 років: історія, політика, культура / Під ред. М. Вегеша, Ч. Фединець. — Ужгород, 2010. — С. 91–92.
7. Химинець Ю. Тернистий шлях до України... — С. 85.

Леписевич П. М. Национальная деятельность политических партий и общественных организаций в Прикарпатской Руси 1920-1937 гг.

Аннотация. В предложенной статье анализируется процесс создания и деятельность политических партий, общественных организаций Закарпатья в 1920-1937 годах, роль ведущих идеологов национального движения в формировании государственности Карпатской Украины.

Ключевые слова: государственно-правовой статус, автономия, национальное сознание, национально-культурное развитие, политические партии, общественные организации, мировоззрение, проукраинское движение.

Lepisevich P. National activities political parties and public organizations in Subcarpathian Rus 1920-1937's

Summary. The process of creation and activity of political parties and public organizations in Zakarpattya during 1920-1937 years are analyzed in the present article. The role of the leading ideologues of the national movement in the formation of the nationhood of Carpathian Ukraine is considered.

Keywords: state-law status, autonomy, national consciousness, national and cultural developments, political parties, public organizations, world outlook, pro-Ukrainian movement

*Ткаля О. В.,
к.ю.н., доцент кафедри
кримінально-правових дисциплін
Миколаївського комплексу НУ «Одеська юридична академія»*

ТЕМПОРАЛЬНА ДІЯ ПРАВОВИХ ІМУНІТЕТІВ

Анотація. Зроблено звернення до питань дії правових імунітетів темпорального (часового) характеру. Темпоральна дія правових імунітетів пов'язується із часом фактичного виникнення підстав до застосування імунітету і часом припинення дії правових імунітетів. Для визначення темпоральних характеристик правових імунітетів виділено необхідність враховувати час до набуття правого імунітету, час дії правого імунітету, час після застосування правового імунітету.

Ключові слова: правовий імунітет, темпоральна дія, правові виключення, імунітет держави, імунітет свідка.

Постановка проблеми. Правові імунітети являють собою комплексний правовий інститут, реалізація положень якого звільняє: від виконання певних юридичних обов'язків, що є загальними для всіх; від юридичної відповідальності як загального наслідку вчиненого правопорушення; від застосування примусових заходів у формі запобіжних, попереджувальних засобів, які застосовуються до всіх суб'єктів у разі виникнення законних підстав для їх застосування; з-під юрисдикції суду, хоча за загальним правилом інстанцією розгляду і вирішення спору є саме судовий орган; встановлює особливий порядок притягнення до юридичної відповідальності, який відрізняється від ординарного порядку, передбаченого, як правило, процесуальним законодавством за умови вчинення суб'єктом функцій міжнародного, державного та громадського характеру. Комплексний характер змісту правового імунітету, необхідність чіткого визначення підстав та порядку реалізації положень правового імунітету диктують необхідність звернення до питань дії правових імунітетів телуричного (просторового), темпорального (часового) та персонального (суб'єктного) характеру. В даній роботі буде проаналізовано питання темпоральної дії правових імунітетів.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Ступінь розробленості проблеми темпоральної дії правових імунітетів визначають праці вітчизняних і зарубіжних фахівців у галузі юриспруденції. Серед них слід відзначити теоретичні дослідження таких науковців, як М.І. Козюбра, А. Ф. Крижановський, О. В. Малько, С. В. Мірошник, І. С. Морозова, Ю. М. Оборотов, П. М. Рабінович, О. Ф. Скаун, С. Ю. Суменков, М. В. Цвік, Ю. А. Юшкова та ін.

Викладення основного матеріалу. Дія правових імунітетів у часі пов'язується із часом фактичного виникнення підстав для застосування імунітету і

часом припинення дії правових імунітетів. Відмінність дії у часі правових імунітетів від аналогічної дії нормативно-правових актів, які і є предметом аналізу більшості теоретиків у процесі здійснення ними досліджень джерел права, полягає в тому, що нормативні акти, в яких містяться положення про правові імунітети, з початком своєї дії у часі, створюють умови для застосування положень про імунітети шляхом їх нормативного визнання, а темпоральна дія правових імунітетів характеризується встановленням темпоральних характеристик фактичних підстав для застосування правових імунітетів. Темпоральна дія правових імунітетів характеризується наявністю двох складових юридичного і фактичного змісту. Юридичний зміст визначається у нормативно-правових актах, створюючи правові умови для застосування правових імунітетів, і в цьому аспекті дія у часі співпадає із загальними правилами темпоральної дії нормативно-правових актів, в яких зазначені правові імунітети. Фактичний зміст визначається часом виникнення підстав для застосування правових положень і часом їх припинення на умовах нормативного визначення.

Предметом подальшого дослідження буде фактичний зміст правових імунітетів, темпоральна дія яких визначається проміжком часу між початком фактичного застосування правових імунітетів та їх припиненням, хоч у цьому аспекті юридичний і фактичний зміст мають амбівалентний характер, формуючи загальну дію правових імунітетів у часі. Правильне вирішення питання про темпоральну дію правових імунітетів забезпечує, з одного боку, своєчасне застосування положень про правові імунітети, а з іншого – виявлення випадків, які виключають можливість застосування правових імунітетів, що є підставою для забезпечення реалізації принципу законності у регулюванні суспільних відносин з елементами правових імунітетів.

Враховуючи, що правові імунітети є властивістю виключно суб'єкта у процесі здійснення ним міжнародних, державних і громадських функцій, час виникнення підстав для реалізації положень про імунітети має пов'язуватися із часом покладення повноважень (обов'язків) щодо виконання відповідних функцій, а припинення дії правових імунітетів – із часом звільнення від виконання відповідних повноважень (обов'язків).

Держава як особливий суб'єкт правового імунітету набуває права на користування правовими виключеннями і можливості їх поширення на державне майно,

активи, фонди з моменту визнання держави як самостійного носія державного суверенітету, а правовий імунітет припиняється моментом фактичної ліквідації держави або її злиття з іншими державними утвореннями і формуванням нової держави. Необхідно підкреслити, що визнання державного суверенітету слід вважати не тільки підставою для застосування правового імунітету стосовно визнаної держави, але й забезпечує виникнення правових імунітетів інших колективних (наприклад, дипломатичне представництво, консульська установа і тощо) та індивідуальних суб'єктів (наприклад, керівник держави за межами власної держави, агент дипломатичного представництва та ін.), які отримують можливість користуватися правовими імунітетами при здійсненні міжнародних публічних функцій.

Дипломатичне представництво, як самостійний суб'єкт, наділений правовим імунітетом [4, 98], отримує можливість користуватися імунітетом тільки після фактичного відкриття дипломатичного представництва, яке стало наслідком угоди між двома державами. Правовий імунітет застосовується до дипломатичних представництв до моменту припинення їх діяльності, яке може мати місце у таких формах: завершення або призупинення дипломатичних зносин; розірвання дипломатичних зносин, у тому числі і в результаті збройного конфлікту між державами; втрата міжнародної правосуб'єктності, у тому числі й за рахунок розпаду або об'єднання держав. Однак, із припиненням діяльності дипломатичних представництв правовий імунітет може частково зберігатися на підставі положення ст. 45 Віденської конвенції 1961 р., відповідно до якої держава перебування має, навіть у разі збройного конфлікту, поважати й охороняти приміщення представництва разом з його майном та архівами.

Виникнення правового імунітету щодо дипломатичних агентів, членів їхніх родин, членів адміністративно-обслуговуючого персоналу має свої особливості. Дипломатичними агентами Віденська конвенція 1961 р. називає дипломатичний персонал, який має дипломатичний ранг і який виконує функції політичного й дипломатичного характеру, тобто здійснює безпосередні зносини з органами іноземної держави [4, 99]. Враховуючи функціональний характер правових імунітетів дипломатичних агентів, можна зробити висновок, що час набуття права на імунітет збігається із часом початку виконання покладених функцій, про що свідчить вручення відповідних документів представникам приймаючої держави. Правовий імунітет глави дипломатичного представництва припиняється моментом вручення відкличних грамот, розірванням (призупиненням) дипломатичних зносин, закінченням встановленого строку після визнання особи персоною *non grata* або у разі відмови від правового імунітету дипломатичного агента акредитуючої держави.

Враховуючи обґрунтованість використання функціонального підходу до правових імунітетів, інші (за винятком глави дипломатичного представництва) представники дипломатичного персоналу, які призначаються наказом міністра закордонних справ, підпадають під застосування правових імунітетів з моменту нотифікації Міністерства закордонних справ держави перебування про призначення й перебування співробітника представництва й початком виконання покладених повноважень. Припинення дії правового імунітету дипломатичного персоналу відбувається із звільненням від виконання посадових обов'язків і залиценням країни перебування згідно з нотифікацією, розірванням (призупиненням) дипломатичних зносин, закінченням встановленого строку після визнання особи персоною *non grata*, або у разі відмови від правового імунітету дипломатичного агента акредитуючої держави.

Члени родини дипломатичних агентів користуються дипломатичним імунітетом виключно за умови, що вони проживають разом із дипломатичним агентом і не є громадянами приймаючої сторони. Міжнародними актами не визначається, хто належить до «членів родини» дипломата, але, як правило, до них належать дружина (чоловік), незаміжні доньки, неповнолітні сини. У той же час, держава перебування в національному законодавстві може розширити коло осіб, до якого належать члени родини дипломата, виходячи, наприклад, із принципу взаємності [4, 95]. Враховуючи похідний від дипломатичного агента характер правового статусу членів його родини, можна зробити висновок, що період поширення на них положень правового імунітету збігається з часом застосування правового імунітету до самого дипломатичного агента, з яким вони пов'язані родинними зв'язками.

Міжнародні організації наділяються правовим імунітетом з моменту набуття власної правосуб'єктності, яка пов'язується з підписанням державами-засновниками установчого документа – особливого міжнародного договору – статуту. Міжнародна організація користується правовим імунітетом протягом усього часу існування, доки організація не буде визнана розпущеною.

Правові імунітети індивідуального характеру, яким наділяються посадові особи міжнародних організацій, підлягають застосуванню з моменту призначення (обрання) особи на посаду, яка передбачена статутними документами міжнародної організації, до моменту звільнення з посади. Особливий порядок використання правових імунітетів стосовно представників держав, які беруть участь у діяльності міжнародних організацій і конференцій, визначається їх суто функціональним характером. Завершення виконання особою діяльності в умовах функціонування міжна-

родної організації автоматично зупиняє дію правових імунітетів щодо такої особи.

На Президента України правовий імунітет поширюється протягом усього часу його перебування на посаді, тобто всього часу виконання повноважень Глави держави (ч. 1 ст. 105 Конституції України). У літературі висловлюються різні погляди на встановлення часу, із настання якого щодо Президента починають застосовуватися норми імунітетного характеру. Так, деякі автори пропонують поширювати правові імунітети на глав держав з моменту їх обрання, тобто з того моменту, коли офіційно встановлені результати виборів та складено і підписано відповідний протокол ЦВК, оскільки «особа стає президентом у день волевиявлення народу, а не в день свого вступу на посаду» [1, 65]. Інший підхід, який, як уявляється, більш обґрунтованим, полягає в тому, що застосування положень про правові імунітети щодо Президента України виникає не на підставі його обрання, а у зв'язку з перебуванням на посаді. Тому моментом виникнення підстав для застосування правових імунітетів слід вважати вступ на посаду Президента України. На користь саме такого висновку свідчать такі аргументи. По-перше, попередній глава держави перебуває на посаді не до моменту обрання нового президента, а до моменту його вступу на пост, відповідно, імунітет попереднього глави держави зберігається за ним весь час перебування на посту, а імунітет новообраного Президента починає діяти з моменту його вступу на пост [2, 80]. Моментом же вступу на пост, відповідно до положень ст. 104 Конституції України, слід вважати момент «складання присяги народів на урочистому засіданні Верховної Ради України». По-друге, враховуючи функціональний характер правового імунітету, який пов'язується із здійсненням Президентом України публічних державних функцій, моментом підстав для застосування правового імунітету слід вважати початок функціонування особи на зазначеній посаді, а не момент обрання на таку посаду, який ще свідчить про початок виконання покладених обов'язків, тобто фактичне функціонування інституту державної влади. По-третє, початок дії правових імунітетів чітко вказують на те, що такий початок пов'язується із певним юридичним актом, яким стосовно Президента України є складання присяги народів України. Повний правовий імунітет, передбачений діючим законодавством, поширюються на Президента України протягом всього часу його перебування на посту до моменту складання присяги новообраним Президентом України або дострокового припинення повноважень, у випадках передбачених Конституцією України (ст. 109-111).

Необхідно зазначити, що Президент України, поряд із Прем'єр-Міністром України і Міністром закордонних справ, користується правовим імунітетом і у зв'язку із здійсненням міжнародних функцій. Імунітет від кримінальної юрисдикції в іноземній державі за-

значеними посадовими особами набувається і припиняється відповідно до проаналізованих положень, передбачених національним законодавством.

Народний депутат України користується правовим імунітетом із моменту складання присяги – як обов'язковою передумовою виконання покладених повноважень (ст. 79 Конституції України). Припиняється правовий імунітет народного депутата одночасно з припиненням повноважень Верховної Ради України або достроковим припиненням повноважень народного депутата на підставі особистої заяви, набрання законної сили обвинувальним вироком суду відносно народного депутата, визнання судом недієздатним або безвісно відсутнім, припинення громадянства або виїзду на постійне проживання за межі України, смерті народного депутата.

Депутат місцевої ради користується правовим імунітетом у визначеному законом обсязі із дня відкриття сесії відповідної ради і моменту офіційного оголошення підсумків виборів відповідною територіальною виборчою комісією, а у випадку обрання депутата замість того, який вибув або проведення повторних виборів – із дня заслуховування на черговому після виборів депутата місцевої ради пленарному засіданні повідомлення про підсумки виборів. Правовий імунітет припиняється у день відкриття першої сесії місцевої ради нового скликання, або дострокового припинення повноважень депутата місцевої ради, або ради, до складу якої його обрано (ч. ч. 1 – 3 ст. 4 Закону України «Про статус депутатів місцевих рад») [5, 13].

Імунітет Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини поширюється на особу з моменту прийняття присяги за результатом призначення, здійсненого Верховною Радою України, якщо за кандидата на посаду проголосувало більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України. Правовий імунітет не підлягає застосуванню після складання присяги особою, призначеною на цю посаду.

Посадові особи Рахункової палати, а саме Голова Рахункової палати, перший заступник і заступник, головні контролери, Секретар Рахункової палати користуються правовим імунітетом визначеного законом обсягу з моменту призначення на посаду і протягом семи років. Після спливу зазначеного терміну правовий імунітет до посадових осіб рахункової палати застосований бути не може.

До суддів в Україні застосовуються положення про правовий імунітет згідно з його функціональним призначенням, тобто на весь час здійснення повноважень, обумовлених займаною посадою. Застосування суддівського правового імунітету пов'язується з прийняттям суддею присяги на підставі набрання чинності указу Президенту України про перше призначення на посаду професійного судді або рішення Президента України, Верховної Ради України та з'їзду суддів України про

призначення особи суддею Конституційного Суду України. Доцільність пов'язування моменту поширення правового імунітету на діяльність судді саме з прийняттям ними присяги обґрунтовується тим, що присяга є зовнішньою формою рішення про двостороннє погодження між державою й особою про те, що перша делегує виконання окремих державних функцій і поширення гарантій їх здійснення, а особа зобов'язується ефективно і, згідно з нормами права, виконувати покладені функції. Побічним аргументом на користь позиції, що обґрунтовується, слід визнати передбачену ст. 126 Конституції України підставу для звільнення судді з посади у разі порушення суддею присяги (п. 5 ч. 4), яка свідчить про те, що діяльність судді здійснюється після принесення присяги, а не до цього моменту. У разі, якщо суддя починав діяльність після рішення відповідного органу до складання присяги, тоді у Конституції України повинно мало б міститися положення про звільнення у разі відмови у прийнятті присяги, яке обґрунтовано відсутнє. Правовий імунітет на суддю, призначеного вперше, поширюється протягом п'яти років із дня призначення і за загальним правилом врахування строків збігає о 24 години відповідного призначенню місяця і числа п'ятого року повноважень, а для суддів Конституційного Суду України – дев'ятого року повноважень. Правовий імунітет судді відновлюється у разі безстрокового обрання судді на посаду постановою Верховної Ради України. У зв'язку із зазначеним виникає питання про застосування правового імунітету до особи, термін призначення якої на посаду судді скінчився, а рішення парламенту про обрання є відсутнім, яке є тим більше значущим, якщо враховувати, що цей період інколи обчислюється роками, оскільки залежить від працездатності Верховної Ради України.

Уявляється, що до судді, який не обраний на посаду за будь-яких причин, не можуть застосовуватися положення правового імунітету у зв'язку з тим, що в зазначений час суддя не виконує конституційних повноважень щодо здійснення правосуддя, а правовий імунітет, а точніше його функціональний характер, пов'язується саме зі здійсненням повноважень, тобто функціонуванням відповідно до правового статусу публічного характеру. Крім того, необхідно враховувати і цільове призначення правового імунітету, який в процесі здійснення публічних функцій є гарантією ефективної й неупередженої діяльності, необхідність якої відпадає у випадку, коли така діяльність не проводиться.

Моментом припинення суддівського правового імунітету слід вважати момент закінчення строку, на який суддю обрано чи призначено; досягнення суддею шістдесяти п'яти років; неможливість виконання своїх обов'язків за станом здоров'я; порушення суддею вимог щодо несумісності; порушення суддею присяги; набрання сили обвинувальним вироком щодо нього;

припинення його громадянства; визнання його безвісно відсутнім або оголошення померлим; подання заяви про відставку або звільнення за власним бажанням; у разі його смерті.

Імунітет свідка, як властивість суб'єкта процесуальної діяльності, виникає з моменту, коли особа фактично набуває відповідного статусу, тобто з моменту виклику особи, щодо якої у посадових осіб, які здійснюють провадження у справі, є інформація, що свідчить про поінформованість такої особи щодо обставин, які мають значення при провадженні у справі для встановлення істини [2, 86]. Встановити момент припинення правового імунітету свідка досить складно, враховуючи багатоваріантність суб'єктних проявів імунітету, їх абсолютний або відносний характер. Впевнено можна зазначити тільки те, що правовий імунітет свідка втрачає свій застосовний характер тільки за умови відпадання підстав для застосування правового імунітету і тільки стосовно тих фактичних обставин події, що досліджується, які існували за межами темпоральної дії правових імунітетів.

Деякого уточнення вимагає встановлення моменту припинення дії правових імунітетів у формі правового індемнітету, зміст якого свідчить про поширення положень індемнітету на весь час діяльності суб'єкта вже після виконання міжнародних і державних публічних функцій, у чому й полягає специфічність темпоральних меж правового імунітету, що реалізується у формі правового індемнітету.

Темпоральні характеристики правових імунітетів закладені у нормативно-правових актах різної галузевої належності, однак встановлення їх на практиці зіштовхується з певними труднощами, вирішення яких створить підстави для обґрунтованого застосування або незастосування правових імунітетів. Для дослідження існуючих проблем практики застосування правових імунітетів необхідно універсалізувати такі проблеми з метою їх підняття до рівня теоретичних і створення передумов для визначення загальних правил, використання яких на практиці буде, по-перше, відповідати принципу законності і, по-друге, максимально спростить вирішення питань про необхідність застосування або відмови у застосуванні положень правових імунітетів.

Вирішення завдань із правильного встановлення темпоральної дії правових імунітетів має дві умови, які повинні враховуватися. Перша умова була досліджена раніше і пов'язана з моментом виникнення та припинення правових імунітетів, оскільки вони визначені у правових встановленнях. Друга умова пов'язується з моментом прийняття рішення про застосування або незастосування правового імунітету.

На підставі зазначених положень можна зробити **висновок**, що у всіх випадках вирішення питання про застосування правових імунітетів у різних формах їх проявів, необхідно давати відповіді на такі запитання:

чи поширюються положення імунітетного характеру на певну територію, чи діють вони у часі, чи поширюються вони на певний суб'єкт. Тільки у разі позитивної відповіді на всі три запитання правовий імунітет може застосовуватися в процесі регулювання публічного статусу суб'єкта, який здійснює міжнародні, державні і громадські функції.

Література:

1. Кибальник А. Г. Иммунитеты в уголовном праве / А. Г. Кибальник. — Ставрополь: Ставропольсервисшкола, 1999. — С. 65.
2. Лобойко Л. М. Кримінально-процесуальне право: курс лекцій / Л. М. Лобойко — К.: Істина. — С. 86.
3. Марків В. Дещо про імунітет у кримінальному процесі / В. Марків // Підприємництво. Господарство і право. — 2001. — № 5. — С. 80.
4. Музика А. Особисті дипломатичні привілеї та імунітети: проблеми теорії та практики використання / А. Музика // Право України. — 2007. — № 5. — С. 95.
5. Юшкова Ю. А. Иммунитет как правовая категория: автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук / Ю. А. Юшкова. — М., 2008. — 25 с.

Ткаля О. В. Темпоральное действие правовых иммунитетов

Аннотация. Поднята проблема действия правовых иммунитетов темпорального (временного) характера. Темпоральное действие правовых иммунитетов связывается с моментом фактического возникновения

оснований к применению иммунитета и моментом прекращения действия правовых иммунитетов. Для определения темпоральных характеристик правовых иммунитетов выделено необходимость учитывать время до приобретения правового иммунитета, время действия правового иммунитета, время, после применения правового иммунитета.

Ключевые слова: правовой иммунитет, темпоральное действие, правовые исключения, иммунитет государства, иммунитет свидетеля.

Tkalya O. The temporal acting of the legal immunities

Summary. In the article was raised the problem of the legal immunities by the temporal acting. The temporal acting of the legal immunities is connected with two general moments such as the actual coming into existence the reasons of the using of the legal immunities and the end of the acting of theirs. (Временное действие судебных иммунитетов связано с двумя общими моментами, такими как фактическое появление причины использования судебных иммунитетов и конца действия их).

To the definition of the temporal characteristics of the legal immunities is the necessity to take into account some important moments: the time before the acquisition of the legal immunity, the time of the acting of the legal immunity and the time after using the legal immunity.

Keywords: the legal immunity, the temporal acting, the legal exception, the sovereign immunity, the witness immunity.

*Юрочкин М. А.,**к. ю. н., доцент, заведующий кафедрой гражданского права
и процесса РГСУ, филиал в г. Минске*

ФОРМИРОВАНИЕ ТЕОРИИ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА В РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ НАУКЕ В КОНЦЕ XIX – НАЧАЛЕ XX ВЕКА

Аннотация. Статья представляет собой анализ эволюции взглядов русских мыслителей на правовое государство и права человека.

Ключевые слова: правовое государство, права человека, юридическая наука.

Постановка проблемы. История философско-правовых учений о правовой государственности включает в себе богатый арсенал идей и концепций, без знания которых невозможна сколь-нибудь серьезная современная теоретическая разработка и практическая реализация идей правового государства.

Сам термин «правовое государство» сформировался и утвердился довольно поздно – в немецкой юридической литературе в первой трети XIX в. (в работах К. Т. Велькера, Р. фон Моля и других мыслителей).

В плане выражения первых идей правовой государственности они появились уже в античном мире, а теоретическом плане данные концепции и доктрины сформировались в период перехода от феодализма к капитализму и возникновения нового строя.

Исторически это происходило в русле возникновения прогрессивных направлений буржуазной политической и правовой мысли, становления и развития нового (антифеодального, светского, антитеологического) правового мировоззрения, критики феодального строя и полицейских режимов, утверждения идей гуманизма, принципов свободы и равенства всех людей, неотчуждаемых прав человека, поисков различных государственно-правовых средств, конструкций и форм (принцип разделение государственных властей, конституционализм, верховенство закона).

Анализ последних исследований. При всей своей новизне теоретические концепции правовой государственности (разработанные в трудах Д. Локка, Ш.-Л. Монтескье, Д. Адамса, Д. Мэдисона, Т. Джефферсона, И. Канта, Г. В. Гегеля и др.) опирались на опыт прошлого, на достижения предшествующей социальной, политической и правовой теории и практики.

Изложение основного материала. В России наиболее детально данная концепция получила свое теоретическое оформление в работах по теории права и философии права. П. Новгородцев в своих работах сделал вывод о наличии твердых принципов и бесспорных элементов в праве, над которыми ни государство, ни политика не властны [14, 397, 398].

Теоретик права Н. Коркунов указывал на необходимость правового ограничения государства в интересах отдельной личности и во имя осуществления ее прав и свобод [11, 142].

Как справедливо отмечал Б. Кистяковский, «право должно действовать и иметь силу совершенно независимо от того, какие политические направления господствуют в стране и в правительстве. Право по самому своему существованию стоит над партиями и поэтому создавать для него подчиненное положение по отношению к тем или другим партиям – это значит извращать его природу» [9, 654].

Поэтому идеи правового государства в российской юридической науке начали активно развиваться в конце XIX – начале XX века.

Исследователи российской государственности и права (Н. Алексеев, В. Гессен, Н. Палиенко, С. Котляревский и др.) связывали государственный строй Российской империи с идеями конституционализма как одного из необходимых условий для построения правового государства.

Оно предполагало господство права во всех сферах государственной жизни, отрицало всякий абсолютизм, произвол власти и бесправие подвластных, причем не только в сфере частных отношений, но и в области политической, в отношениях граждан с государственной властью.

В конце XIX – начале XX века исследователи полагали, что конституционное государство можно считать лишь небольшим шагом к государству правовому. Как отмечал Палиенко, оно «также далеко не сказало еще своего последнего слова, как и само право, господство которого оно гарантирует и поддержание которого оно совершенствует в интересах развития человеческого общества» [18, 163]. Развивая это положение, Кистяковский считал, что правовое государство является высшей формой государственности, потому что оно ограничивает власть признанием за личностью ее неотъемлемых неприкосновенных прав [8, 144]. Именно в этом они понимали сущность и назначение правового государства.

Для других российских исследователей данной проблемы конституционное государство было тождественно правовому. Отличие идеи правового государства от теории разделения властей в том, что

последняя рассматривает все органы власти равными по значению, взаимно ограничивающими друг друга.

Котляревский подчеркивал, что идея правового государства «есть зрелый плод той долгой борьбы за право, которая представляет одну из важнейших глав в истории человеческой цивилизации и, выросши на этой, веками возделанной почве, она может безопасно встретить напряженную переоценку ценностей, подъем волны и скепсиса, критики». Идея правового государства не ограничивается только теоретическими вопросами государства и права. По его мнению, «направляя работу юриста, занятого истолкованием строения и жизни современного государства, она в то же время освещает путь политику-практику, признавшему, что ответы на задания, поставленные перед этим государством, могут быть прочными приобретениями, превратиться в неотъемлемое национальное достояние, лишь будучи облечены в правовые нормы» [13, 14].

Котляревский исследуя данный вопрос в общем виде остановился на проблеме правового государства, анализируя в первую очередь правовой характер, присущий организации государственной власти. Он пытался показать, как примиряются правовая основа современного государства с задачами его самосохранения.

Ученый считал, что господство права представляет собой не столько единообразное поступательное движение учреждений и идей, сколько некий постоянный ритм принципа господства и противоположных ему принципов. И для историка, и для социолога принцип господства права представляется одним из основных факторов в развитии новой гражданственности и культуры. «... Идея правового государства вошла в обиход современных цивилизованных обществ, в совокупность тех ожиданий, которые обращает член государственного союза к руководителям этого последнего. Правовое государство стало одним из основных политических заданий. Много раз отмеченный кризис правосознания, утрата веры во всемогущество права и учреждений, наличие периодически переживаемых здесь разочарований не отнимает у данных стремлений настойчивости и выразительности: убеждение, что государство должно принять облик правового, остается непоколебленным» [8, 4, 5].

Согласно Котляревскому, – быть государством справедливости; ценность его определяется ценностью самого правового начала и при том предположении, что закон в таком государстве всегда справедлив и что «способ его создания есть в то же самое время – при недостатках человеческой природы – обеспечение этой возможной справедливости».

Исходные идеи высказывали и другие исследователи, в частности В. Соловьев, Н. Палиенко, Н. Алексеев.

В. Гессен понимал правовое государство как парламентский строй, основанный на началах последовательной демократии. Он настаивал на ответственности должностных лиц перед всенародным представительством и считал теневой стороной всякого политического прогресса бюрократию, опирающуюся на чиновников. Преодолеть эту опасность можно лишь развивая государственный строй вообще и местное самоуправление в особенности.

Пытаясь дать определение понятия правового государства, Гессен писал: «Правовое государство в своей деятельности, в осуществлении правительственных и судебных функций связано и ограничено правом, стоит под правом, а не вне и над ним. Отличительным свойством правового государства является подзаконность правительственной и судебной власти; такая подзаконность предполагает обособление властей – отделение правительственной власти от законодательной и судебной от той и другой» [2, 16]. Именно начало обособления властей должно быть положено в основу формирования правового государства.

Исследуя данный феномен Кистяковский писал: «Еще Фихте и Гегель под государством подразумевали исключительно правовое государство. «Вполне понятно, почему Фихте и Гегель, чтобы уразуметь истинную природу государства, обращали свои взоры, прежде всего, и исключительно на правовое государство» [10, 144]. Правовое государство – это высшая форма государственного быта, которую выработало человечество как реальный факт.

Если власть всецело сосредоточена в руках народа, но способна по желанию отменять свободу слова, печати, собраний и союзов, государство, считал он, не только не имеет ничего общего с правовым, а, напротив, обладает обратным антиправовым характером. «Свободы эти настолько неотъемлемое право каждого человека, что тот государственный строй, в котором они нарушаются, не может быть признан нормальным, независимо от того, в чьих руках находится власть. Там, где этих свобод нет или где они во всякий данный момент могут быть хотя бы временно упразднены, там нет даже элементарной политической свободы и там государственная власть имеет характер насильственный, а не правовой. Государства, построенные на принципе народовластия, также могут быть не-свободными и деспотичными, причем диктат и деспотизм здесь могут привести к более трагическим последствиям, чем деспотизм одного лица» [10, 479].

Сущность правового государства раскрывается в его признаках: во-первых, способность идейного самооправдания власти; во-вторых, безличность и абстрактность власти; в-третьих, ограничение сферы проявления власти законами. Как отмечала В. А. Шелкопляс, «И по сей день является актуальной мысль С. А. Коляревского о необходимости самоограничения государственной власти» [21, 20].

Кистяковский рассматривая правовое государство считал, что высшей формой правового государства будет государство социалистическое. Полемизируя в оценках социализма с Б. Чичериным («во имя равенства проповедают полное подавление свободы деспотизмом массы»), ученый выдвигал два суждения: во-первых, область публичного права в социалистическом обществе без всякого сомнения значительно расширится, в том числе за счет частного права, но само частное право не может исчезнуть совершенно; во-вторых, уже современный правопорядок своим социальным законодательством изменил понятие частной собственности, лишив ее характера исключительности и неограниченности. Кроме того, в социалистическом государстве будут расширены и пополнены права на положительные услуги со стороны государства [7, 7].

Подобных взглядов придерживался и Новгородцев, говоря о возможном соединении идей правового государства с социалистической организацией общества [15, 232].

Цион утверждал, что воля законодателя не является произволом, а «есть результат размышления, основанного на верной оценке народных нужд и их соглашения с традиционными государственными задачами» [22, 19]. Поддерживая такой подход к данному вопросу, Котляревский добавлял, что власть должна быть ограничена правом прежде всего во имя справедливости, а «юридически конституционным нужно признать всякое государство, где народное представительство участвует в осуществлении законодательной власти, т. е. законом в формальном смысле признается лишь акт, изданный с согласия народного представительства» [12, 234].

Учитывая национальную и территориальную специфику российского государства, Цион считал, что помимо общих основ правового государства, которые необходимы для любой страны, Россия, занимающая огромную территорию, нуждается в разумной децентрализации правительственных органов и «умелом их применении к потребностям столь разнообразных местностей и народностей».

Исходя из необходимости подчинения власти закону, многие сторонники правового государства полагали, что, благодаря подзаконности правительственной и судебной властей, отношение между индивидом и государством становится правоотношением, отношением гражданства. Так, Гессен отмечал: «Государство в лице своей правительственной власти является правовым субъектом; и точно так же правовым субъектом является гражданин. Субъективные публичные права гражданина обеспечиваются системой юридических гарантий, осуществляющих на практике идею правового государства. Правомерность правительственной власти является в правовом государстве источником субъективных публичных прав гражданина» [4, 44, 45].

Г. Новоторжский отождествлял народовластие с принадлежащей всему народу высшей верховной властью, которой все обязаны подчиняться. «Народ сам правит государством, народ сам заведует всеми государственными делами. Народ сам издает законы, сам следит за их исполнением, сам творит правосудие. В руках у народа и законодательная, и исполнительная, и судебная власть» [17, 7].

В. Ренненкампф указывал на то, что демократизация общества – неизбежный факт, с которым необходимо считаться. Жизнь неотвратимо стремится к тому, чтобы осуществлять демократические принципы. Он указывал на большую значимость человеческой личности в государственном устройстве страны. «Никакое демократическое государство с его народным суверенитетом, никакое обобществление производства не избавят человечество от проявления новых форм социального рабства и угнетения без коренного, нравственного изменения самой человеческой личности. Одухотворение человеческой жизни – вот необходимое условие для правильных политических и общественных форм. Мир правды и добра кроется в возрождении человеческого духа и в нравственных усилиях людей» [19, 20].

Эти мысли актуальны и ныне, созвучны требованиям сегодняшнего дня. Власть, находящая оправдание своему существованию в правовых нормах, добывается упрочения правового и общественного порядка. Только «во имя безусловного господства правового порядка, но только во имя его, государство европейской культуры, которое есть союз не личного, а общественного господства, обладает властью высшею, безусловною», – отмечал А. Алексеев [1, 28]. Но в то же время есть интересы, которые в известной степени выше и шире интересов обеспечения порядка, защищаемого государством. К таковым Алексеев относил интересы, охраняемые церковью, которые в нравственном отношении стоят выше интересов, защищаемых государством, ибо они освящены нравственным авторитетом церкви. Однако в обеспечении правового порядка, по мнению Алексеева, церковь, безусловно, уступает приоритет власти государственной.

Следующий признак правового государства – безличность и абстрактность власти означает, что в правовом государстве господствуют не лица, а общие правила или правовые нормы. Лица, обладающие властью, подчинены нормам права одинаково с лицами, не имеющими власти; они – исполнители предписаний, заключающихся в этих нормах или правилах. Для них власть – не столько их субъективное право, сколько правовая обязанность, и эту обязанность они должны нести как известное общественное служение; иными словами: управлять должны законы, а не люди. Те полномочия, которыми наделяются лица, находящиеся у власти, предоставляются им не в их личных интересах, а в интересах всего народа и государства. Ведь

фактически отдельные органы государственной власти «суть не что иное, как физические лица», по отношению к которым больше чем к кому бы то ни было справедливо требование руководствоваться в своей деятельности «бесстрастностью и безликостью» [1, 12].

Государство – это юридическое лицо, равное среди других юридических лиц. В итоге основным принципом правового государства становится принцип верховенства права, законность правления заменяется торжеством субъективных прав личности. Однако последние нуждаются в эффективной защите. Охранительную функцию берут на себя отчасти орган народоправства, отчасти административная юстиция. Эту же функцию можно видеть и в принципе ограничения центральной власти «по вертикали» (принцип федеративного устройства государства). И наконец, задаче охраны субъективных публичных прав подчинен принцип непосредственного включения международного права во внутригосударственное право страны.

В правовом государстве власть ограничена и подзаконна, осуществляется в определенных формах и носит строго правовой характер. Основопологающим принципом правового государства российские ученые считали обеспечение прав личности. Как отмечал Л. Родионов, объем прав, признаваемый в том или ином культурном государстве за личностью, зависит всецело от общего уровня развития народа, от его политического воспитания и от успехов народа в борьбе за право. Только широкие демократические начала открывают путь к идеалу государственного устройства: введение в область права начал справедливости. По его мнению, обеспечение личной свободы и неприкосновенности граждан – высшее достижение правового государства. Политическая же свобода «открывает простор для общественной борьбы и творческой работы, направленной к великой цели – возможному счастью человечества» [20, 16, 115].

Родионов считал, что: «Великий смысл демократических начал, за которые боролись и борются народы, заключается в том, что только таким путем и никаким иным – может быть достигнуто обеспечение права, а стало быть, и интересов общества и отдельных личностей в государстве. Ведь интересы человеческой личности и ее достоинство составляют конечную цель всех политических движений и переворотов. А так как сознание современного человечества говорит о равном достоинстве каждой отдельной личности, то справедливое государственное устройство должно обеспечить всем и каждому свободное развитие всех природных сил и способностей, удовлетворение всех разумных потребностей» [20, 16].

В публичные права входят свобода личности, вероисповедания, печати, союзов и собраний, передвижений, промыслов и занятий. Каждая такая свобода, по мнению Гессена, – частичное проявление единого

и особо гарантированного права – общегражданской свободы. В категорию субъективных публичных прав входят все права граждан на положительные действия государства в его интересах – это своего рода права на услуги государственной власти, например право на судебную защиту. К другой категории публичных прав Гессен причислял «политические права на осуществление государственной власти» – избирательные права (активное и пассивное), право утверждать бюджет (последнее есть средство проверки бюджетной системы в целях постоянного контроля и критики правительственных мероприятий) [4, 66].

Гарантию свободы личности видели в такой организации власти, при которой исключается возможность подавления личности и обеспечивается ее суверенитет и считали, что в основном обеспечено только право на юридическую защиту со стороны государства через суд. Однако появляются и новые права: право на труд, развитие всех своих способностей, применение труда к той области, которая наиболее соответствует талантам каждого, а также право на участие во всех материальных и духовных благах, создаваемых современной культурой. Все эти права значительно дополняют уже признанные права и свободы (право на невмешательство в личную жизнь, право на участие в деятельности государства и др.). Эти права некоторыми учеными объединяются в одном общем субъективном публичном праве, а именно – в «праве на достойное человеческое существование» [9, 120].

Если государство выражает цель общества, то общество должно иметь возможность, прежде всего, выразить эту цель и связать ею деятельность всех государственных органов. Именно отсюда начинается плавный переход от философского учения о правовом государстве к его конкретно-институциональным конструкциям. При этом следует подчеркнуть, что законодательство и организация институтов власти в правовом государстве – лишь средства для обеспечения прав личности, а не самоцель.

Гессен, анализируя правовое государство, исходил из тезиса верховенства закона. Далее доказывалась невозможность соединения функций законодательства и законисполнения в одном и том же органе власти. Отсюда тезис о том, что правовое государство – это государство, подчиняющееся как исполнительный орган себе как органу законодательному. Важнейшая идея правового государства – разделение властей – в интерпретации Гессена звучит как «обособление властей», обеспечивающее в первую очередь «неприкосновенность субъективных публичных прав гражданина». При «обособлении властей говорить о деспотизме большинства невозможно, ибо те права, которые большинство желает для себя, оно принуждено признать и, действительно, признает за меньшинством» [5, 255]. Верховенство закона связывается с теорией народного представительства. Но последнее является институ-

циональным оформлением субъективного публичного права избирать и быть избранным. В свою очередь, и избирательное право как субъективное публичное право невозможно без всего комплекса личных прав: свободы совести, права на судебную защиту и т. д.

Отсюда и взаимоотношения между обществом, отдельным гражданином и государством трактуются как правоотношения.

Приоритет законодательной власти, продолжает далее Гессен, как власти верховной – отличительное свойство правового государства. Оно находит выражение в положении закона как высшей юридической нормы в государстве.

Таким образом, Гессен к привычным признакам правового государства (ограничение и связанность правительственных и судебных функций правом, обособление властей) добавлял в качестве необходимого условия представительную форму правления и административную юстицию. Господство права в государственной жизни предполагает и требует, согласно Гессену, последовательного и строгого осуществления начала подчиненности правительственной власти закону. Наличие сверхзаконных полномочий у главы государства (права приостанавливать действие законов, издания исключительных указов) несовместимо с режимом правового государства. Для того чтобы государство могло быть безусловно правовым, необходима не только конституционная, но и административная реформа. Требуется такое административное законодательство, которое сводило бы к возможному минимуму дискреционный характер полномочий правительственной власти. Здесь не менее существенно и то обстоятельство, что граждане могут получить соответствующие зафиксированным обязательствам правительственной власти субъективные публичные права.

Размышляя о народном представительстве в правовом государстве, Кистяковский считал, что в его выборах должен участвовать весь народ и никакие ограничения избирательного права принципиально недопустимы. Избирательное право должно быть не только всеобщим и равным, но и обеспечивать прямое голосование непосредственно за кандидатов, выдвинутых в представительство тайным или закрытым способом [22, 19-21].

«Требование всеобщего, равного и прямого избирательного права с тайной подачей голосов является теперь основным требованием демократизма. При народовластии всякий должен обладать избирательным правом и никто не может быть его лишен» [10, 486].

Поднять уровень общественного правосознания, сформировать чувство ответственности, утвердить большее уважение к законности как своих, так и чужих прав, развить в народе сознание общественной и национальной солидарности, согласия, признать важность общегосударственных и общенародных интере-

сов возможно лишь при широком участии народных представителей в создании и выработке законов и действительном влиянии на деятельность правительства и общую политику страны. «Но как участие в законодательстве, так и влияние на правительственную деятельность может быть обеспечено всему народу только при общем и равном избирательном праве». И для народа, и для государства, приходит к выводу ученый, всеобщее и равное избирательное право с прямой и тайной подачей голосов стало бы большим благом. Это должно понять «всякое сколько-нибудь благоразумное и талантливое правительство» [10, 489].

Гессен указывал на то, что «Придет время и всеобщее избирательное право во всех, без исключения, конституционных государствах станет реальным фактом политической жизни. Тогда – и только тогда – парламент явится действенным выразителем народной воли – воли народного большинства. Тогда народные демократические партии будут обладать достаточной силой для того, чтобы именем народа править страной» [6, 58].

Без наличия системы правовых гарантий, обеспечивающих неприкосновенность публичных прав, нет и не может быть правового государства. Таким гарантом должна стать административная юстиция – специальная организация судебной власти, назначение которой сводится к защите субъективных публичных прав путем отмены незаконных распоряжений административной власти. Административная юстиция в этом назначении станет «краеугольным камнем правового государства».

Говоря о роли суда в правовом государстве, ученые подчеркивали, что он должен быть независимым от давления правительства, обязан защищать закон от любых посягательств и предоставить возможность судье проверять обоснованность актов исполнительной власти.

Как нетрудно заметить, идеологический элемент в рамках теории правового государства был достаточно силен. Собственно, кризис идеи правового государства чувствовали сами ученые, например, Новгородцев [15, 98]. Впрочем, «кризис современного правосознания» стал общим местом практически любых серьезных политико-правовых исследований.

В. С. Нерсисянц отмечал, что «История развития философско-правовой мысли свидетельствует о том, что для правового государства необходимы не только господство права и правовых законов (нормативно-правовой аспект), но и надлежащая правовая организация самой системы государственной власти, учреждение различных государственных органов, четкое определение их компетенции, места в системе, характера соотношения между собой, способов формирования, форм деятельности...».

Все приведенные примеры свидетельствуют, что, разрабатывая научные положения теории право-

вого государства, а затем, внедряя их в практику государственно-правового строительства, решалась одна основная проблема – ограничение государственной власти, ее подконтрольность. В качестве таких ограничителей выступали наиболее эффективные для своего времени способы: разделение властей, законодательные (но пока не правовые) запреты, индивидуальные привилегии и т. д. И лишь во второй половине XX века, была не только провозглашена, но и реально доказана сила права, что внесло коррективы в подходы решения старых проблем.

На современном этапе развития теории правового государства можно выделить следующие характерные для нее черты:

1. интеграция естественного и позитивного подходов к праву;
2. понимание правового государства в качестве оптимальной формы государственной организации общества;
3. наличие определенных предпосылок, необходимых для формирования правового государства;
4. определение правового государства строится на основе анализа принципов, лежащих в основе организации и деятельности государства и гражданского общества.

Выводы. Таковы основополагающие политико-правовые идеи правового государства в теории правовой мысли России. В них концентрируются общечеловеческие ценности, сформированные в процессе длительного развития государства и общества.

Литература:

1. Алексеев А. С. К учению о юридической природе государства и государственной власти / А. С. Алексеев. — М., 1895. — 35 с.
2. Гессен В. М. О правовом государстве / В. М. Гессен. — СПб, 1908.
3. Гессен В. М. Основы конституционного права / В. М. Гессен. — 2-е изд. Пг., 1918.
4. Гессен В. М. Правовое государство / В. М. Гессен. — СПб, 1906.
5. Гессен В. М. Теория конституционного государства / В. М. Гессен. — М., 1914.
6. Гессен В. М. Теория правового государства / В. М. Гессен. — СПб, 1913.
7. Кистяковский Б. А. Государственное право / Б. А. Кистяковский. — М., 1908.

8. Кистяковский Б. А. Государство правовое и социалистическое / Б. А. Кистяковский. — М., 1899.
9. Кистяковский Б. А. Социальные науки и право / Б. А. Кистяковский. — М., 1916.
10. Кистяковский Б. А. Сущность государственной власти / Б. А. Кистяковский. — Ярославль, 1913.
11. Коркунов Н. М. Лекции по общему государственно-му праву / Н. М. Коркунов. — СПб, 1914.
12. Котляревский С. А. Власть и право. Проблема правового государства / С. А. Котляревский. — М., 1915.
13. Котляревский С. А. Правовое государство и внешняя политика / С. А. Котляревский. — М., 1909.
14. Новгородцев П. И. Государство и право / П. И. Новгородцев. — М., 1904.
15. Новгородцев П. И. Идеалы партии народной свободы / П. И. Новгородцев. — М., 1915.
16. Новгородцев П. И. Кризис современного правосознания / П. И. Новгородцев. — М., 1909.
17. Новоторжский Г. Что такое правовое государство? / Г. Новоторжский. — СПб, 1906.
18. Палиенко Н. И. Правовое государство и конституционализм / Н. И. Палиенко. — 1906. — Кн. 1.
19. Ренненкампф В. Н. Правовое государство и народный суверенитет / В. Н. Ренненкампф. — Одесса, 1908.
20. Родионов Л. М. Правовое государство / Л. М. Родионов. — М., 1906.
21. Шелкопляс В. А. Концепция правового государства в юриспруденции начала XX века (По трудам С. А. Котляревского) / В. А. Шелкопляс // Проблемы формирования правового государства в Беларуси: Сборник научных трудов / Под ред. В. А. Кучинского. — Мн: Академия милиции МВД РБ, 1994. — С. 18-28.
21. Цион И. Ф. Как установить в России правовой государственный строй? / И. Ф. Цион. — Лейпциг, 1905.

Юрочкін М. А. Формування теорії правової держави в Російській правовій науці у кінці XIX – початку XX століття

Анотація. Стаття являє собою аналіз еволюції поглядів російських мислителів на правову державу і права людини.

Ключові слова: правова держава, права людини, юридична наука.

Yurochkin M. Formation of the theory of law in Russian legal science in the late XIX - early XX century.

Summary. This paper presents an analysis of the evolution of the views of Russian thinkers on the rule of law and human rights.

Keywords: rule of law, human rights jurisprudence.

*Аль-Брайчат С.,
аспирант кафедри теорії і історії державства і права
Міжнародного гуманітарного університета*

СИСТЕМА ПРАВА КАК ПРЕДМЕТ КОМПАРАТИВИСТСКОГО ИССЛЕДОВАНИЯ

Аннотация. В статье предложено рассматривать систему права как самостоятельный предмет сравнительного правоведения, который можно исследовать как на макроуровне сравнения, так и на макроуровне сравнения. Доказывается нетождественность правовой системы и системы права в контексте юридической компаративистики. На примере систем права исламских государств раскрыта перспективность исследований систем права в контексте методологии сравнительного правоведения.

Ключевые слова: сравнительное правоведение, предмет сравнительного правоведения, правовая система, система права.

Постановка проблемы. Методологические основы современного сравнительного правоведения по праву считаются одними из наиболее разработанных и эффективных в юриспруденции. Можно утверждать, что сегодня существует целостная система принципов, методов и приемов сравнительно-правового исследования, в рамках которых происходит познание единого и уникального в правовых системах современности. В то же время, если макросравнение является достаточно разработанной сферой юридической компаративистики, то на уровне микросравнения существует несколько методологических проблем, связанных, в первую очередь, с выделением критериев сравнимости и применением функционального подхода к отдельным институтам правовых систем либо специфичным правовым явлениям.

В частности, сегодня в сравнительном правоведении отсутствует четкость воззрений на то, к какому уровню сравнения следует относить систему права: к макросравнению или к микросравнению. Это ставит серьезную задачу, суть которой состоит в выявлении специфики системы права как предмета компаративистского исследования, в связи с чем необходимо определить методологию сравнения различных систем права.

Цель статьи, таким образом, состоит в выявлении особых методологических основания сравнения систем права как особых образований, характеризующих массив правовых норм, действующих в том или ином обществе.

Анализ последних исследований. Проблематике системы права как предмету сравнительного правоведения обычно уделяют внимание в контексте общей теории сравнительного правоведения. В этой связи следует обратить внимание на разработки таких

ученых как Д. М. Азми, С. С. Алексеев, Х. Бехруз, М. А. Дамирли, В. В. Оксамытный, О. Ф. Скакун, Ю. А. Тихомиров, Г. Ф. Елаян, Р. Давид, К. Жоффре-Спинози, А. Х. Саидов и многих других. Между тем, следует подчеркнуть, что сопоставление структурных особенностей светских и религиозных правовых систем в нормативном аспекте редко становится предметом научного рассмотрения, что актуализирует направленность представленной статьи.

Изложение основного материала. В теоретическом плане понятие системы права тесно связано с понятием структуры права. Действительно, рассмотрение вопросов структуры права в современных исследованиях, так или иначе, выводит на его систему [1, 11], а часто понятие «структура права» и «система права» применяются как синонимы и легко заменяют друг друга [2]. Тем не менее, под структурой права понимают его внутреннее строение, характеризующееся обязательным присутствием неотъемлемых, константных, закономерно присутствующих и связанных между собой (то есть системообразующих) элементов [2, 13]. В любом случае, экспликация структуры права в новейших исследованиях ограничивается или обоснованием его деления на отрасли, или обоснованием возникновения новых отраслей или институтов права. Таким образом, несмотря на критику взглядов С. С. Алексеева, которые приближаются к своему пятидесятилетнему юбилею, справедливыми остаются его слова о том, что «Право каждого государства существует и функционирует в качестве единой, юридически цельной, внутренне согласованной системы общеобязательных норм, выражающих требования экономического базиса классового общества. Важнейшей же стороной внутренне согласованной системы и является его структура – закономерная организация (скелет) его элементов» [3, 10-11].

Систему права традиционно рассматривают как целостный институциональный комплекс объективно существующих общеобязательных норм, правил поведения, которые связаны между собой устойчивыми функциональными связями [4, 130]. Такой подход является довольно распространенным и отражает сложившиеся воззрения на этот феномен.

Между тем, спорным является разграничение понятий «система права» и «правовая система». Традиционно утверждается, что понятие «правовая система» имеет более широкое содержание, так как включает в

свое смысловое пространство неюридические и строго говоря ненормативные аспекты права, такие как правовая культура, правосознание, юридическая техника, система субъектов права и т. д. Очевидно, такой подход связан с тем, что право, несмотря на доминирование в современной юриспруденции интегративного правопонимания, продолжает по инерции рассматриваться как нормативное явление, то есть его бытие ограничено правовыми нормами. Однако справедливым является замечание Ю. Н. Оборотова о том, что право выступает наиболее широким понятием, в то время как правовая система – лишь одно из проявлений системности права [5, 230]. Система права – другое проявление его системности – не уже и не шире правовой системы, просто она отражает иные аспекты правового бытия, связанные, в первую очередь, с построением системы нормативов и ценностей в соответствии со сложившимися традициями и опытом развития того или иного общества.

Между тем, в сфере сравнительного правоведения система права редко рассматривается при характеристике его предмета. Показательно, что М. А. Дамирли утверждает, что предметом сравнительного правоведения является соотнесенное изучение системных правовых явлений как целое (национальных, интегративных, международной правовых систем, групп национальных правовых систем – правовых семей, систем теоретико-правовых идей) и их составляющих (отраслей, институтов, норм и других правовых явлений) [6, 80]. Схожей точки зрения придерживается также И. Г. Оборотов, выделяя в структуре предмета сравнительного правоведения: правовую карту мира, правовые системы и семьи правовых систем, нормативные массивы, отрасли законодательства, правовые институты, правовые акты и отдельные виды правовых норм и т. д. [7, 30]. Не выделяет систему права в качестве самостоятельного предмета юридической компаративистики также В. В. Оксамытный. По его мнению, особенная часть сравнительного правоведения включает анализ правовых систем современных государственно-организованных обществ, обобщенных на основе сопоставимых характеристик. Здесь же исследователь пишет, что набирают обороты отраслевые сравнительно-правовые науки [8, 17], однако едва ли систему права стоит относить к их предмету.

Исключение в этом ряду компаративистов составляет лишь О. Ф. Скакун, разграничивая общее, отраслевое (внутриотраслевое) и специальное (предметное) сравнительное правоведение. Исследовательница настаивает на том, что общее сравнительное правоведение имеет своим предметом правовые системы в целом, общие и специфические закономерности возникновения, развития и функционирования правовых явлений (законодательства, системы права, соотношения права и закона, правоотношения, толкования, законодательной техники и др.) [9, 23]. Впрочем, от-

нося систему права к предмету общего сравнительного правоведения (или, как его называет сама О. Ф. Скакун, теории правовых систем), необходимо понимать, что система права не является простым массивом нормативов, а также не тождественна законодательству.

В отношении систем права как предметов сравнения зачастую проводят исследования, основанные на различиях построения правовых общностей (соотношение частного и публичного права, наличие обязательственного права в частном праве и т. д.), относящихся к так называемым неотдифференцированным правовым системам (то есть, семье общего права и континентального права) [10]. Между тем, необходимо подчеркнуть также значимость межсемейных исследований системы права, в частности, сравнения систем права в семье правовых систем востока.

Именно в этом контексте правовые системы востока, в которых, так или иначе, ощутимо влияние ислама, делят на три большие группы именно по признаку устройства системы права. Первую группу составляют правовые системы Саудовской Аравии и Ирана, где мусульманское право продолжает применяться максимально широко. Прежде всего, его нормы и принципы оказывают глубокое влияние на конституционное законодательство и сложившуюся здесь форму правления. Вторую группу составляют правовые системы Ливии, Пакистана, Судана. Сфера действия мусульманского права не является здесь столь всеобъемлющей, как в первой группе, но все же остается весьма существенной, в последние десятилетия даже обнаруживается тенденция к расширению. Принципы и нормы мусульманского права оказывают заметное влияние на основные акты конституционного характера и деятельность государственного механизма этих стран. В перечисленных странах мусульманское право без каких-либо изъятий продолжает регулировать отношения личного статуса, сохраняются мусульманские суды. Третью группу составляют правовые системы большинства арабских стран: Египта, Сирии, Ливана, а также ряда стран Африки (Сомали, Мавритания) и Азии (Афганистан). Здесь влияние ислама на правовую систему сведено к минимуму, и религиозная доктрина используется лишь в качестве вспомогательного источника права. При этом показательно, что система права в третьей группе стран является преимущественно светской [11, 113-114].

Например, к третьей группе исламских правовых систем, где система права является преимущественно светской, относится правовая система Ирака. Здесь вопросы личного статуса определяются исламской правовой традицией, в то время как большинство других отношений регулируется на светской законодательной основе. При этом особенностью правовой системы Ирака в этом отношении является также то, что она испытала на себе влияние как континентального, так и общего права. До 1918 г. на территории

Ирака применялось право Османской империи, которое в большинстве отраслей после 1840 г. следовало французским образцам, то есть выстраивалось на основе романо-германской правовой системы. Английские власти в период мандата (1920-1930 гг.) не стали вносить кардинальных изменений в правовую систему Ирака, поэтому турецкие кодексы продолжали действовать уже в качестве иракских. Лишь в отдельных отраслях нормы английского права заняли господствующие позиции (например, в уголовном праве в связи с введением англичанами в 1918 г. Багдадского уголовного кодекса).

Между тем, исследователи отмечают, что Багдадский кодекс был разработан наспех в расчете на то, что он будет временным правовым актом. В основу разрабатываемого закона было положено турецкое уголовное законодательство, в свою очередь основывавшееся на французском уголовном законодательстве. Кроме того, были использованы предписания из египетского закона об уголовных наказаниях 1883 г., что объяснялось значительным сходством в обычаях и традициях этих двух стран. Многие тексты статей были полностью заимствованы из французских источников. Кодекс был опубликован на английском языке с приложением арабского перевода. Перевод оказался неточным. В Министерство юстиции Ирака начал поступать поток замечаний и вопросов судей и юристов по толкованию отдельных положений Кодекса. В результате Министерством юстиции была сформирована комиссия, в которую вошли профессор права Багдадского и Каирского университетов, члены кассационного суда, многие судьи и другие известные иракские юристы [12, 13].

Другой не менее важный аспект, связанный с системой права в светских и религиозных правовых системах, выражен в статусе норм международного права в системе права. Так, М. Г. Шарифи утверждает, что в ряде исламских стран, в том числе в Мавритании, Сирии, Египте, Ливии и др., согласно устройству законодательной системы, и прежде всего Конституции, парламенты обладают полномочиями ратификации международных договоров, подписанных органами исполнительной власти и главой государства. Среди подобных договоров можно указать на мирные договоры, договора о союзнничестве, о международных организациях, договоры, регулирующие расходы государственных финансов, о государственной границе, и проч. Обычно идею ратификации документа выдвигает глава государства или правительство. Прежде, чем ратифицировать документ, свой отзыв о нем дает комитет по внешней политике, изучив его текст и передав затем в законодательный орган для ратификации [13]. При этом не только в момент ратификации, но и при имплементации в целом различия в практике характерны и для мусульманских стран. Это связано с различиями в культуре имплементации, а также с

различиями в правовой исламской системе в целом при восприятии международных правовых норм.

Следует подчеркнуть, что система права исламских государств отличается от других систем права как юридической терминологией и конструкциями, окрашенными в религиозные тона, так и структурой, которую составляют оформившиеся в разные времена специфические отрасли, институты и нормы права. Доктринальная разработка мусульманского права затрудняла его систематизацию, хотя и придавала гибкость и возможность развития. С позиций ислама, право не должно быть отображением действительности. Оно – «светило», которое ведёт верующих к религиозному идеалу. В нем мало обобщений и определений. Именно поэтому часто утверждается казуистичность системы права ислама [14, 312].

Мусульманское право не подразделяется на общее и частное право, как в правовых системах романо-германского типа, или на общее право и право справедливости, как в странах англоамериканского типа. Здесь имеются иные подходы к структурному объединению норм.

Система мусульманского права формировалась представителями основных мусульманских толков (ритов) – суннитских и несуннитских – через правовые комплексы норм и принципов. Например, в Ираке имеют распространение сразу 3 школы мусульманского права: ханафитская (среди арабов-суннитов), шафиитская (среди курдов-суннитов) и джафаритская (среди арабов-шиитов). Применение права личного статуса мусульман входит в юрисдикцию самостоятельных судов личного статуса [15, 55-62].

Наиболее влиятельной в Ираке является ханифитская школа мусульманского права, основателем которой является Абу Ханифа (699-767). Один из методов вынесения правовых решений в ханафитском мазхабе – четкая иерархия вердиктов авторитетов школы (Абу Ханифа, Абу Юсуф, аш-Шайбани, другие). Если по какой-либо проблеме возможно применение как кияса, так и истихсана, то в большинстве случаев приоритет отдается истихсану. В случае необходимости выбора из имеющихся различающихся предписаний, приоритет отдается наиболее убедительному или мнению большинства. Слабые и сомнительные хадисы используются в качестве аргумента лишь в исключительных случаях. В основном отдается предпочтение над ними истихсану. Благодаря усилиям учеников Абу Ханифы его мазхаб стал всеобъемлющей школой мусульманского права, способной решить практически все проблемы фикха. Ханафитская школа поощрялась Аббасидами, заинтересованными в правовой основе государства.

В соответствии с основной тематикой система исламского права зачастую включает в себя вопросы религии, семьи, общины и др. Во многих странах исламского права традиционными сферами религиозно-

правового регулювання вважаються стосунки правоверних з Аллахом; взаємостосунки між людьми; зв'язки між державами або релігійними конфесіями.

Можно помітити, що розглядання питань системи права релігійних держав дозволяє відкрити нові межі цього феномена, прослідкувати альтернативні шляхи формування правових галузей і суспільств, що, без сумніву, збагатить порівняльне правознавство.

Висновки. Система права є самостійним предметом порівняльного правознавства, який досліджується як на макроуровні (коли йдеться про надання організації нормативного матеріалу в різних правових системах або сім'ях правових систем), так і на мікроуровні, що пов'язано з розгляданням систем права на рівні їх змістового наповнення і структурування. Тут особливо актуальними представляються дослідження в області надання системи світського і релігійного права.

Література:

1. Керімова Е. А. Правовий інститут : теоретико-правове дослідження: автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 — Теорія права і держави ; Історія права і держави ; Історія політичних і правових учень / Е. А. Керімова. — Саратов, 1998. — 23 с.
2. Азмі Д. М. Історико-теоретический і методологічний аналіз структури права : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня доктора юрид. наук : спец. 12.00.01 — Теорія і історія права і держави ; Історія учень о праві і державстві / Д. М. Азмі. — М., 2011. — 45 с.
3. Алексєєв С. С. Структура радянського права / С. С. Алексєєв. — М. : Юрид. лит., 1975. — 264 с.
4. Общетеоретическая юриспруденция. Учебный курс : учебник / под ред. Ю. Н. Оборотова. — Одесса : Фенікс, 2011. — 436 с.
5. Оборотов Ю. Н. К вопросу о формировании глобальной правовой системы / Ю. Н. Оборотов // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». — Одеса : Юрид. л-ра, 2011. — Т. X. — С. 229—236.
6. Дамирлі М. А. Сравнительное правовеждение / М. А. Дамирлі. — Ч. 1. Статус, предмет и система. — Одесса : Фенікс, 2013. — 174 с.
7. Оборотов І. Г. Порівняльне правознавство: навч. посіб. / І. Г. Оборотов. — Миколаїв, 2011. — 228 с.
8. Оксамытний В. В. Сравнительное правовеждение и законоведение : учеб. пособ. / В. В. Оксамытний. — Брянск: Брянский государственный университет, 2011. — 240 с.
9. Скакун О. Ф. Общее сравнительное правовеждение: Основные типы (семьи) правовых систем мира : учеб. для студ. вузов / О. Ф. Скакун. — К. : Ін Юре, 2008. — 464 с.
10. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правовеждение в сфере частного права : в 2-х т. / К. Цвайгерт, Х. Кётц. — Т. 1: Основы : пер. с нем. — М. : Междунар. отношения, 2000. — 480 с.
11. Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правовеждения / Ю. А. Тихомиров. — М. : НОРМА, 1996. — 432 с.
12. Елаян Г. Ф. Основы мусульманского уголовного права : учеб. пособ. / Г. Ф. Елаян. — Махачкала, 2002. — 120 с.
13. Шарифи М. Г. Международное право во внутреннем праве исламских стран / М. Г. Шарифи [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://sociosphera.com/publication/conference/2012/126/mezhdunarodnoe_pravo_vo_vnutrennem_prave_islamskih_stran/
14. Давид Р. Основные правовые системы современности / Рене Давид, Камилла Жоффре-Спинози. — М. : Междунар. отношения, 1999. — 400 с.
15. I-Hakim A. Iraq / I-Hakim A. // International Encyclopedia of Comparative Law. — Vol. 1. — Oxford, 1972. — P. 55-62.

Аль-Брайчат С. Система права як предмет компаративістського аналізу

Анотація. У статті запропоновано розглядати систему права як самостійний предмет порівняльного правознавства, який можливо досліджувати як на макрорівні порівняння, так і на макрорівні порівняння. Доводиться нетотожність правової системи та системи права в контексті юридичної компаративістики. На прикладі систем права ісламських держав розкрито перспективність досліджень систем права в контексті методології порівняльного правознавства.

Ключові слова: порівняльне правознавство, предмет порівняльного правознавства, правова система, система права.

Al-Braychat S. The System of Law as a Subject of Comparative Analysis

Summary. The paper highlights the system of law as an independent subject of comparative law, which may explore how macro-level of comparisons and macro-level of comparisons. Nonidentical legal system and the system of law in the context of comparative law has been proved. The example of Islamic law reveals promising research systems of law in the context of the methodology of comparative law.

Keywords: comparative law, the subject of comparative law, legal system, system of law.

*Коломоєць О. В.,
аспірантка кафедри теорії та історії держави і права
Міжнародного гуманітарного університету*

ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВИ У СУЧАСНОМУ ДЕРЖАВОЗНАВСТВІ: ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ

Анотація. У статті здійснено спробу критичного аналізу сучасних державознавчих положень щодо феномену функцій держави. Доведено, що функції держави слід розглядати як обов'язки держави по відношенню до суспільства, які завжди є конкретними та нормативно й інституційно оформленими. Розмежовано поняття «функції держави» та «сфери діяльності держави». Показано логічну непослідовність окремих підстав класифікації функцій держави.

Ключові слова: сучасна держава, сфери діяльності держави, функціонування держави, функції держави.

Постановка проблеми. Вчення про функції сучасної держави традиційно розглядається як невід'ємна частина державознавства та загальнотеоретичної юриспруденції у цілому. У наш час набуваються усе більшої актуальності питання номенклатури функцій держави, їх «ревізії», необхідність якої пов'язана з трансформацією ролі держави у суспільстві. Усе частіше з'являються дослідження, присвячені обґрунтуванню нових функцій держави (інформаційна, податкова, міграційна, інтеграційна тощо). Між тим, одним з ключових теоретичних питань функціонування держави виступає інституційна зумовленість його функціонування. Функції держави часто розглядають у відриві від інституціонального аспекту сучасної держави, що, звісно, не в повній мірі відповідає сучасній методології державознавства. Саме інституціональний погляд на функції сучасної держави надає змогу якісно розкрити їх зміст, сутність та реалізацію.

З сучасним розумінням функцій держави пов'язана велика кількість теоретичних проблем, які вимагають формування нових підходів. Зокрема, сам факт різнорівневості функцій, які виділяються у сучасній юридичній літературі, дозволяють стверджувати, що питання функціональності держави далекі від свого вирішення. Так, поряд з економічною, соціальною, культурною функціями виділяють функції соціального захисту дитини, функцію охорони дикої природи, функцію забезпечення належного рівня середньої освіти тощо. Очевидно, що смисловий простір цих функцій є просто непорівнюваним, що ще раз доводить тезу про розмитість змістовного наповнення категорії «функція сучасної держави».

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Функції держави перебувають у центрі уваги багатьох науковців, спеціалістів у сфері загальнотеоретичної юриспруденції. Найбільш

знаковими можна назвати дослідження Н. Г. Александрова, С. В. Бабаєва, М. Й. Байтіна, А. І. Денисова, О. О. Джураєвої, Л. І. Загайнова, А. П. Косіцина, А. В. Меліхової та ін. Значний внесок у розробку теорії функцій держави зробили Г. Єллінек, Л. Дюги, А. Сміт, К. Шмітт, Ф. Фукуяма та інші видатні мислителі ХХ та ХХІ століття.

Мета статті полягає в виявленні теоретичних засад сучасного підходу до розуміння функцій держави на основі аналізу домінуючої парадигми державознавства.

Викладення основного матеріалу. У сучасній юридичній літературі як наукового, так і навчального рівнів домінують уявлення про функції держави як основні напрями і сторони діяльності держави, що виражають її сутність та соціальне призначення. Наприклад, такої точки зору дотримується С. В. Бабаєв, коли стверджує, що «під функцією держави слід розуміти один з основних напрямків діяльності держави, а також цілі, методи, форми та засоби здійснення цієї діяльності. Зміст будь-якої функції держави у цьому випадку складають такі взаємодіючі елементи: предмет функції; цілі функції; методи, форми і засоби здійснення функції» [1, 7]. В. В. Анцупов стверджує, що «при визначенні поняття «функція держави» слід виходити з таких позицій: філософське розуміння категорії «функція»; прояв іманентних, специфічних властивостей функції; спрямований вплив держави на суспільні відносини; розкриття соціального призначення держави в суспільстві; сталість – як ознака функції, що характеризує стабільність, безперервність, тривалість її дії; співвідношення категорій «правовий вплив» і «правове регулювання», як ціле і частина, де останнє є однією з форм першого» [2, 8].

З вужчих позицій підходить до розуміння функцій держави А. В. Меліхова. Вона стверджує, що «на сучасному етапі розвитку теорії функцій держави найбільшою логічно вибудована володіє і заслуговує на увагу таке визначення: функції держави – це об'єктивно необхідний, цілеспрямований основний напрямок (сторона) діяльності держави, здійснюваний в життєво важливій сфері суспільних відносин, що виражає його сутність і соціальне призначення в суспільстві і має законодавчу регламентацію» [3, 8].

У численних курсах з теорії держави і права розділи, присвячені функціям держави, є багато в чому схожими та одноманітними. Так, стверджується, що

функції держави – це сукупність однорідних напрямків її діяльності, які характеризуються внутрішньою єдністю та суттєвою відмінністю від інших напрямків [4, 396]; констатується, що функції держави є основними напрямками її діяльності, що зумовлені її цілями і завданнями та конкретизують її сутність [5, 137]; прив'язується зміст функцій до управлінської діяльності держави [6, 68] тощо.

Спільною рисою усіх наведених визначень поняття «функція держави» є те, що вони прив'язують сутність функцій до діяльності держави, що у цілому є правильним підходом. Однак не завжди діяльність держави зводиться до його функцій. У цьому зв'язку справедливими видаються судження Г. Єллінека, який стверджував необхідність розмежування «матеріальних функцій держави» та «формальних функцій держави». При цьому матеріальні функції розглядаються як напрямки діяльності держави, спрямований на досягнення її цілей, а формальні функції – як функції окремих органів держави або систем органів [7, 162-170]. Саме формальні функції не є за своєю природою функціями держави в цілому. Більше того, сучасна юридична наука наполягає на тому, що такі «формальні функції» доцільніше іменувати компетенцією, оскільки вони характеризують не телеологічну спрямованість сучасної держави, а напрямки діяльності окремих її органів [8].

У цьому контексті важливо розмежувати такі поняття як «функція держави» та «функціонування держави». Функціонування держави постає як найбільш широка категорія, що охоплює за своїм змістом усі форми діяльності як держави в цілому, так і окремих її органів, тобто і матеріальні, і формальні функції за Г. Єллінеком. Діяльність у філософській літературі визначається як специфічна форма активного ставлення до оточуючого світу, зміст якої становить його цілеспрямована зміна та трансформація [9, 633]. Тому діяльність держави завжди виражена у формі його функціонування, тобто виокремленні актуальних та важливих напрямів цієї діяльності, їх інституціоналізація та оформлення в нормативній формі.

Серед найбільш типових функцій держави, які пропонуються в юридичній літературі можна назвати економічну, політичну, культурну, соціальну, правоохоронну тощо. Цей перелік не є вичерпним, часто до нього додають й більш конкретизовані напрямки діяльності (наприклад, охорона конституційного ладу, збереження та розвиток національної самобутності тощо). На нашу думку, при виділенні таких функцій держави втрачається з поля зору той факт, що ототожнення функцій держави з магістральними напрямками діяльності держави є недоречним. Функція – це явище, що завжди конкретизовано в часі, просторі, інституційній формі, системі нормативів. Функція завжди є вузько спрямованою, і це підтверджується тим, що, наприклад, І. А. Іванніков розглядає їх, насам-

перед, як основні обов'язки держави по відношенню до суспільства та світового співтовариства [10, 122]. А обов'язки, навіть якщо вони не розглядаються по відношенню до держави в юридизованій формі, мають формальну визначеність, тобто конкретність та чітку змістовну наповненість. На наше переконання, саме конкретність та чітка змістовна наповненість має бути ключовим критерієм та ознакою функції сучасної держави.

З цих позицій важко називати функціями економічну, політичну, культурну функції. Вони є напрямками діяльності держави, основними сферами її активності, в рамках яких реалізуються конкретні функції з чітко визначеним змістовним наповненням. Змістовне ж наповнення таких напрямів діяльності є дуже низьким. Спираючись на логічний закон зворотного відношення об'єму та змісту понять, відкритого Дж. Локком, чим більший об'єм поняття, тим біднішим є його зміст. Тому, коли йдеться про такі напрямки діяльності держави як економічний, то виявити реальний зміст цього напрямку можна лише в найбільш абстрактній та загальній формі. У той же час, якщо звернутися до такої функції держави як створення належних умов діяльності національного товаровиробника та реалізація антидемпінгових заходів, то стане очевидно, що її змістовна наповненість є цілком конкретною та такою, що підлягає нормативному визначенню. Дійсно, якщо звернутися до іншого аспекту діяльності держави, коли вона розглядається в розрізі реалізації принципу верховенства права, то до основних її сфер також відносять демократичні інститути, місцеве самоврядування, конституційне та загальне судочинство тощо [11].

До речі, саме таким шляхом звуження поняття функцій держави йде П. В. Онопенко, коли стверджує, що не існує правоохоронної функції держави, оскільки це – надзвичайно широка сфера діяльності держави, яка полягає у створенні колосальної системи органів з визначенням їх повноважень. Натомість, науковець стверджує, що доцільно говорити про правоохоронні функції держави як конкретні напрямки діяльності держави, що здійснюється компетентними органами. До таких правоохоронних функцій дослідник відносить: функцію забезпечення правопорядку; функцію боротьби з корупцією; функцію боротьби з організованою злочинністю; функцію боротьби з тероризмом; функцію участі України у підтримці міжнародного правопорядку [12, 11].

Можна констатувати, що недоліки доктринального розгляду функцій сучасної держави з широких позицій відчужаються багатьма науковцями. Так, наприклад, М. Й. Байтін та І. М. Сенякін пропонують розмежувати функції та завдання держави, причому в змісті останніх якраз і розкриваються основні сфери діяльності держави. Науковці пишуть, що розгляд поняття основних функцій держави вимагає відпо-

віді і на питання про їх взаємодію з її завданнями. Завдання і функції держави – явища співвідносні, тісно взаємопов'язані, але вони не збігаються. Їх не можна ані протиставляти, ані ототожнювати. У завданнях держави визначається її соціальне призначення, мета, досягнення якій вона служить в той чи інший історичний період. Завдання держави мають першочергове значення по відношенню до її функцій, є їх найближчою безпосередньою передумовою. У завданнях концентрується і переломлюється вплив економіки і політики на розвиток функцій держави. У свою чергу, функції держави являють собою засіб реалізації, виконання її завдань. Завдання держави втілюються в житті за допомогою здійснення її функцій [13, 122].

Таким чином, сфери діяльності держави та функції держави слід розмежовувати як ціле та частину, оскільки в межах кожної сфери реалізується кілька функцій. Наприклад, економічна сфера діяльності держави характеризується виконанням нею таких функцій як функція емісії грошей, функція антидемпінгу, функція забезпечення економічної безпеки, податкова функція, митна функція тощо.

Інший важливий аспект, пов'язаний з визначенням поняття «функція держави», виражається в тому, що часто функції називають обов'язковим напрямком діяльності держави. При цьому ані критерії такої обов'язковості, ані її зовнішні прояви не наводяться. Думається, що поділ усієї діяльності держави на «обов'язкову» та «необов'язкову» є помилковим, оскільки якщо держава здійснює необов'язкову діяльність, то це означає, що вона починає переходити межу своїх повноважень. Тут доцільно звернутися до концепції мінімальної держави, яку запропонував у тому числі шотландський економіст А. Сміт. Мінімальна держава має бути звільнена від обов'язку керувати працею приватних осіб і спрямована на діяльність, що якнайбільше відповідає інтересам суспільства. З цих позицій держава має лише три обов'язкових напрямки діяльності: оборона, захист прав і свобод громадян та створення суспільно необхідних служб [14, 153-154]. Це – класичний підхід до розуміння мінімальної держави, необхідна діяльність якої зводиться виключно до сфери забезпечення належної життєдіяльності людей. Можна, утім, констатувати, що концепція мінімальної держави, незважаючи на свій кризовий стан, який став особливо помітним під час світової фінансово-економічної кризи 2008 року, продовжує бути продуктивним підходом до розуміння функцій держави, наприклад, у США. Так, Ф. Фукуяма стверджує, що Сполучені Штати стоять осібно серед країн з розвиненою демократією, їх політика і інститути сильно відрізняються від політики та інститутів Європи, Канади, Австралії, Нової Зеландії та Японії. «Яку б сферу ми не взяли – соціальне забезпечення, боротьбу злочинністю, правові норми, зовнішню політику, – скрізь існуючі розбіжності, які відокремлю-

ють Америку від всіх інших країн. Америка завжди виступає проти контрольованої державою економіки і більше, ніж інші демократії, заохочує індивідуалізм, необмежену свободу підприємництва й егалітаризм» [15, 188].

З точки зору концепції мінімальної держави, уся її діяльність має бути підпорядкована суспільству, а тому держава реалізує свої функції лише там, де це необхідно, тобто де суспільство не в змозі діяти самостійно (оборона, захист прав і свобод людини, забезпечення життєво необхідних служб – лікарень, шкіл, муніципалітетів тощо). Таким чином, якщо прийняти поділ діяльності держави на обов'язкову та необов'язкову, де обов'язковою діяльністю будуть функції держави, а необов'язковою – щось інше, то складно констатувати мінімальність такої держави, хоча саме ця концепція неодноразово демонструвала свою практичну значущість та успішність.

Іще один важливий суперечливий аспект у розумінні функцій держави полягає у тому, що вони часто розуміються як основні напрямки діяльності держави. Очевидно, тут криється логічна помилка. Дійсно, такий поділ («основні – неосновні») нагадує поділ «обов'язкові – необов'язкові», проте він є навіть більш сумнівним. По-перше, незрозуміло, який сенс вкладається в поняття неосновних функцій держави, адже якщо функції держави – це її обов'язки по відношенню до суспільства, то як обов'язки можуть бути неосновними? По-друге, розгляд функцій держави як основних напрямків діяльності держави йде у розріз з класичним поділом функцій на основні та неосновні. Виходить, що існують «основні основні напрямки діяльності» та «основні неосновні напрямки діяльності», що, очевидно, є нонсенсом.

Виходячи з наведених міркувань, можна констатувати, що *функції сучасної держави слід розуміти як конкретизовані, інституційно та нормативно оформлені напрямки реалізації діяльності держави в ключових сферах життя суспільства*. До таких ключових сфер можна віднести, на нашу думку, такі: економічна, соціальна, правова, зовнішньополітична, культурна, екологічна тощо. В межах реалізації діяльності в цих сферах знаходять своє вираження конкретні функції, здійснювані у відповідній формі.

Можна констатувати, що сучасні уявлення про функції держави, як і теорія держави у цілому, вибудовуються за емпіричним принципом, а тому в них бракує необхідного рівня теоретизування та належного методологічного обґрунтування. Такої ж думки дотримується В. В. Иванов, стверджуючи, що індуктивний підхід до теорії держави вичерпав свої можливості, і сьогодні склалася ситуація, коли більшість узагальнених знань про державу виступають «прокрустовим ложем», яке фактично обмежує ефективні наукові розробки у цій сфері [16, 267]. Дійсно, вчення про функції сучасної держави вимагають свого переосмислення

навіть на рівні логічної узгодженості, не кажучи вже про змістовну наповненість та методологічну обгрунтованість.

Висновки. Функціонування сучасної держави – одне з найбільш принципових та масштабних питань, що входить не лише до сфери державознавства, але й загальнотеоретичної юриспруденції у цілому. При цьому факт базування державознавства переважно на емпіричному матеріалі, відсутність його належної методології не дозволяє сформуватися теорії держави у повноцінному сенсі. На цьому шляху переосмислення функцій держави з методологічних позицій логічності, послідовності та несуперечливості дозволить розкрити нові аспекти існування держави у сучасних умовах, показати відмінність між тим, як держава діє та як вона функціонує.

Література:

1. Бабаев С. В. Теория функция современного российского государства : автореф. дисс. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – Теория и история права и государства ; История правовых учений / С. В. Бабаев. – Н.Новгород, 2001. – 25 с.
2. Анцупов В. В. Экономическая функция государства : автореф. дисс. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – Теория и история права и государства; История правовых учений / В. В. Анцупов. – Красноярск, 2004. – 26 с.
3. Мелихова А. В. Функции советского и современного российского государства : автореф. дисс. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – Теория и история права и государства; История учений о праве и государстве / А. В. Мелихова. – Казань, 2006. – 40 с.
4. Общетеоретическая юриспруденция: Учебный курс : учеб. / под ред. Ю. Н. Оборотова. – О. : Феникс, 2011. – 436 с.
5. Скакун О. Ф. Теория права і держави : підруч. / О. Ф. Скакун. – 3-те вид. – К. : Алерта ; ЦУЛ, 2011. – 524 с.
6. Загальна теорія держави і права : підруч. / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2002. – 432 с.
7. Еллинек Г. Общее учение о государстве / Г. Еллинек; Вступ. ст. : Козлихин И. Ю. – СПб : Юрид. центр Пресс, 2004. – 752 с.
8. Тихомиров Ю. А. Теория компетенции / Ю. А. Тихомиров. – М. : Юриформцентр, 2001. – 352 с.
9. Новая философская энциклопедия : в 4 т. // Ин-т философии РАН ; Нац. обществ.-науч. фонд ; предс. научно-ред. совета В. С. Степин. – 2-е изд., испр. и дополн. – М. : Мысль, 2010. – Т. 1. – 744 с.
10. Иванников И. А. Теория государства и права: учеб. / И. А. Иванников. – М. : Юрлитинформ, 2011. – 392 с.
11. Принцип верховенства права: проблемы теории та практики: монографія: у 2 кн. / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка; ред. кол. : Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. – К. : Юрид. думка, 2008. – Кн. 2: Принцип верховенства права у діяльності держави та в адміністративному праві / відп. ред. В. Б. Авер'янов. – 314 с.
12. Онопенко П. В. Правоохоронні функції української держави: зміст і реалізація : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – теорія та історія держави і права ; історія політичних і правових учень / П. В. Онопенко. – К., 2005. – 20 с.
13. Теория государства и права: курс лекций / М. И. Байтин, Н. А. Баринов, Ф. А. Григорьев и др. ; под ред. : Малько А. В., Матузов Н. И. – Саратов : Изд-во Саратов. ВШ МВД РФ, 1995. – 560 с.
14. Оксамытний В. В. Общая теория государства и права : учеб. для студ. вузов / В. В. Оксамытний. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2011. – 511 с.
15. Фукуяма Ф. Сильное государство: Управление и мировой порядок в XXI веке : пер. с англ. / Фрэнсис Фукуяма. – М. : АСТ : АСТ МОСКВА : ХРАНИТЕЛЬ, 2006. – 220, [4] с. – (Philosophy).
16. Иванов В. Нормативный конституционно-правовой договор: теория и практика. К критике современной теории государства / Виталий Иванов. – М. : Территория будущего, 2008. – 352 с.

Коломиец А. Функции государства в современном государствоведении: теоретические проблемы

Аннотация. В статье предпринята попытка критического анализа современных государствоведческих положений относительно феномена функций государства. Доказано, что функции государства следует рассматривать как обязанности государства по отношению к обществу, которые всегда являются конкретными, нормативно и институционально оформленными. Разграничены понятия «функции государства» и «сферы деятельности государства». Показана логическая непоследовательность отдельных оснований классификации функций государства.

Ключевые слова: современное государство, сферы деятельности государства, функционирование государства, функции государства.

Kolomyjec O. Functions of a State in Modern Jurisprudence: Theoretical Problems

Summary. The paper proposes an attempt of a critical analysis of modern provisions of the phenomenon of state functions. It is shown that the functions of the state should be regarded as obligations of the state in relation to society, which are always specific, concrete regulatory and institutionally arranged. Delineated the concept of «state functions» and «areas of the state activity». Article shows some logically inconsistent in classification of state functions.

Keywords: modern state, areas of the state activity, functioning of a state, state functions.

*Левченко Д. В.,
здобувач кафедри теорії держави і права
НУ «Одеська юридична академія»*

ЗАКОННІ ІНТЕРЕСИ ТА СУБ'ЄКТИВНІ ПРАВА В СИСТЕМІ ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ

Анотація. У статті здійснено спробу розмежування понять «суб'єктивне право» та «законний інтерес» на основі їх порівняльного аналізу. Продемонстровано риси схожості та риси відмінності між ними. Доведено, що законні інтереси в силу своєї ініціативної сутності є похідними по відношенню до суб'єктивних прав правовими засобами, що зумовлює специфіку їх захисту та гарантування.

Ключові слова: правові засоби, суб'єктивні права, законні інтереси.

Постановка проблеми. У сучасній юриспруденції все більша увага приділяється співвідношенню правових засобів у їх єдиній системі правового впливу на поведінку людей. При цьому найбільш активно обговорюється проблематика виявлення співвідношень між поняттями «суб'єктивне право» та «законний інтерес», оскільки вони виступають доволі близькими за своїм змістом та формою явищами. Але актуальність такого дослідження зумовлена не лише догматичними міркуваннями, але й цілком реальною необхідністю виявлення різних форм проявів цих понять у правовій системі.

Мета статті полягає у встановленні співвідношення між поняттями «суб'єктивне право» та «законний інтерес».

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. У юридичній науці устоялася точка зору, за якою суб'єктивне право і законний інтерес, хоча і мають схожу природу, все ж не сприймаються як синонімічні категорії. Зокрема, про це пишуть Р.С. Гукасян, О. Г. Певзнер, О. Ф. Скакун, В. В. Субочев, В. О. Тархов, А. Л. Ципкін, А.І. Єкімов та ін. В той же час, є і інша точка зору, яка підтримується, зокрема, Г. В. Мальцевим.

Викладення основного матеріалу. Методологічна процедура порівняння понять завжди передбачає пошук рис схожості та відмінності. При цьому по відношенню до суб'єктивних прав та законних інтересів рис відмінностей, як правило, виділяють більше, оскільки вони знаходяться в одній і ті ж самій площині – виражають правову активність особистості.

Розглянемо основні риси схожості і відмінності, наявні у суб'єктивних прав і законних інтересів. В. В. Субочев називає такі риси схожості суб'єктивних прав і законних інтересів:

1) суб'єктивні права і законні інтереси особистості передбачають передусім задоволення її власних

інтересів. Вони виступають своєрідними шляхами їх реалізації, маючи при цьому єдині цілі – задовольняти інтереси і потреби, що не суперечать по своїй суті загальнодержавним. Суб'єктивне право і законний інтерес – це дві форми правового опосередкування соціальних інтересів і їх охорони. Вони фокусують в собі певне поєднання особистих і суспільних інтересів;

2) суб'єктивні права і законні інтереси мають диспозитивний характер і знаходяться у сфері дозволеного. Їх здійснення є правомірною поведінкою і пов'язується головним чином з такою формою реалізації права, як використання;

3) суб'єктивні права і законні інтереси є дуже дієвим способом управління і впливу на суспільні процеси, правовідносини, що складаються і вже склалися, між найрізноманітнішими суб'єктами. Наділяючи одних осіб правами (а інших, відповідно, конкретними обов'язками) або певним чином сприяючи реалізації існуючих законних інтересів, механізм правового регулювання досягає поставлених цілей, впливаючи на усю сукупність соціальних зв'язків і стосунків;

4) категорії, що розглядаються, спираються на закон, на об'єктивно існуюче право і не можуть містити протиправних елементів, бажань;

5) суб'єктивні права і законні інтереси опосередковують практично усі сфери життя суспільства. І якщо існують певні питання, які не можуть бути врегульовані за допомогою суб'єктивних прав, то в цю сферу однозначно проникають законні інтереси. Точніше, вони формуються в самому середовищі, якому б віддаленому від нормативно-правового регулювання воно не було;

6) законні інтереси і суб'єктивні права доповнюють і залежать один від одного. Законні інтереси багато в чому похідні від вже існуючих прав, суб'єктивні ж права або породжуються типізацією законних інтересів, або сприяють їх належній і ефективній реалізації, будучи (за великим рахунком) методологічною основою їх втілення в життя;

7) і той і інший засіб мають визнання і захист з боку держави. Зрозуміло, що міра захищеності прав і законних інтересів є різною, проте ці правові феномени є невід'ємною складовою механізму правового регулювання і правового статусу особистості;

8) обидві досліджувані категорії тісно пов'язані з юридичними обов'язками і відповідальністю;

9) поєднуючи в собі особисті, групові, суспільні і державні інтереси, ці категорії спираються на діалектичну єдність інтересів особи, суспільства і держави, інтересів і права [1, 110-112].

Схожої позиції щодо спільних рис суб'єктивних прав та законних інтересів дотримується О. Ф. Скакун відмічаючи, що законні інтереси і суб'єктивні права: є правовими дозволами (можливостями); зумовлені матеріальним і духовним життям суспільства; сприяють розвитку соціальних зв'язків, поєднуючи особисті і громадські інтереси; виступають способами правового регулювання; спрямовані на задоволення власних інтересів; мають диспозитивний характер; є самостійними елементами правового статусу особистості; реалізуються у формі використання; виступають об'єктами правової охорони і захисту, гарантуються державою; служать критерієм законних діянь [2, 575].

Безперечною є схожість багатьох пунктів, в той же час є і відмінності, що викликають необхідність прокоментувати їх. Так, В. В. Субочев говорить тільки про визнання і захист з боку держави (пункт 7), а О. Ф. Скакун додає ще і гарантованість з боку держави (пункт 9). Зазначимо, що при подальшому аналізі законних інтересів О. Ф. Скакун пише, що законний інтерес має слабку міру матеріальної забезпеченості, найменшу міру гарантованості, реалізується тільки тоді, коли для цього фактично створюються умови [2, 576].

Коли йдеться про суб'єктивні права, гарантованість з боку держави не ставиться під сумнів, зокрема, ч. 2 ст. 22 Конституції України встановлює, що «конституційні права і свободи гарантуються». В той же час, говорити про гарантованість законних інтересів швидше не доводиться, оскільки їх гарантії є не повними.

Так, до внутрішньодержавних юридичних гарантій суб'єктивних прав відноситься сукупність правових засобів (органи державної влади, державні і недержавні правоохоронні органи, система права і законодавства), які забезпечують реалізацію суб'єктивних прав і свобод індивіда, а також захищають і охороняють їх від незаконних обмежень і порушення [3, 129].

Очевидно, що у випадку з суб'єктивним правом ступінь гарантованості буде набагато вищою і однозначно повинна забезпечувати реалізацію суб'єктивного права, коли йдеться про законний інтерес, то тут гарантія швидше за все не може бути застосована. Наприклад, кожна людина, згідно ст. 34 Конституції України має право на свободу думки і слова, не вільне вираження своїх поглядів і переконань. Звідси випливає, що людина може відстоювати свої переконання і право їх вільного вираження усіма доступними правовими засобами, зокрема тими способами, які перераховуються в ч. 2 ст. 16 Цивільного кодексу України. В той же час, у цієї людини може

бути цілий ряд законних інтересів, пов'язаних з названим правом, зокрема – інтерес висловити свою точку зору в прямому ефірі по центральному телеканалу. Такий інтерес цілком може бути реалізований, але гарантувати його практично неможливо. Можна навести й інший приклад: суб'єктивне право на щорічну відпустку, передбачене ст. 74 Кодексу законів України про працю є гарантованим, проте законний інтерес в отриманні відпустки в певну пору року – не має правових гарантій.

Відмінності, що існують між законними інтересами і суб'єктивними правами О. Ф. Скакун оцінюється по п'яти параметрах:

1) суб'єктивне право є можливістю правового характеру, можливістю користуватися благом у межах, встановлених законом. Законний інтерес є можливістю фактичного, а не правового характеру, тобто можливістю користуватися благом, без чітких меж (міри) дозволеної поведінки і права вимагати певних дій від інших осіб («усічена правова можливість»);

2) суб'єктивне право має індивідуально-визначений характер, оскільки в законодавстві закріплено (сформульовано) правовий дозвіл. Законний інтерес має загальний характер, оскільки в законодавстві відсутня вказівка на необхідність діяти строго певним чином (не сформульований правовий дозвіл), воно впливає з сукупності правових норм і принципів, сутності законодавства;

3) суб'єктивне право має в розпорядженні систему правоможностей: право на власні дії, право на чужі дії, право вимагати захисту. Законний інтерес не передбачає можливості вимагати і найчастіше виражається в проханні;

4) суб'єктивне право має більшу стимулюючу силу, ніж законний інтерес, оскільки воно відбиває найбільш суттєві соціальні інтереси і має більш насичений юридичний зміст;

5) суб'єктивне право має вищий ступінь матеріальної забезпеченості, гарантованості завдяки його тісному зв'язку з благом і його захистом. Законний інтерес має слабкий ступінь матеріальної забезпеченості, найменшу міру гарантованості, реалізується тільки тоді, коли фактично створюються необхідні умови для цього [2, 575-576].

Альтернативну точку зору пропонує Т. О. Пікуля, розмежовуючи суб'єктивне право і законний інтерес за такими ознаками:

1) Вони не співпадають за своєю сутністю, бо законні інтереси, на відміну від суб'єктивних прав, є звичайною правовою дозволеністю, яка має характер прагнення, у якій відсутня вказівка діяти чітко закріпленим у законі чином і вимагати відповідної поведінки від інших осіб, і яка не забезпечена конкретним юридичним обов'язком;

2) У законних інтересах опосередковуються тільки ті запити, які не можна ще забезпечити матеріально, фінансово (у тому ж обсязі як і суб'єктивні права);

3) У законних інтересах опосередковуються прагнення, які право не встигло «перевести» у суб'єктивні права у зв'язку із швидкоплинністю суспільних відносин (неможливість опосередкувати інтереси у «ширину» – правова прогалина) і які не можна типізувати у зв'язку із їх індивідуальністю, випадковістю, рідкістю тощо (неможливість опосередкувати інтереси у «глибину»);

4) У законних інтересах відображаються менш значущі потреби;

5) Законні інтереси переважно формально у законодавстві не закріплюються, не мають чіткої системи, менш конкретні, визначені;

6) Законні інтереси менше гарантовані, виступають менш досконалою формою опосередкування потреб суб'єктів [4, 157].

В. В. Субочев у своєму дослідженні також приводить ряд фундаментальних відмінностей між суб'єктивним правом і законним інтересом.

1. Законний інтерес, на відміну від суб'єктивного права, нормою права конкретно не закріплюється, а лише відповідає їй. Так, ч. 2 ст. 15 Цивільного кодексу України визначає, що «кожна особа має право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства». Норма права може охороняти і закріплювати існування самих законних інтересів в цілому, але не кожен законний інтерес окремо. Звідси витікає і різний ступінь гарантованості вказаних інститутів.

2. Якщо суб'єктивне право носить індивідуально-визначений характер (визначені носій права, контрсуб'єкт, усі основні атрибути поведінки – її міра, вид, обсяг, межі в часі і просторі тощо), то законний інтерес, не будучи в основному віддзеркаленим в законодавстві, не передбачений конкретними правовими приписами [5, 106]. Справедливими тут будуть слова М. В. Вітрука, що «особливості змісту законного інтересу, на відміну від права полягають в тому, що межі правоможності законного інтересу чітко не сформульовані в конкретних правових нормах, а випливають з сукупності правових норм, діючих правових принципів, правових дефініцій» [6, 109].

3. І суб'єктивне право, і законний інтерес – шляхи задоволення інтересів суб'єктів правовідносин. Проте, ці способи володіння бажаним благом знаходяться в якісно різних площинах. Якщо перший – більш гарантований, то другий – поширеніший, якщо першому кореспондує юридично забезпечена можливість, то на стороні другого – лише незабороненість і сукупність певних чинників і обставин, що сприяють вірогідному захисту останніх.

4. Логічно продовжити, що відрізнятися законний інтерес і суб'єктивне право будуть і способами,

формами своєї реалізації. Реалізація інтересів, визнаних державою істотними і закріплених у вигляді суб'єктивних прав, залежить передусім від бажання і намірів суб'єкта правовідносин, від його знання своїх прав і обов'язків. Тут відбувається якби співпраця держави і суб'єкта правовідносин на ґрунті безперешкодної реалізації наданих людині прав. Законні інтереси мають доказову форму реалізації, коли для втілення останніх в дійсність суб'єктові правовідносин необхідно: а) обґрунтувати правомірність і законність своїх інтересів і висунених відповідно до них вимог; б) спромогтися знайти захист, що здатен виходити від компетентних органів у разі визнання ними значущості і правомірності висунених суб'єктом домагань, і змогти скористатися нею.

Подібна доказова форма реалізації законних інтересів дуже не проста і має на своєму шляху безліч об'єктивних і суб'єктивних перешкод. Крім того, учасник суспільних відносин, усвідомивши, що його домагання конкретно не зафіксовані в нормі права, часто перестає їх відстоювати, не сподіваючись скористатися бажаним благом. Багато які з перешкод реалізації законних інтересів є наслідками існуючої правової системи, правової культури кожного і правової свідомості населення в цілому. Безкарність і бюрократизм, знеособленість багатьох процедур і форм захисту навіть очевидно порушених прав також відіграють свою згубну роль.

5. Суб'єктивне право і законний інтерес – різні форми правового опосередкування інтересів особистості. Суб'єктивні права опосередковують інтереси «надійніше», бо їх реалізації кореспондують певні державні гарантії і обов'язки третіх осіб. Проте, законні інтереси – це своєрідні правові імпульси, які проникають набагато глибше суб'єктивних прав.

6. Суб'єктивне право і законний інтерес – різні способи правового регулювання. Призначення права – вплив на суспільні відносини і адекватне їх регулювання. За допомогою одних лише суб'єктивних прав, їх стимулюючої і обмежуючої функції це зробити неможливо, бо правова нормативність утілює в собі не усе, необхідне для цього.

Існує ще одна відмінність суб'єктивних прав і законних інтересів, на яку хотілося б звернути увагу. Вона диктується сукупністю чинників і обставин, що супроводжують їх реалізацію. Суб'єктивне право, що належить учасникові правовідносин, закріплює згадану сукупність в диспозиції норми, наприклад, через обов'язки контрагентів тощо. Якщо подібні чинники не враховані, то і вплинути істотним чином на само право вони не можуть. Максимум – на ефективність і міру його реалізації. Із законним інтересом ситуація складається інакше: реалізація законного інтересу якраз і залежить від сукупності конкретних чинників і обставин у кожному окремому випадку. Вказаний аспект є невід'ємним елементом законного інтересу,

тому і позначається на його долі безпосередньо. Ці чинники враховуються і при захисті законних інтересів, і при самій «кваліфікації» певних спрямувань суб'єкта і його домагань на користування конкретним благом як «законних інтересів» з усіма наслідками, що випливають звідси. Таким чином, залежно від приналежності до якої-небудь з даних категорій сукупність конкретних чинників і обставин може грати вирішальну роль, будучи невід'ємним елементом категорії, або лише несуттєвим чином позначатися на розвитку ситуації [1, 138-140].

Отже, законні інтереси і суб'єктивні права можуть бути розглянуті як дві форми правового дозволу, два способи віддзеркалення інтересів особи. Вони знаходяться в діалектичній єдності і тісному взаємозв'язку, незважаючи на цілий ряд відмінностей в їх правовій природі.

За думкою української дослідниці інтересів у цивільному праві О.І. Чепис, трансформація інтересів у суб'єктивні права відбувається з такою схемою: соціально-економічні (фактичні) інтереси → перевірка на відповідність діючому цивільному законодавству → законні інтереси → інструмент → суб'єктивні права [7, 10]. При цьому, вчена виходить з розмежування понять «законний інтерес» та «охоронюваний законом інтерес». «Охоронюваним законом інтересом» визнається такий інтерес, що: не може суперечити загальним засадам цивільного законодавства; виходить за межі змісту суб'єктивного права, співвідноситься з ним як ціль і засіб; не опосередковане правовими нормами; має на меті задоволення соціально-економічних потреб; означає прагнення (не юридичну можливість) до користування у межах правового регулювання конкретним матеріальним та /або нематеріальним благом; реалізується у цивільних правовідносинах; є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони. Категорія «законний інтерес» позначає соціально-економічні (фактичні) інтереси, що відповідають діючому цивільному законодавству. Однак, як вже зазначалося у підрозділі 1.3, аналіз вітчизняного законодавства і юридичної практики не дає підстав для змістовного розмежування понять «інтерес», «законний інтерес», «охоронюваний законом інтерес».

Опосередкування інтересів особистості в суб'єктивних правах і законних інтересах розглядається російським теоретиком права Г. В. Мальцевим, який пише про інтереси особистості, що вони не усі можуть бути опосередкованими в окремих суб'єктивних правах:

– по-перше, тому, що пов'язана із суб'єктивним правом можливість юридично претендувати на певні блага, дії інших осіб, не може бути в сучасних умовах забезпечена стосовно абсолютно усіх людських інтересів;

– по-друге, можливості правової системи в частині детальної регламентації індивідуальних інтересів обмежені; якби право виражало і регламентувало усі інтереси особи в особливих нормах і правах, то воно було б надзвичайно складною, незорою і мало придатною для практичних цілей системою. Тому правовій регламентації піддаються лише певні інтереси особи, що є життєво важливими для усіх членів суспільства (чи частини), типовими, тобто такими, які найяскравіше виражають суть суспільних відносин (характерні для них), мають відоме соціальне значення [8, 134].

Висновки. Підводячи підсумок розгляду схожості і відмінностей між суб'єктивними правами і законними інтересами, зазначимо, що ці риси схожості і відмінності можна розділити на змістовні і формально-юридичні. Схожість суб'єктивного права і законного інтересу із змістовного боку полягає в тому, що законний інтерес і суб'єктивне право виражають прагнення суб'єкта до задоволення певної потреби.

З формально-юридичного боку суб'єктивне право і законний інтерес мають такі загальні риси: законний інтерес і суб'єктивне право є можливостями, що надаються законодавством, – перший неявно, а другий – чітко визначено; законні інтереси і суб'єктивні права мають юридичні гарантії захисту і реалізації.

Між законним інтересом і суб'єктивним правом очевидні і відмінності. Із змістовного боку відмінність полягає в тому, що якщо суб'єктивне право є домаганням у формі необхідності, то законний інтерес – у формі бажання. До того ж, законний інтерес особистості є нестандартним віддзеркаленням її потреби, на відміну від суб'єктивного права, яке є типовим. Формально-юридичні відмінності такі: віддзеркаленість в об'єктивному праві має різну міру: якщо суб'єктивне право чітко зафіксоване в позитивному праві, то законний інтерес лише згадується в загальних фразах; законний інтерес не включає правоможності вимагати певних дій, а припускає лише можливість прохання; слабка міра правової гарантованості законного інтересу в порівнянні з суб'єктивним правом; законний інтерес конкретизується в реальних правовідносинах, на відміну від суб'єктивного права, яке в такій конкретизації не має потреби і може бути реалізоване поза правовим відношенням.

Література:

1. Субочев В. В. Законные интересы / В. В. Субочев; Под ред. А. В. Малько. — М. : Норма, 2008. — 496 с.
2. Скаун О. Ф. Теория государства и права. Энциклопедический курс : учеб. / О. Ф. Скаун. — Х. : Эспада, 2007. — 839 с.
3. Крестовская Н. Н. Теория государства и права. Элементарный курс : учеб. пособ. / Крестовская Н. Н., Матвеева Л. Г. — Х. : Одиссей, 2007. — 384 с.
4. Пікуля Т. О. «Суб'єктивне право» — «законний інтерес»: поняття та діалектика співвідношення / Т. О. Пікуля // Кримський юридичний вісник. — 2010. — Вип. 3, ч. 2 (10). — С. 151-157.

5. Малько А. В. Законные интересы как правовая категория : монография / Малько А. В., Субочев В. В. — СПб: Юридический центр Пресс, 2004. — 359 с.
6. Права личности в социалистическом обществе / Витрук Н. В., Карташкин В. А., Ледах И. А., Мальцев Г. В., и др.; Отв. ред.: Кудрявцев В. Н., Строгович М. С. — М.: Наука, 1981. — 458 с.
7. Чепис О.І. Інтереси в цивільному праві: сутність, місце та особливості захисту: автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук ; спец. : 12.00.03 — цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / О.І. Чепис. — Харків, 2010. — 21 с.
8. Мальцев Г. В. Социалистическое право и свобода личности (Теоретические вопросы) / Г. В. Мальцев. — М.: Юрид. лит., 1968. — 143 с.

Левченко Д. В. Законные интересы и субъективные права в системе правовых средств

Аннотация. В статье предпринята попытка разграничения понятий «субъективное право» и «законный интерес» на основе их сравнительного анализа.

Продемонстрированы черты сходства и черты различия между ними. Доказано, что законные интересы в силу своей инициативной сущности являются производными по отношению к субъективным правам правовыми средствами, обуславливают специфику их защиты и обеспечения.

Ключевые слова: правовые средства, субъективные права, законные интересы.

Levchenko D. Legitimate Interests and Subjective Rights in the System of Legal Remedies

Summary. This article attempts to provide a distinction between «subjective right» and «legitimate interest» based on their comparative analysis. The similarities and differences between the two traits are demonstrated. It is proved that the legitimate interests due to their proactive nature are derived with respect to subjective rights through legislation that determines the specificity of its protection and guarantee.

Keywords: legal remedies, subjective rights, legitimate interests.

*Мокін І. С.,
аспірант кафедри теорії держави і права
НУ «Одеська юридична академія»*

ПРАВОВЕ ЖИТТЯ В УКРАЇНІ ДОБИ ВИЗВОЛЬНИХ ЗМАГАНЬ 1917-1921 РР.

Анотація. В статті автор окреслює різні підходи до розуміння «правового життя», як загальнотеоретичної правової категорії та розкриває загальнотеоретичне тлумачення поняття «правове життя». Прослідковує історичний процес розвитку правового буття українського суспільства в добу визвольних змагань 1917-1921 років та визначає історичні передумови формування правової дійсності вказаного періоду. Автором всебічно проаналізовано правове життя України в період формування власної державності та встановлено історичні закономірності формування правової дійсності як основи прогнозування її майбутнього розвитку.

Ключові слова: правове життя, правова дійсність, правова теорія, правопорядок, правова система, правова культура, нормотворчість.

Постановка проблеми. Принципи і закономірності розвитку правового буття сучасного суспільства неможливо повною мірою осягнути і зрозуміти без вивчення історичних передумов його становлення. Правова теорія, що відображається у правових традиціях, правовій культурі і правосвідомості, залежить насамперед від конкретних соціокультурних та політико-економічних явищ і процесів, які відбуваються у суспільстві, як то рівень життя людей, стабільність економічного добробуту, ступінь захищеності основних прав і свобод людини, стабільність політичної ситуації, відображення реалій правового життя у правових актах тощо. Правова дійсність нерозривно пов'язана із правовою теорією, впливає з неї, в той час як правова теорія бере свій початок у суспільно-політичних явищах і процесах. Звернення до першого історичного етапу формування державності України – періоду визвольних змагань 1917-1921 рр. – дозволить проаналізувати закономірності і тенденції формування правового буття суспільства, та визначити основні пріоритети його подальшого розвитку. Викладене обумовлюється актуальністю обраної теми статті.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Дослідженню правового життя як загальнотеоретичної категорії присвячені монографічні та інші наукові дослідження з історії та теорії держави і права таких вчених, як С. С. Алексєєв, В. К. Бабаєв, В. М. Баранов, О. В. Куціпак, А. В. Малько, М. І. Матузов, А. Є. Михайлов, Ю. М. Оборотов, О. І. Салтовський, А. Й. Присяжнюк, П. М. Рабінович, Ю. С. Шемшученко та ін. Історичні аспекти правової дійсності досліджуваного періоду висвітлюють пра-

ці з історії таких російських та українських авторів, як П. П. Гай-Нижник, Д. І. Дорошенко, В. М. Заїкин, Р. М. Лашенко, І. П. Лисяк-Рудницький, Ю. М. Манелюк, Л. О. Окиншевич, В. А. Потульницький, Д. Б. Яневський. Розкриття теми статті було б також неможливо без звернення до творів державних і політичних діячів досліджуваного періоду, зокрема, В. Винниченка, М. Грушевського, С. Дністрянського, М. Драгоманова, Б. Кістяківського, М. Міхновського, П. Скоропадського.

Викладення основного матеріалу. «Правове життя» визначається сучасною правовою наукою як форма соціального життя, яка виражається переважно в правових актах та правовідносинах, що характеризує специфіку і рівень правового розвитку цього суспільства, відношення суб'єктів до права та ступінь задоволення їх інтересів. Правове життя включає в себе всі юридичні засоби, всю правову дійсність, що називається всім наявним юридичним буттям. Воно дозволяє об'ємно споглядати та аналізувати правову дійсність як позитивного, так і негативного характеру.

Поняття «правове життя» є широкою категорією, завдяки якій правова наука має можливість постійного розвитку та вдосконалення. Аналізуючи історичний розвиток правового життя держави, ми маємо можливість попередити небажані негативні політико-правові наслідки у майбутньому.

Правове життя виступає складовою частиною і особливим різновидом суспільного життя, адже право є соціальним інститутом, адаптованим до особливостей життя конкретного народу, і пов'язано з юридичними правилами поведінки (приписами) і відповідними юридичними наслідками. Воно є однією з умов існування державно-організованого суспільства, так як покликано певним чином оформляти особисте, державне і суспільне життя. Також, правове життя тісно пов'язане з економічним та політичним життям.

Правове життя характеризує специфіку та рівень правового розвитку конкретної країни, відношення суб'єктів до права і рівень задоволення їх інтересів. Правове життя є саме сукупність усіх форм юридичного буття суспільства, а не система, адже воно включає в себе і неупорядковані процеси (не пануючу правову ідеологію, правопорушення та ін.), і певні випадкові фактори тощо. Дане поняття дозволяє охопити всі нюанси і прояви права, його структуру і динаміку, форми

вже осмислені, обґрунтовані і ті, що ще перебувають в процесі становлення.

Правове життя містить комплекс усіх юридичних явищ, включаючи як позитивні, так і негативні складові. Якщо до перших слід віднести саме право (що відображає права людини, ідеї справедливості, гуманізму, свободи та ін.); правову систему загалом; механізм правового регулювання; законні правові акти (правомірні дії, їх результат, юридичні документи); юридичні вчинки (як різновид правомірного діяння – юридичного факту) і події як юридичні факти; правові режими і їх складові – первинні юридичні засоби (пільги, заохочення, дозволи і заборони, обов'язки та ін.); правовідносини і юридичну практику; правосвідомість і правову культуру; законність і правопорядок; юридичну науку і освіту (і їх структури) та ін.; то до других – в більшості негативні, протиправні явища (злочини та інші правопорушення; їх суб'єкти і кримінальні структури; корупцію, зловживання, деформації правосвідомості, яка проявляється в правовому нігілізмі, ідеалізмі, популізмі; помилки в праві та інші фактори, що перешкоджають позитивній юридичній діяльності).

Правова система створює умови для нормального перебігу правового життя, забезпечення її стабільності, нейтралізації та витіснення з неї негативних юридичних явищ (правопорушення, зловживання тощо) і є ґрунтовною основою для вивчення правового життя [1, 13]. Іншими словами, вона по відношенню до правового життя відіграє організуючу роль, надає їй певну єдність, правомірні починання. Звідси важливо удосконалювати і укріплювати елементи правової системи суспільства, що буде сприяти збагаченню і оптимізації його правового життя.

Між іншим, правова система виступає лише складовою нормативно-впорядковуючою частиною самого правового життя, адже останнє явище (і поняття) ширше першого.

Крім того, головною стороною «правового життя» є його динамізм [2, 37]. Завдяки цьому «правове життя» повинно виступати як організована частина суспільного життя, а інші категорії права – виконувати свої функції за своїм призначенням. Так, «правова система» повинна мати чіткі кордони, щоб виконувати покладені на неї функції і відповідати властивим їй принципам.

Будучи стороною правового життя, правова система постає як внутрішньо організована, динамічна цілісність, що складається з процесів і дій, які призводять до формування та вдосконалення правових явищ і взаємозв'язків між ними.

Правове життя характерне для конкретного народу та адаптується до його особливостей, враховуючи його історію, форму правління в державі та інше. Тому, залежно від соціальної структури суспільства, ступеня напруженості, національних і релігійних стосунків,

характер та зміст правового життя може значною мірою відрізнятися у різних країнах [3, 734-738]. Тож у кожній державі зі своєю правовою системою існує і своє «правове життя».

Категорія «правове життя» поєднує у собі ряд складових, зокрема, таких, як «правова теорія», яка в свою чергу містить правові ідеї та наміри; «правова дійсність», що включає правопорядок (реальні правовідносини та їх рівень) та правову систему (сукупність чинних правових норм, інститутів, галузей права); суміжна категорія, яку важко віднести до двох попередніх, – «правова культура» (правосвідомість, правова ментальність та ін.).

Послідовне вирішення питання про місце категорії «правове життя» в юридичній науці може істотно вплинути на теоретичне осмислення ряду суміжних юридичних феноменів. Наприклад, дозволить уточнити або навіть переглянути наявні погляди на проблему правової системи, юридичної реальності та правового простору. Правове життя варто розглядати і як інтегрований об'єкт, який дозволить об'єднати формальну і змістовну сторону права, процес взаємодії різних типів суб'єктів права [4, 62-65].

Таким чином, поняття «правове життя» дозволяє набагато об'ємніше поглянути на правову дійсність як позитивного, так і негативного плану. Такий погляд необхідний, адже надає правовим реаліям певну цілісність. Між іншим, воно характеризує собою не тільки сукупну впорядковану і невпорядковану правову дійсність, а і процес історичного розвитку права загалом, основні етапи його еволюції. Цим категорія «правове життя» відрізняється від категорії «правова дійсність».

Поняття «правове життя» надає можливість під особливим кутом поглянути на право, правовий розвиток і будівництво, систему і систематизацію юридичних актів і процес їх впливу на суспільні відносини; розглядати правові явища в поєднанні різних аспектів їх буття – інституційному (статичному) і поведінковому (динамічному); 3) глибоко і комплексно пізнавати правову реальність, яка складається з позитивних і негативних правових явищ; бачити рівень правової культури і ступінь існуючої правосвідомості суспільства, соціальних груп і окремих громадян, з притаманною їм мірою нігілізму та ідеалізму; оцінювати право як один із найважливіших цивілізованих соціальних регуляторів, яким необхідно, доцільно і вигідно користуватися в багатьох ситуаціях при розв'язанні тих чи інших конфліктів.

Щоб отримати цілісне бачення «правового життя» суспільства будь-якої країни чи епохи, потрібно аналізувати не тільки «правову дійсність» (очевидну), а й «правову теорію», якою жили люди, навіть якщо вона не мала практичного застосування. «Правова теорія», широко спирається на правову традицію (ментальність), яка часто впливає на підсвідомість

не тільки обивателя, але й інтелектуала. Цілком очевидно, що зв'язок правової теорії і правової дійсності, а відтак – і повноцінний опис «правого життя» – можливий через розуміння явища «правової культури» («правосвідомості»). Причому, цілком вірогідно вона формується підсвідомо на рівні правової традиції, хоча може бути і наслідком усвідомлення «правил гри» (правопорядку) та поваги до правової системи [5, 13-17].

Правова дійсність України в період визвольних змагань 1917 –1921 рр. характеризується сплеском державотворчих процесів, формуванням українських еліт, які активно долучилися до творення нового політико-територіального об'єднання на тлі зруйнованого імперського державного механізму. Україна отримала можливість і намагалась втілити ті політико-правові думки та концепції, які ще нещодавно могли розглядатися тільки в якості сміливих ідей.

Складовою процесів державотворення в Україні завжди було самовизначення стосовно тієї або іншої форми державного правління, яку б можна було вважати прийнятною для конкретних суспільно-політичних умов і потреб [6, 218].

На початку ХХ ст. набирає обертів складний і тривалий процес відродження Української держави. В цей час виникла нагальна потреба у створенні такої консолідуючої сили, яка була б здатна об'єднати та організувати українські народні маси у боротьбі за утвердження незалежної держави.

Період 1917-1918 рр., який передбачив для України новий етап розбудови національної держави, можна вважати першим історичним етапом розвитку представницьких інститутів. Так, створена в Києві у березні 1917 р. Центральна Рада стає саме тією інституцією, яка спромоглася об'єднати під своїм прапором національний визвольний рух українського народу, спочатку за автономію України у складі Федеративної Російської Республіки, а згодом за незалежність Української держави [7, 72 –77].

Практично усі конституційні акти Української Народної Республіки спиралися на концепцію правової держави. Доцільно зазначити, що в УНР поняття правової держави ототожнювалися з принципом верховенства права і вважалося одним з найважливіших здобутків людської цивілізації. В основу конституційних актів закладено такі загальноновизнані засади, як ствердження суверенітету народу і суверенітету держави, розподілу функцій між окремими органами державної влади, забезпечення основних прав людини. Поєднання двох начал – верховенства і незалежності – означає як право держави на незалежність і свободу від посягань ззовні та зсередини, так і право управляти, панувати, володарювати, вільно приймати рішення, здійснювати функції верховної влади, тобто те, до чого прагнув український народ і те, що є актуальним й сьогодні [8, 123 –131].

Активність, з якою розпочався державотворчий процес за гетьманату, вражає, а ті позитивні зміни, що відбулися протягом семи місяців, переконують – Україна дійсно мала шанс стати цивілізованою європейською країною.

Законодавча процедура в Українській Державі П. Скоропадського була досить розвинутою. Гетьман у перших нормативних актах, на відміну від універсалів УЦР, не обмежився проголошенням лише загальних засад політики нового уряду. Одразу було визначено і конкретизовано основні положення, що стосувалися державної влади, прав і обов'язків громадян Української Держави, законодавчої процедури, фінансової політики та судочинства [9].

Гетьманській державі не вдалося втриматися, очевидно, передусім через глобальне світове збройне протистояння, хоча, за менш складних умов, формація, подібна до Української держави 1918 р., була би надзвичайно ефективною. Діяльність Гетьмана П. Скоропадського (хоча й невдала внаслідок зазначених причин) доводить принципову можливість розв'язання основних питань державотворення та реалізацію мети держави (благоденство) шляхетною та професійною владою.

Процес розбудови національної державності в добу Директорії УНР відбувався у надзвичайно складних міжнародних та внутрішньополітичних умовах. Погоджуємося з І. Терлюком, що приходу Директорії до влади сприяла народна підтримка, швидке формування численної армії, авторитетні впливові лідери, вдало обраний момент для повстання. Проте, недалекоглядна, суперечлива внутрішня політика, а головне, відсутність моделі державотворення, яка б відповідала тогочасним реаліям, протистояння політичних лідерів, катастрофічно слабнуча армія, міжнародна ізоляція та втрата контролю за розвитком подій були тими слабкими сторонами Директорії, які не дали змоги їй надовго втриматися при владі та утвердити незалежну УНР [10, 1-6].

Висновки. Підсумовуючи викладене, зазначимо, що правова дійсність України у досліджуваній період характеризується сплеском державотворчих процесів, формуванням українських еліт, які в свою чергу активно долучилися до творення нового політико-територіального об'єднання під назвою Україна. Відбулося єднання українського народу на фоні ідеї незалежного державотворення. Кожна верства українського населення покладала надію на ті політико-правові перетворення, що відбувалися на тлі розпаду імперського механізму, і розраховувала на позитивні зрушення в підходах по вирішенню давно назрілих проблем. Проте, перманентна нестабільність тогочасної влади та роз'єднаність українських еліт перекреслила надії українського народу та заморозили розбудову самостійної України на сімдесят років.

Водночас, незважаючи на ряд внутрішніх неузгодженостей та зовнішніх перепон з боку сусідніх держав, у період визвольних змагань початку ХХ століття Україні вперше вдалося заявити про себе як про незалежну європейську державу з своїм власним баченням розбудови державно-правового життя. Характерною особливістю правової дійсності періоду визвольних змагань 1917-1921 рр. стала активна нормотворчість влади та її бажання врегулювати суспільні відносини у правовому полі, а також активна діяльність громадських організацій, що фактично мали ознаки політичних партій.

Література:

1. Матузов Н. И. «Правовая система и правовая жизнь»: теоретико-методологический аспект / Н. И. Матузов // Ленинградский юридический журнал. — 2004. — № 1. — С. 13.
2. Оніщенко Н. М. Правова система: проблеми теорії / Н. М. Оніщенко. — К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корещького НАН України, 2002. — 352 с. — С. 37.
3. Куціпак О. В. Правове життя та права активність: співвідношення понять / О. В. Куціпак // Держава і право. — 2010. — Випуск 47. — С. 734-738.
4. Куціпак О. В. Становлення категорії «правове життя» через призму категорії «правова система» / О. В. Куціпак // Часопис Київського університету права. — 2010. — № 4. — С. 62-65.
5. Мількова К. Поняття та зміст правової дійсності / К. Мількова // Адвокат. — 2009. — № 5(104). — С. 13-17.
6. Шаповал В. Форма правління як історична парадигма українського державотворення / В. Шаповал // Хроніка-2000. — 1998. — № 27-28. — С. 218-231; 218.
7. Омельченко Н. Л. Напрями та види законодавчої діяльності у період Центральної Ради, Гетьманату та Директорії: конституційно-правовий аспект / Н. Л. Омельченко // Часопис Київського університету права. — 2010. — № 3. — С. 72 — 77.
8. Подковенко Т. Конституція та конституційні акти Української Центральної Ради: історико-правовий аспект / Т. Подковенко // Актуальні проблеми правознавства: Науковий збірник ЮІ ТАНГ. — Тернопіль, 2002. — Вип. 5. — С. 123 —131.
9. Подковенко Т. О. Становлення системи законодавства України в 1917 —1920 роках (Українська Цен-

тральна Рада, Гетьманат П. Скоропадського, Директорія УНР): дис. канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 — теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень / Т. О. Подковенко // Київський національний університет імені Т. Шевченка. — Київ, 2004.

10. Терлюк І. Я. Особливості державотворення в Україні в період «Другої УНР» (Директорії) / І. Я. Терлюк // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. — 2008. — № 2. — С. 1-6.

Мокін І. С. Правовая жизнь в Украине во время освободительных состязаний 1917-1921 гг.

Аннотация. В статье автор обозначает разные подходы к пониманию «правовой жизни», как общетеоретической правовой категории, и раскрывает общетеоретическое толкование понятия «правовая жизнь». Прослеживает исторический процесс развития правового бытия украинского общества во время освободительных состязаний 1917-1921 гг. и определяет исторические условия формирования правовой действительности указанного периода. Автором всесторонне проанализирована правовая жизнь Украины в период формирования собственной государственности и обозначены исторические закономерности формирования правовой действительности как основ прогнозирования ее будущего развития.

Ключевые слова: правовая жизнь, правовая действительность, правовая теория, правопорядок, правовая система, правовая культура, нормотворчество.

Mokin I. Legal life in Ukraine during the liberation of the competition 1917-1921's.

Summary. In the article the author refers to different approaches to understanding the «legal life», as a General theoretic legal category, and reveals общетеоретическое interpretation of the term «legal life». Traces the historical process of development of the legal existence of the Ukrainian society during the liberation of the competition 1917-1921, and determines the historical conditions of formation of legal validity period. The author of a comprehensive analysis of the legal life of Ukraine in the period of formation of statehood and marked historical regularities of formation of legal reality Yak foundations for forecasting its future development.

Keywords: legal life, legal validity, legal theory, the rule of law, the legal system, legal culture, norm-setting.

*Сімутін В. В.,
здобувач кафедри теорії держави і права
НУ «Одеська юридична академія»*

ЗМІСТОУТВОРЮЮЧІ ЗАСАДИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ МЕХАНІЗМУ СУЧАСНОЇ ДЕРЖАВИ

Анотація. У статті досліджуються основи організації та діяльності механізму сучасної держави, серед яких головними визнаються: права і свободи людини та поділ влади.

Ключові слова: права і свободи людини, сучасна держава, державна влада, розподіл влад, механізм сучасної держави, принципи механізму сучасної держави.

Постановка проблеми. Одним з головних напрямів сучасної загальнотеоретичної юриспруденції є дослідження сутності та природи сучасної держави, інституційних механізмів організації її діяльності та виконання встановлених функцій.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Ці питання отримали відображення у працях багатьох як вітчизняних – В. В. Копейчикова, М. І. Козюбри, Ю. М. Оборотова, О. Ф. Скакун, так і зарубіжних авторів – Е. П. Григоніса, М. В. Єлезарова, В. С. Нерсисянца, Б. М. Топорніна, Ю. О. Тихомирова, В. Є. Чиркіна, та ін.

Поряд із цим, питання щодо особливостей формування та сутності принципів та основ функціонування механізму сучасної держави не отримали належного обґрунтування. Відповідно, дослідження засад організації та діяльності механізму сучасної держави, є актуальною темою для юридичної науки.

Метою статті є теоретичне дослідження засад організації та діяльності механізму сучасної держави в контексті людиноцентристських тенденцій юриспруденції.

Викладення основного матеріалу. Встановлюючи змістоутворюючі засади організації та діяльності механізму сучасної держави, перш за все необхідно визначитися із поняттям такої держави. На сьогоднішній день існує декілька підходів щодо загальнотеоретичного розуміння сучасної держави.

Термін «сучасна держава» використовується в двох значеннях: по-перше, сучасними називають нині існуючі держави, і, по-друге, сучасною вважається така держава, яка відповідає певним цінностям і нормативам.

Під поняттям «сучасна держава» М. В. Єлізаров розуміє тип політичної системи, що здійснює управління суспільством, охорони його структури, який в своєму розвитку досяг високого рівня організації, розвинення принципів та ідеалів демократії, чіткого розмежування світської та релігійної влади,

застосовує прогресивні методи та засоби вирішення різноманітних проблем соціального життя. Її ознаки: 1) чіткі територіальні межі; 2) розвинений інститут громадянства; 3) наявність професійної армії; 4) розгалужена система демократичних інститутів влади; 5) поділ світської і релігійної влади; 6) наявність сучасних технічних засобів управління [1, 7].

Зазначена типологія суттєво доповнена Р. Купером, який поділяє нині існуючі суспільства та держави на: досучасні, сучасні та постсучасні. До першої групи автор відносить держави які перестали відповідати критерію легітимності на застосування сили. У другій групі діє класична система державного ладу, такі держави зберігають суверенітет та монополію на застосування сили. До третьої групи відносяться держави, які являють собою системи зовнішньої безпеки, що досягнута шляхом взаємозалежності та часткової відмови від суверенітету, а у внутрішніх системах таких держав на перший план виходить особистість [2, 73].

На думку Н. М. Крестовської, риси сучасної держави не тільки зафіксовані в системі нормативних вимог, але й виражені в реальному її бутті. У вигляді конкретних державних інститутів, їх організації та функціонування. Сучасна держава – це результат зміни менталітету людей, сприйняття не тільки колишніх традицій державності, але й використання загальнолюдських цінностей і змін в сучасному світі [3, 257].

Фактично, сучасні держава і суспільство знаходяться у специфічних взаємовідносинах, які орієнтовані на антропологію як домінуючу сьогодні в світі філософію та обумовлюють принципово новий вектор в опрацюванні теоретичних засад правової державності. Йдеться передусім про визнання «сучасного національного суспільного договору», за яким держава підтверджує своє підпорядковане до суспільства становище, та виступає «зручним інструментом» організації та забезпечення комфортного співіснування членів суспільства [4, 25].

Подібний договір є вираженням та узгодженням свободи народу, фактичною фіксацією того, що потребує суспільство, та того, яким чином такі потреби мають бути втілені в життя або захищені з боку держави та її органів.

Безумовно, такий договір не отримує формальних ознак та не буде підписаним, але йому це і не потрібно. Запорукою його сили і дієвості є заснована на визнанні пріоритетності прав і свобод людини і

громадянина людська свідомість. В свою чергу людина, якщо не має змоги віднести певні відносини до сфери моралі, намагається обґрунтувати їх із боку права. При чому, подібному обґрунтуванню підлягають найбільш важливі для життя соціуму відносини, наприклад, як порядок організації та функціонування механізму держави. Відповідно, такі питання отримують регламентацію у Конституції, або органічному (конституційному) законодавстві. Саме у цьому контексті здійснюється його легалізація – закріплення у основному законі положень, що відповідають потребам суспільства.

У цьому контексті слід зазначити, що державі протистоїть громадянське суспільство як альтернатива, контрагент державного врядування з властивими останньому формалізмом, ієрархією та централізованою директивністю. Сутність, головна ознака громадянського суспільства полягає у відокремленості від державної машини як апарату громадського адміністрування. Громадянське суспільство не є структурною одиницею державного апарату, воно є певним способом життя людей у стилі приватності, сферою людської свободи, це – життєдіяльність особистостей поза офіційною регламентацією, властива кожній людині частка цивільного в її житті [5, 25–26].

Слід відмітити, що сучасна держава є інституціональним втіленням певних цінностей і нормативів, які «підпорядковані» ідеї створення гідних умов реалізації, забезпечення та охорони основних прав і свобод людини. І у цьому аспекті, можливо припустити, що коли мова йде про сучасну державу, то перш за все, це є правова держава. Правова держава, яка виступає не тільки державою, обмеженою правом (і в цьому полягає сенс принципу верховенства права), але й інституцією, що створює умови для втілення у життя прав і свобод людини.

З цього приводу В. С. Нерсесянц вказує, що обмеження держави повинно здійснюватися лише одним правом – правом людини [6, 107].

В іншій своїй праці він застосовує навіть ще категоричніше формулювання: верховенство права в його концентрованому вигляді – це насамперед права і свободи людини і громадянина [7, 7].

Подібної позиції дотримується і Є.І. Колюшин, на думку якого в основі моделі правової держави та принципу верховенства права лежить презумпція визнання людини, її прав і свобод вищою соціальною і правовою цінністю [8, 54].

Серед вітчизняних дослідників таке розуміння «обмеженості правом» обґрунтував В. В. Копейчиков, який вказував, що, говорячи про правову державу та верховенство права, ми маємо на увазі державу, в якій панує право, витлумачене як всезагальний критерій свободи і рівності в суспільстві в цілому і щодо окремих громадян, з принципами, суть яких

складають загальнолюдські етичні норми, соціальна справедливість, гуманізм [9, 16].

Подібне визначення принципу верховенства права як обмеженості домагань державної влади пропонує І. О. Воронов, який окреслює його у термінах «домінування» прав людини по відношенню до прав держави [10, 96].

Саме тому, описуючи генезис та утвердження принципу верховенства права, всі ці дослідники фактично розглядають його в контексті розвитку і законодавчого закріплення прав людини і громадянина.

Як відмічає Є. В. Назаренко, принцип верховенства права проявляється у сукупності таких дій: а) реалізація правотворчості, правозастосовної та правоохоронної діяльності лише відповідно до соціального ідеалу справедливості, згідно з яким людина, її права і свободи визнаються найвищою соціальною цінністю; б) утвердження верховенства конституції в діяльності всіх органів і посадових осіб; в) забезпечення у законодавстві пріоритетності загальноновизнаних норм і принципів міжнародного права; г) утвердження верховенства правового закону в системі нормативних актів та забезпечення принципу правової законності у процесі правозастосовної діяльності органів державної влади і місцевого самоврядування; г) формування розвиненої системи захисту прав людини державою, створення професійного неупередженого і доступного для всіх громадян суду [11, 89].

Так, у Конституції України абсолютно однозначно вказано на те, що: а) людина, її життя, і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст. 3); б) закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції і повинні відповідати їй (ст. 8); в) конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасованими (ст. 22); г) права і свободи людини захищаються судом (ст. 55) [12, 3-6].

Відповідно, стає можливим прийти до висновку, що права і свободи людини є однією із змістоутворюючих засад організації та функціонування механізму сучасної держави.

Але при аналізі сутності та природи механізму держави слід враховувати, що такий механізм, перш за все, є особливою, складною системою. Виникнення, розвиток, функціонування, припинення існування будь-яких систем зумовлено певними закономірностями, які мають об'єктивний характер. Посилення, стимулювання впливу позитивних закономірностей, а також створення умов для їх безперешкодної реалізації, та обмеження впливу негативних закономірностей, є обов'язковою умовою розвитку таких систем.

Чим якіснішими є заходи щодо посилення впливу перших і обмеження дії інших закономірностей, тим ефективнішою є діяльність, тим швидше і краще розв'язуються назрілі питання і досягаються поставлені цілі [13, 21].

До позитивних закономірностей такої системи як механізм держави, беззаперечно відносяться принципи організації та функціонування цього механізму.

Принципи механізму держави можна визначити як закріплені в правових нормах найбільш загальні, вихідні положення, панівні в даній державі політичні та правові ідеї, основні засади, керівні настанови, що визначають найважливіші правила, за якими цей механізм організується і функціонує.

Принципи механізму держави можливо класифікувати на загальні принципи і спеціальні. До перших належать політико-правові принципи, характерні для діяльності держави в цілому. До них слід віднести такі принципи як верховенства права, законності, розподілу влад, демократизму, гласності, врахування громадської думки тощо. Другу групу складають принципи, які відображують саме сутність механізму держави. До них відносяться принципи: обмеження правом, розмежування функцій між органами держави, принцип науковості, принцип компетентності та професіоналізму, високого рівня правової культури представників державного апарату, принцип доступності для суспільства, принцип глобальності.

В сукупності зазначених принципів чинне місце відведено принципу розподілу влади. Без реального поділу влади правова держава, а відповідно й сучасна держава, неможлива. Будь-яке порушення цього принципу спричиняє концентрацію влади в одних руках і, як наслідок, панування одного органу влади, що представляє державу, над правом.

За ступенем реалізації принципу розподілу влади в механізмі держави можна і треба судити про ступінь наближення такої держави до правової. Поділ влади не заперечує єдність (але не єдиновладдя) державної влади. Саме тут вступає в дію закон єдності і боротьби протилежностей щодо механізму держави вже не як абстракції, а як реального політико-правового явища. І, навпаки, єдиновладдя завжди притаманне неправовій, тоталітарній (поліцейській) державі і її механізму [14, 105].

Розподіл влади в юридичній науці розуміється в різних значеннях. Це і певна теорія (концепція, вчення). Це і практика державно-правового будівництва. Це водночас і ознака, і принцип правової держави. Відповідно, можливо припустити, що розподіл влади є другою, після прав і свобод людини, фундаментальною засадою організації та функціонування механізму сучасної держави.

Розподіл влади у всіх його значеннях, і як теорії і як принципу, завжди і нерозривно пов'язано з теорією і практикою правової держави. Цілком справедливо з цього приводу, у свій час, зауважив Б. М. Топорнін: «... Поділ влади одночасно виступає як наслідок, породження правової держави, так і передумова, умова її успішного функціонування і розвитку» [15, 207].

У найзагальнішому вигляді розподіл влади полягає в існуванні в державному механізмі трьох гілок влади (або трьох влад): законодавчої, виконавчої та судової, кожна з яких самостійна у межах своєї компетенції і незалежна від інших гілок влади (інших влад). Крім того, кожна з них взаємодіє між собою, і стримує одна одну, утворюючи систему стримувань і протигаг, з тим, щоб жодна з гілок влади не могла б стати абсолютною. Поділ влади, таким чином, є повною, антагоністичною протилежністю єдиновладдя.

Як зазначає О. М. Бандурка, відносини між суб'єктами управління підпорядковані певним тенденціям, і їх застосування в практиці управлінської діяльності не припускає довільності й стихійності [16, 32]. Те ж саме можна сказати і про будь-яку іншу державну діяльність.

Розподіл влади одночасно і передумова правової держави та функціонування її механізму, і необхідний атрибут їх подальшого розвитку. Формування сучасної держави, і особливо її механізму, слід починати з послідовного проведення в життя принципу поділу влади, яким би важким і суперечливим цей шлях не виявився. В іншому випадку, при відступах від цього принципу можна назавжди поховати ідею правової держави, повернутися до тоталітарних і авторитарних форм правління, знову звернути з магістрального шляху правового розвитку людства.

Зачатки теорії поділу влади виявляються ще в античній філософській та політико-правовій думці. Але в тому вигляді, в якому ми її сприймаємо в даний час, дана теорія зародилася в епоху великих буржуазних революцій в Європі (кінець XVII – початок XVIII століть) одночасно з концепцією правової держави. Метою поділу влади в цей період стало обмеження влади монарха та забезпечення свободи громадян. Основоположниками теорії поділу влади по праву вважаються Д. Локк і Ш. Л. Монтеск'є.

Класична, сучасна модель поділу влади була розроблена і практично втілена в життя у США. Вона була доповнена положеннями про рівноправність всіх гілок влади, більш високою роллю судової влади, поділом влади по вертикалі між федерацією та її суб'єктами і ретельно розробленою системою стримувань і протигаг.

Значення принципу розподілу влади, в сучасну епоху, піддається різним інтерпретаціям. Серед них: подання про поділ влади лише як про технічний розподіл функцій між органами влади; обґрунтування верховенства законодавчої влади; виділення «четвертої», звичай президентської влади, що стоїть поза системою і над системою розділених влад. Всі ці інтерпретації, особливо при практичному втіленні їх у державний механізм, не сприяють наближенню до правової держави, а навпаки віддаляють або навіть унеможливають перспективи його становлення та функціонування.

Поділ влади і численні аспекти його розуміння, починаючи від конкретно-історичних витоків формування цієї концепції і до сучасної практики втілення її в державному механізмі, – вказують на високу роль цього принципу у порядку організації та функціонування системи органів, установ та підприємств, за допомогою яких втілюються в життя функції держави.

Висновки. Проведені дослідження дозволяють стверджувати, що права і свободи людини та розподіл влади, виступають реальними змістоутворюючими засадами організації та діяльності механізму держави. Це пов'язано із тим, що сучасна держава орієнтована на організацію комфортного співіснування життя суспільства, створенню таких умов, при яких головною цінністю виступають права та свободи людини, соціальна забезпеченість населення та демократичні основи формування і функціонування державної влади.

Література:

1. Елизаров М. В. Современное государство в эпоху глобализации: социально-философский анализ: автореф. дисс. на соискание ученой степени канд. филос. наук: спец. 09.00.11 «Социальная философия» / М. В. Елизаров. – Уфа, 2010. – 37 с.
2. Купер Р. Раздор между народами. Порядок и хаос в XXI веке: пер. с англ. яз / Роберт Купер. – М.: Московская школа политических исследований, 2010. – 240 с.
3. Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції: монографія / Ю. М. Оборотов, В. В. Завальнюк, В. В. Дудченко [та ін.]; за ред. Ю. М. Оборотова. – Одеса: Фенікс, 2012. – 492 с.
4. Кравченко Ю. Ф. Свобода як принцип демократичної правової держави: автореф. дис. на соискание ученой степени д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2003. – 45 с.
5. Філософія права: навчальний посібник / За ред. М. В. Костицького, Б. Ф. Чміля. – К., 2000. – 730 с.
6. Нерсесянц В. С. Філософія права / В. С. Нерсесянц. – М.: ИНФРА-М-НОРМА, 1997. – 652 с.
7. Нерсесянц В. С. Конституционализм как общегосударственная идеология / В. С. Нерсесянц // Конституционно-правовая реформа в Российской Федерации. – М.: ИНИОН РАН, 2000. – С. 6-10.
8. Колюшин Е. И. Конституционное (государственное) право России / Е. И. Колюшин. – М.: Изд-во МГУ, 1999. – 381 с.
9. Копейчиков В. В. Про теоретичні засади конституційного ладу / В. В. Копейчиков // Вісник АПРН України. – Х., 1993. – № 1. – С. 26-34.
10. Воронов І. О. Правова держава як предмет політологічного аналізу / І. О. Воронов. – К.: Віра ІНСАЙТ, 2000. – 375 с.
11. Назаренко Є. В. Державно-правова реформа – шлях до правового прогресу / Є. В. Назаренко // Державно-правова реформа в Україні. – К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України, 1997. – С. 87-91.
12. Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254k/96вр>
13. Колпаков В. К. Адміністративне право України: підручник / В. К. Колпаков. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – 736 с.
14. Григонис Э. П. Механизм государства: Теоретико-правовой аспект: дис.... доктора юридических наук: спец. 12.00.01 / Э. П. Григонис. – Санкт-Петербург, 2000. – 430 с.
15. Топорнин Б. Н. Права человека и разделение властей / Б. Н. Топорнин // Права человека: время трудных решений. – М., 1991. – С. 7-49.
16. Бандурка О. М. Управління в органах внутрішніх справ України: підручник / О. М. Бандурка. – Харків: Ун-т внутр. справ, 1998. – 480 с.

Симутин В. В. Права и свободы человека и разделение властей как смыслообразующие основы организации и деятельности механизма современного государства

Аннотация. В статье исследуются основы организации и деятельности механизма современного государства, среди которых главными признаются: права и свободы человека и разделение властей.

Ключевые слова: права и свободы человека, современное государство, государственная власть, распределение властей, механизм современного государства, принципы механизма современного государства.

Simyitin V. Human rights and freedoms and the separation of powers as the sense-bases of the organization and operation of the mechanism of the modern state

Summary. The article investigates the basis for the organization and operation of the mechanism of the modern state, among which the most important are recognized: the human rights and freedoms and the separation of powers.

Keywords: human rights and freedoms, modern state, state power, separation of powers, mechanism of the modern state, principles of the mechanism of the modern state.

*Шпак Ю. А.,
здобувач кафедри теорії
та історії держави і права
факультету з підготовки слідчих
Львівського державного університету внутрішніх справ*

ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ОРГАНІЗАЦІЙНИХ ФОРМ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

Анотація. У статті аналізується поняття форми діяльності органів місцевого самоврядування, їх класифікація, а особливо специфіка організаційно-правових форм, за допомогою яких і здійснюється нормотворча діяльність муніципальних органів в Україні. Висвітлюються особливості таких організаційних форм роботи органів місцевого самоврядування, як сесії місцевих рад, засідання постійних комісій, їхня регламентація в загальнодержавному та локальному законодавстві, а також акцентується увага на необхідності удосконалення правового регулювання зазначених організаційних форм роботи самоврядних органів в Україні.

Ключові слова: форми діяльності, організаційно-правові форми, сесія ради, пленарні засідання, засідання постійних комісій, рішення ради, регламент місцевої ради.

Постановка проблеми. Процеси політичних перетворень у державі, становлення нового державного ладу, нової системи місцевого самоврядування стали вимагати нових поглядів на вже існуючі форми діяльності органів місцевого самоврядування. Хоча юридична наука приділяє достатньо уваги вивченню основоположних засад функціонування інституту місцевого самоврядування, фактично поза увагою вчених залишаються питання організаційних форм їх роботи, не зважаючи на постійне збільшення обсягу питань, які вирішуються місцевою владою.

У загальному розумінні, форми діяльності органів місцевого самоврядування є сукупністю способів реалізації їх компетенції. Вони здійснюються за допомогою визначених законом, іншими нормативно-правовими актами, а також практикою роботи рад, дій цих органів, посадових осіб і депутатів. Але єдиних, усталених наукових підходів щодо цього питання в науковій літературі бракує.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Теоретико-правові проблеми організаційних форм діяльності органів місцевого самоврядування досліджувались у роботах М. О. Баймуратова, В. Р. Барського, О. В. Батанова, Г. В. Задорожньої, В. М. Кампа, М. І. Корнієнка, П. М. Любченка, В. Ф. Погорілка, П. М. Орзіха, С. О. Семка, С. Г. Сєрьогіної, О. Ф. Фрицького та інших вчених. Однак, розмаїтість думок щодо обґрунтування та розмежування форм діяльності, як органів публічної вла-

ди загалом, так і місцевого самоврядування зокрема, донині є предметом багатьох дискусій, що потребує подальших досліджень.

Викладення основного матеріалу. Термін «форма» походить від латинського «forma», що означає зовнішній вигляд, зовнішній вияв, зовнішнє вираження. У новому тлумачному словнику української мови, «форма» – це обриси, контури, зовнішні межі предмета, що визначають його зовнішній вигляд, конфігурація; пристрій, шаблон, за допомогою якого чому-небудь надають певних обрисів, якогось вигляду; тип, будова, спосіб організації чого-небудь; видимість, зовнішній бік чого-небудь, що не відображає суті справи; спосіб здійснення, виявлення будь-якої дії; суворо встановлений порядок у будь-якій справі [1, 665].

Водночас, цікавим є визначення форми як:

- зовнішнього вияву якого-небудь явища, пов'язаного з його сутністю, змістом;
- способу існування змісту, його внутрішньої структури, організації і зовнішнього виразу.

Розуміючи під категорією «змісту» відповідну систему зв'язків і відносин між елементами (суб'єктами) місцевого самоврядування, яка поєднує їх у цілісність, із властивими їм особливостями та якісною виокремленістю, можна вважати, що зміст і форма є невіддільними і взаємозумовленими категоріями.

С. Семко форми діяльності суб'єктів публічної влади визначає як зовнішнє вираження однорідних дій, операцій, процедур, які здійснюють органи публічної влади, їх структурні підрозділи й посадові особи для реалізації закріплених за ними функцій і компетенції [2].

Тобто при визначенні форми діяльності органів місцевого самоврядування здебільшого йдеться не про дії суб'єктів управління, а про їх зовнішнє вираження (зовнішній вияв), оскільки дії залежно від характеру і форми вираження становлять той чи інший зміст цієї діяльності.

Таким чином, формою діяльності органів місцевого самоврядування можна вважати будь-яке зовнішнє вираження конкретних однорідних дій цих органів, їх структурних підрозділів і службових осіб, здійснюване з метою реалізації функцій управління.

Поглибленню розуміння сутності форм діяльності органів місцевого самоврядування сприяє їх

класифікація. І тут досить поширеним є поділ форм діяльності суб'єктів публічної влади на правові та неправові. Зокрема, О. Ярмиш та В. Серьогін, розглядаючи форми діяльності як особливий структурний елемент правового статусу органів публічної влади, розмежовують правові (юридичні) та організаційні (неправові) форми їх діяльності в залежності від характеру породжуваних наслідків. Правові форми являють собою діяльність, пов'язану зі здійсненням юридично значущих дій у жорстко визначеному законом порядку. Вони являють собою однорідну діяльність, яка пов'язана з прийняттям нормативно-правових актів і тягне за собою юридично значимі наслідки. Неправові форми діяльності – це однорідна діяльність, що не вимагає повного і суворого юридичного оформлення, не пов'язана з учиненням юридично значущих дій і прийняттям нормативно-правових актів [3].

Організаційні форми діяльності не справляють такого безпосереднього впливу на суспільні відносини, як правові форми, однак завдяки їм здійснюються підготовчі дії, обговорюються, узгоджуються різні позиції, робляться відповідні висновки в процесі пошуку оптимальних шляхів вирішення проблеми.

Таким чином, результатом правових форм є прийняття нормативно-правового акту, а результатом неправових (організаційних) форм – власне належна організація діяльності органу.

Аналізуючи статті Закону України про місцеве самоврядування, що стосуються форм діяльності органів місцевого самоврядування, можна зробити висновок, що свої функції, на підставі яких визначена компетенція місцевих рад, останні здійснюють у правовій, організаційній і матеріально-технічній формах. Правова форма діяльності місцевих рад виявляється у реалізації повноважень цих органів, пов'язаних з нормотворчою, правозастосовчою і правоохоронною діяльністю представницьких, виконавчих органів, їх посадових осіб, спрямованою на регулювання правовідносин. Організаційна форма діяльності, на відміну від правової, не передбачає юридичних наслідків і безпосередньо не формує правовідносини. Дії, що становлять її зміст, забезпечують виконання завдань, функцій і повноважень рад за допомогою конкретних організаційних форм, не обов'язково закріплених у законі. Матеріально-технічна форма діяльності рад не має правового й організаційного характеру. Вона зводиться до забезпечення заходів допоміжного характеру (робота з депутатськими запитами і зверненнями, а також різними інформаційними запитами, діловодство, експедиція, охорона, збір і опрацювання інформації, розробка прогнозів, програм, методичних рекомендацій, здійснення бухгалтерського і статистичного обліку і т. д.). Вони здійснюються переважно управлінським апаратом.

Відомий український державознавець О. Фрицький поряд із правовою, матеріально-технічною і орга-

нізаційною формами виділяє проміжні організаційно-правові форми [4]. І це не дивно, адже організаційні форми діяльності органів місцевого самоврядування мають глибокий зміст, що здебільшого характерний формам організаційно-правового характеру.

Як би там не було, організаційна форма у цілому є підзаконною. Вона здійснюється в рамках чинного законодавства й у межах компетенції органу. Однак правом тут регламентується лише загальна процедура вчинення дій. Організаційні дії найчастіше проводяться в порядку поточної управлінської діяльності. Доцільно відзначити, що конкретний перелік таких дій обумовлюється специфікою правової форми, конкретним змістом реалізованої компетенції, а також особливостями структури і персонального складу компетентного органу.

Організаційні форми, за виразом Г. Атаманчука, можна охарактеризувати як «способи вільного колективного пошуку оптимального варіанта вирішення якоїсь управлінської проблеми» [5, 47]. Такого роду дії або передують реалізації влади, або є наслідком, що впливає з процесу такої реалізації, а сама їх роль – винятково допоміжна. Кожна така дія не викликає безпосередніх юридичних наслідків, однак вносить свою певну частку в кінцевий правовий результат.

Оскільки дії, що становлять зміст організаційної форми діяльності, не обов'язково мають бути закріплені у законі, часто в юридичній літературі виокремлюється організаційно-правова форма діяльності. Зокрема, згідно Закону України про місцеве самоврядування організаційно-правовими формами діяльності органів місцевого самоврядування можна вважати: сесії; окремі та спільні засідання постійних комісій, підкомісій і робочих груп; засідання президій обласних, районних рад; засідання тимчасових контрольних комісій; персональна робота голови ради, секретаря, заступників голови ради; виконавчого комітету ради; робота депутатів у виборчих округах; участь голови ради чи депутатів у загальних зборах громадян за місцем проживання; участь депутатів з правом дорадчого голосу в засіданнях інших місцевих рад та їх органів, органів самоорганізації населення; звіти сільського, селищного, міського голови перед територіальною громадою, депутатів перед виборцями [6].

Сьогодні обґрунтування поняття організаційних форм роботи органів місцевого самоврядування, а також уточнення їх різновиду є необхідним кроком не тільки для нормативного закріплення тих з них, що відповідно до вимог часу набули нової ваги та значення, але і для вдосконалення вже існуючих.

На думку С. Семко, основні ознаки, що характеризують організаційні форми роботи представницьких органів місцевого самоврядування:

а) це сукупність конкретних дій, заходів, що здійснюються місцевими радами та органами самоорганізації населення;

б) складають систему чітко визначених процедур, що передбачені нормативно-правовими актами або вироблені практикою діяльності відповідних органів, посадових осіб;

в) характеризують їх призначення й роль у системі представницьких органів;

г) направлені на організацію роботи ради, її органів, депутатів, органів самоорганізації населення, ефективне виконання представницькими органами своїх функцій і повноважень для вирішення питань місцевого значення [2].

З поміж існуючих організаційних форм роботи сільських, селищних, міських, районних, обласних, районних у місті, а також міст Києва і Севастополя рад ключове місце займає сесія. На думку В. Барського, сесія є основною організаційно-правовою формою роботи представницького органу місцевого самоврядування. На сесіях депутати місцевих рад користуються правом вирішального голосу і можуть реалізовувати найважливіші депутатські повноваження. Результативність і оперативність розгляду питань, віднесених до компетенції місцевих рад, багато в чому залежать від ступеня досконалості правового регулювання організації і проведення їх сесій [7].

Підвищення ролі місцевого самоврядування нерозривно пов'язано з підвищенням ролі і значення сесій представницьких органів місцевого самоврядування. М. Корнієнко називає сесію основною формою прояву активності, життєдіяльності ради й вірно вказує, що у зв'язку з політизацією нашого суспільства давно минули ті часи, коли сесії збиралися лише для поспільного схвалення заздалегідь підготовлених виконавчими органами рішень. Сьогодні сесії є аренами суперництва і співробітництва різних політичних сил, представлених в радах. А тому питання проведення сесій рад, зокрема їх регламентні правила, набувають великої політичної ваги [8, 124].

У чинному законодавстві поняття «сесія» не закріплено, однак переважна більшість науковців визначають сесію, як основну організаційну форму роботи органів місцевого самоврядування. Водночас, в регламентах місцевих рад формулювання поняття «сесія» здебільшого визначається організаційно-правовою формою. Для прикладу, в ст. 10 Регламенту роботи Чернігівської обласної ради шостого скликання від 30.09.2011 р встановлено, що сесія – це основна організаційно-правова форма діяльності ради, яка відповідно до законодавства дає можливість всебічно враховувати досвід і думку всіх депутатів, їх виборців та приймати відповідні рішення [9].

Як правило, окремий розділ регламенту присвячується актам, які приймає рада. У ньому визначаються види актів ради, основні принципи та етапи нормотворчого процесу, порядок розгляду і обговорення проекту рішення; процедура прийняття рішень; порядок обнародування рішень ради і

здійснення контролю за їх виконанням; дія рішень у часі та просторі. У регламенті також розглядаються питання документального забезпечення діяльності ради та межі дії регламенту, зокрема розкривається зміст документального забезпечення роботи ради, а також порядок використання її документів.

Отже, регламент ради визначає порядок скликання і проведення сесій, які поділяються на чергові та позачергові. В чинному законодавстві встановлено обов'язок місцевих рад проводити сесії в міру необхідності, але не менше одного разу на квартал, а з питань відведення земельних ділянок – не рідше ніж один раз на місяць. Зазвичай така ж за змістом норма закріплюється в регламентах місцевих рад.

«Серцем сесії» є пленарне засідання. Проте, на практиці буває і навпаки. В деяких наукових працях «сесія» ототожнюється з поняттям «пленарне засідання» [10, 224], разом з тим, і практика роботи окремих місцевих рад свідчить про фактичне ототожнення цих понять.

Сесію, на відміну від пленарного засідання, важко охарактеризувати як певну процедуру. Це скоріше поняття, що означає певний проміжок часу, протягом якого проходять конкретні заходи і здійснюються певні дії, спрямовані на вироблення і прийняття певних рішень, розгляду радою певного переліку питань. А отже необхідно зазначити, що поняття «сесія» не є тотожним поняттю «пленарне засідання»: початком сесії варто вважати день, з якого починається проведення засідань постійних комісій, на яких розглядаються питання порядку денного сесії, а не день, коли проводиться пленарне засідання.

На пленарних засіданнях рада в межах своїх повноважень приймає нормативні та інші акти у формі рішень. Рішення ради приймається відкритим (у тому числі поіменним) або таємним голосуванням після обговорення більшістю депутатів від загального складу ради, крім випадків, передбачених законом. При встановленні результатів голосування до загального складу сільської, селищної, міської ради включається сільський, селищний, міський голова, якщо він бере участь у пленарному засіданні ради і якщо враховується його голос.

Рішення сільської, селищної, міської ради у п'ятиденний строк з моменту його прийняття може бути зупинено сільським, селищним, міським головою і внесено на повторний розгляд відповідної ради з обґрунтуванням зауважень. Рада зобов'язана у двотижневий строк повторно розглянути такі рішення. Якщо рада відхилила зауваження сільського, селищного, міського голови і підтвердила попереднє рішення двома третинами голосів депутатів від загального складу ради, воно набирає чинності. Набирають чинності рішення ради нормативно-правового характеру з дня їх офіційного оприлюднення, якщо радою не встановлено пізніший строк введення цих рішень у дію.

Слід зазначити, що сесія місцевої ради – це не лише її пленарне засідання, а також і засідання її постійних комісій, а їх скликають і ведуть голови відповідних комісій. Засідання постійних комісій проводяться, як правило, до пленарного засідання. При існуючому нормативному регулюванні порядку проведення сесій виходить, що постійні комісії працюють в позасесійний період.

Постійні комісії – це колегіальні, виборні, допоміжні органи рад, утворені у встановленому законодавством порядку, наділені відповідними владними повноваженнями і засобами, необхідними для здійснення властивих їм функцій.

На думку В. Барського, діяльність постійних комісій багато в чому забезпечує постійний та ефективний характер діяльності представницького органу місцевого самоврядування [7]. У той же час, функціонування постійних комісій рад здійснюється найбільш активно і результативно на рівні сільської, селищної, міської ради, оскільки члени постійних комісій мають об'єктивні умови тісного співробітництва з територіальними громадами, що цілком відповідає ідеї побудови самого місцевого самоврядування.

Функціональна спрямованість і порядок організації роботи постійних комісій визначається Законом України про місцеве самоврядування (ст. 47), Регламентом відповідної ради і положенням, яке затверджується радою не пізніше, ніж на другій її сесії, а також положеннями про відповідні постійні комісії ради, що приймаються на засіданнях певної комісії за погодженням з постійною комісією по законності і правопорядку.

Постійні комісії – це організаційна форма роботи депутатів, яка забезпечує безперервність функціонування представницького органу. Кількість і перелік постійних комісій визначає відповідна рада. Перелік постійних комісій місцевих рад не закріплюється в українському законодавстві, Закон України про місцеве самоврядування містить лише норми, що стосуються комісії з питань бюджету. Тим самим, створюється широкий простір для місцевих рад щодо утворення системи комісій з урахуванням місцевих особливостей самоврядних одиниць, необхідності вирішення тих чи інших проблем, опосередкованих можливим спрямуванням пріоритетних напрямків розвитку соціально-економічного, культурного та інших сфер суспільного життя територіальних громад.

Зазвичай організують комісії двох видів – функціональні і галузеві. До функціональних зазвичай відноситься: мандатна, з питань регламенту, депутатської етики, адміністративно-територіального устрою, відзначення нагородами, відзнаками, присвоєння почесних звань; до галузевих – комісія з питань соціально-економічного і культурного розвитку, бюджету, податків, фінансів і цін, планування та обліку, з питань управління комунальною власністю,

приватизації, зовнішньоекономічної діяльності, з питань екології, охорони навколишнього природного середовища, житлово-комунального господарства, регулювання земельних відносин, з питань охорони здоров'я, материнства, дитинства та соціального захисту населення, з питань освіти, науки, культури, молоді, сім'ї, фізкультури і спорту, з питань торговельного і побутового обслуговування, громадського харчування та захисту прав споживачів, з питань забезпечення законності, правопорядку, оборонної роботи, охорони прав, свобод і законних інтересів громадян тощо.

Джерелом виникнення функцій комісій є об'єктивні потреби представницького органу місцевого самоврядування та інтереси територіальних громад.

Основною організаційною формою роботи постійних комісій є їх засідання. Засідання комісій скликаються в міру необхідності, але не рідше одного разу на квартал та є правомочним, якщо в ньому бере участь не менш як половина від загального складу комісії. За результатами вивчення і розгляду питань постійні комісії готують висновки й рекомендації, що приймаються більшістю голосів від загального складу комісії і підписуються головою комісії, а в разі його відсутності – заступником голови або секретарем комісії. Протоколи засідань комісії підписує голова і секретар комісії.

Засідання постійних комісій можуть бути чергові й позачергові, відкриті та закриті, звичайні та виїзні. За допомогою останніх, зокрема, зміцнюються зв'язки депутатів місцевої ради із виборцями, депутатами отримується цінна інформація про реальний стан справ, активізується робота постійних комісій та відбувається накопичення депутатами досвіду реалізації представницького мандату [11, 334].

Розвиток місцевого самоврядування потребує суттєвого вдосконалення локального нормативно-правового регулювання роботи постійних комісій. Зокрема, Г. Задорожня пропонує викласти в окремому розділі регламенту ради загальні положення про утворення, функціонування комісій, критерії їх утворення та умови зміни видового складу; закріпити в положенні конкретний перелік комісій, регламентувати повноваження кожної профільної комісії; закріпити основні регламентно-процедурні норми організації та діяльності постійних комісій; детально регламентувати процедурні питання щодо залучення до роботи в галузевих комісіях сторонніх експертів з метою надання ними відповідних консультацій; регламентувати обов'язок посадових осіб на запрошення відповідної профільної комісії відвідати її робоче засідання, якщо на порядок денний винесено питання підготовки та прийняття висновків за результатами перевірки того чи іншого підприємства, установи, організації [12, 94].

Не дивлячись на те, що засідання постійних комісій є усталеною організаційною формою роботи

місцевих рад в Україні, сьогодні необхідно підвищити статус цих утворень, оскільки саме вони відіграють основну роль у попередньому вивченні питань, що приймаються радою, у контролі за використанням коштів місцевого бюджету та роботою комунальних підприємств та закладів. Сьогодні рішення цих органів ради мають рекомендаційний характер, але із вдосконаленням нормативного регулювання їхньої діяльності, на нашу думку, окремим їх рішенням необхідно надати обов'язкової сили.

Висновки. У зв'язку із необхідністю розв'язання повсякденних проблем конкретного регіону та реаліями розвитку країни в цілому, важливого значення набуває постійне вдосконалення організації діяльності органів місцевого самоврядування. Сучасні тенденції спонукають ради, їх органи та депутатів по-новому підходити до вже набутого досвіду організації роботи, вдосконалювати його, застосовувати нові форми взаємодії з територіальною громадою, опрацьовуючи спільні підходи і узгоджуючи дії під час вирішення актуальних завдань.

Тому, на нашу думку, перелік організаційних форм роботи органів місцевого самоврядування не може бути вичерпним в Законі України про місцеве самоврядування. Життя громад настільки багатогранне, що змушує постійно вести пошук нових організаційних форм роботи органів місцевого самоврядування з метою підвищення ефективності їх функціонування, а тому нормативно-правове закріплення переліку організаційних форм їх роботи не може стримувати подальший розвиток місцевого самоврядування.

Література:

1. Новий тлумачний словник української мови: у 3 т. / уклад. В. В. Яременко, О. М. Сліпушко. — 2-е вид. — К.: АКОНІТ, 2004. — Т. 3: П—Я. — 862 с.
2. Семко С. О. Організаційні форми роботи представницьких органів місцевого самоврядування в Україні: дис.... канд. юр. наук: 12.00.02 / Семко Світлана Олегівна. — Харків, 2011. — 237 с.
3. Державне будівництво та місцеве самоврядування в Україні / О. Н. Ярмаш, В. О. Серьогін [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://ukrkniga.org.ua/ukrkniga-text/681/13>
4. Фрицький О. Ф. Конституційне право України: підручник / О. Ф. Фрицький. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — 536 с.
5. Система государственного и муниципального управления: учебник / Под общ. ред. Г. В. Атаманчука. — М.: Изд-во РАГС, 2005. — 488 с.
6. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 року № 280 /97-ВР // Відомості

Верховної Ради України. — 1997. — № 24. — Ст. 170.

7. Барський В. Р. Нормотворчість представницьких органів місцевого самоврядування в Україні: дис.... канд. юр. наук: 12.00.02 / Барський Вадим Рудольфович // Одес. нац. юрид. акад. — Одеса, 2006. — 221 с.
8. Корнієнко М.І. Муніципальне право України. Концептуальні та організаційно-правові системи: навч. посібник / М.І. Корнієнко. — К.: Алерта, 2005. — 144 с.
9. Регламент роботи Чернігівської обласної ради [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.chernihiv-oblrada.gov.ua/>
10. Журба С. О. Сесії Верховної Ради України / С. О. Журба // Держава і право. Юридичні і політичні науки: зб. наук. пр. — К., 2005. — Вип. 30. — С. 223—230.
11. Проблеми функціонування місцевих рад та їх виконавчих органів: монографія / за ред. Ю. М. Тодики. — Х.: Право, 2009. — 540 с.
12. Задорожня Г. В. Постійні комісії представницьких органів місцевого самоврядування: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Задорожня Галина Володимирівна // Ін-т законодавства Верхов. Ради України. — К., 2006. — 224 с.

Шпак Ю. А. Понятие и виды организационных форм деятельности органов местного самоуправления

Аннотация. Анализируется понятие формы деятельности органов местного самоуправления, осуществляется классификация этих форм. Исследуется специфика организационно-правовых форм нормотворческой деятельности муниципальных органов в Украине.

Раскрываются особенности функционирования и законодательной регламентации таких организационных форм работы органов местного самоуправления, как сессии местных советов и заседания постоянных комиссий.

Ключевые слова: формы деятельности, организационно-правовые формы, сессия совета, пленарные заседания, заседания постоянных комиссий, решения совета, регламент местного совета.

Shpak Yu. Concept and types of organizational forms of activity of organs of local self-government

Summary. The article analyzes the concept of forms of local self-government, their classification, and especially specific legal forms by which and by standard-setting activities of municipal authorities in Ukraine.

Specific features of organizational forms of local government as local councils, meetings of standing committees, their regulation at the national and local legislation, and also attention is accented on necessity of improvement of the legal regulation of these organizational forms of self-governing organs in Ukraine.

Keywords: forms of activity, legal forms, board session, plenary sessions, meetings of standing committees, decision of advice, regulations of the local council.

АДМІНІСТРАТИВНЕ, ФІНАНСОВЕ,
ТРУДОВЕ ТА МИТНЕ ПРАВО

*Круглов В. А.,
д. ю. н., профессор,
профессор кафедры уголовного права и
процесса филиала РГСУ в г. Минске*

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИЯХ ОТРАСЛЕЙ «АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО» И «ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРАВО»

Аннотация. В статье рассматриваются проблемы, связанные с определением понятия «отрасль права» на примере административного и информационного права. Проведя исследования существующих точек зрения по данному вопросу, автор приходит к выводу, что под отраслью права необходимо понимать кодифицированную совокупность правовых норм, регулирующих определенную разновидность общественных отношений. Уяснение предложенного понятия даст новый импульс к проведению научных изысканий в области теории права и позволит ученым в дальнейшем более углубленно исследовать понятия «подотрасль права», «институт права» и внести соответствующие предложения по совершенствованию действующего законодательства.

Ключевые слова: административное право, информационное право, подотрасль права, институт права, правовая норма.

Постановка проблемы. В условиях бурного развития национального законодательства выделение самостоятельных отраслей права и новых научных направлений в юридической науке – закономерный процесс, который требует пересмотра некоторых, якобы устоявшихся, теоретических положений, в том числе касающихся дефиниции «отрасль права».

К отраслям права, наряду с другими отраслями, относят административное право и информационное право.

Анализ последних исследований. А. С. Пиголкин утверждает, что «критериями разделения права на отдельные отрасли выступают предмет и метод правового регулирования. Главным фактором, обуславливающим отличие одной отрасли права от другой, является предмет правового регулирования, т. е. качественно однородный вид общественных отношений, которые регулируются соответствующей отраслью права, их своеобразие» [1, 466-467].

Вместе с тем, наши исследования показывают, что метод правового регулирования никак не может быть критерием деления права на отрасли. Сколько бы мы не исследовали и не характеризовали какие-либо нормы с точки зрения метода правового регулирования, мы не сможем выделить их в самостоятельные отрасли права, даже если обосновать предмет правового регулирования. Например, существуют совокупности норм, регулирующих общественные отношения в сфере образования, здравоохранения (медицины), культуры, спорта, туризма и т. д., т. е. предмет право-

вого регулирования фактически существует. Но эти совокупности норм не являются самостоятельными отраслями права, сколько бы мы не характеризовали метод их правового регулирования [2, 11].

Справедливо отмечает Т. Н. Радько о том, что «дискуссии по поводу разграничения норм права по отраслям продолжаются в юридической литературе и до настоящего времени» [3, 397]. Наши исследования показывают, что наиболее теоретически обоснованные критерии разграничения права на отдельные отрасли определены В. Д. Сорокиным, который утверждает, что самостоятельной отраслью права «может рассматриваться лишь такая система норм, которая одновременно отвечает трем объективным признакам. Первый признак – «отрасль права должна иметь свой предмет, т. е. регулировать определенную систему общественных отношений, которые отличаются от других общественных отношений качественной характеристикой» [4, 11].

Изложение основного материала. Используя указанные критерии разграничения норм права на отрасли исследуем, являются ли административное право и информационное право отраслями права.

Анализ научных публикаций, раскрывающих определение понятия «административное право» позволяет сделать вывод, что многие ученые понимают под ним «отрасль права, регулиющую общественные отношения в сфере осуществления исполнительной власти (государственного управления), а так же внутриорганизационные отношения в аппаратах государственных органов, отношения, связанные с государственной службой, и отношения, связанные с осуществлением административной юрисдикции» [5, 36].

Российский ученый Л. Л. Попов констатирует, что «в современных условиях назначение административного права должно быть дополнено вторым и может быть, самым важным элементом. Административное право теперь все в большей мере призвано регулировать общественные отношения, возникающие между личностью и государством, между гражданами и органами исполнительной власти, обеспечивая реализацию, соблюдение и охрану прав и свобод граждан в сфере государственного управления, их защиту от возможного произвола, ущемления или ограничения этих прав и свобод со стороны государственного аппарата, того или иного государственного чиновника»

[6, 10]. Примерно такой же позиции придерживается и белорусский ученый А. Г. Тиковенко [7, 123].

В. И. Шабайлов указывает, что «предметом административного права являются нормы, регулирующие общественные отношения, складывающиеся в процессе осуществления исполнительной власти, государственной управленческой деятельности, установления и обеспечения реализации административно-правовых режимов (паспортного, правил противопожарной безопасности и др.), административно-правового статуса граждан и общественных организаций, охраны и защиты их прав, ответственности исполнительной власти перед обществом и гражданами» [8, 80].

В более поздних публикациях В. И. Шабайлов сужает понятие предмета административного права и отмечает, что «предметом административного права являются нормы, регулирующие общественные отношения, складывающиеся в процессе осуществления исполнительной власти, государственной управленческой деятельности» [9, 136] или что «предметом регулирования норм административного права являются общественные отношения, складывающиеся в сфере управленческой, исполнительной (и распорядительной) деятельности государства, а также вопросы публично-управленческого характера, возникающие в связи с осуществлением общественными и иными негосударственными объединениями (учреждениями) переданных функций государственного управления» [9, 140].

К предмету административного права ученые относят также общественные отношения, регулируемые материальными, процессуальными и исполнительными нормами об административных правонарушениях.

Как своевременно замечает Ю. Н. Старилов, «до настоящего времени еще не сделаны не только окончательные, но даже и промежуточные выводы по поводу предмета административного права» [10, 55], а ведь «определяющим компонентом всякой самостоятельной правовой отрасли, – справедливо указывает М. Я. Масленников, – является предмет правового регулирования» [11, 18].

Такое же положение с совокупностями норм информационного права.

В. А. Копылов констатирует, что «наиболее полным определением отрасли информационного права можно было бы считать следующее: информационное право – это «система социальных норм и отношений, охраняемых силой государства, возникающих в информационной сфере – сфере производства, преобразования и потребления информации. Основным предметом правового регулирования информационного права – информационные отношения, т. е. отношения, возникающие при осуществлении информационных процессов – процессов производства, сбора, обработки, накопления, хранения, поиска, передачи, распространения и потребления информации» [12, 6-7].

Не вдаваясь в длительную дискуссию, хочется отметить, что данное утверждение не бесспорно. Указанные нормы еще не представляют собой систему, и они регулируют не только отношения, возникающие, но и развивающиеся и прекращающиеся в информационной сфере.

Самостоятельной отраслью права, отмечает В. Д. Сорокин, «может рассматриваться лишь такая система норм, которая обладает определенной степенью внутренней организации, т. е. имеет такую систему, которая достигла бы уровня элемента системы права в целом» [4, 11]. Это второй объективный признак отрасли права.

Нормы, регулирующие общественные отношения в сфере государственного управления и в сфере оборота информации содержатся в достаточно большом количестве нормативных правовых актов и до настоящего времени такой определенной степенью внутренней организации, которая достигла бы уровня элемента системы права в целом, как например, в уголовном, гражданском, семейном, административно-деликтном праве не обладают.

В указанных отраслях права нормы, регулирующие общественные отношения в этих сферах систематизированы путем их кодификации.

Правильно утверждение О. А. Гаврилова, что «не решен и не решается вопрос о системе информационного права и размежевания с другими отраслями. Невозможно успешно решать и вопросы системы, не зная точно, что же входит в содержание этой отрасли (состав элементов). Большинство авторов относит к данной отрасли большое число федеральных законов, в которых есть достаточно большая информационная составляющая. Например, это закон о средствах массовой информации (основные его нормы) – это нормы конституционного права), закон о государственной тайне (основные его нормы – нормы о безопасности), закон о библиотечном деле (в основном, относится к законодательству о культуре) и т. д. В результате, объем информационного права разбухает до огромных размеров. Оптимальное решение вопроса – отнесение к источникам информационного права только части этих (и других подобных) актов [13, 24].

Мы поддерживаем мнение С. А. Анисимова, который в выступлении на конференции, посвященной актуальным проблемам информационного права, высказал «свое положительное отношение к идее информационного кодекса» [14, 34].

Самостоятельной отраслью права, указывает В. Д. Сорокин, «может рассматриваться лишь такая система норм, которая обладает способностью взаимодействовать не с отдельными группами норм отдельных отраслей права, а с отраслями в целом, т. е. с системами такой же степени организованности» [4, 11].

При рассмотрении указанного признака административного права как самостоятельной отрасли права, почти все авторы учебников по административному праву, как в России, так и в Беларуси, рассматривают взаимодействие норм, регулирующих общественные отношения в сфере государственного управления с другими отраслями права на примере норм об административных правонарушениях. Однако нами доказано что совокупности материальных, процессуальных и исполнительных норм об административных правонарушениях являются самостоятельными отраслями права, поэтому они соответственно и взаимодействуют с другими отраслями права как системами такой же степени организованности [15].

В административном праве выделяют совокупности норм, регулирующих общественные отношения в сфере образования, здравоохранения (медицины), культуры, спорта, туризма и т. д., т. е. предмет правового регулирования этих норм фактически определен. Возможно, со временем, указанные нормы разовьются до таких пределов, что будут отвечать всем объективным признакам самостоятельной отрасли права. Эти совокупности норм в последующем будут из административного права выделены в самостоятельные отрасли права и новые научные направления в юридических науках.

Говорить о взаимодействии норм информационного права с другими отраслями права как системами такой же степени организованности также преждевременно, так как в данном случае можно только говорить о взаимодействии норм, регулирующих общественные отношения в тех или иных сферах, в которых присутствует информация.

В информационном праве выделяют совокупности норм, регулирующих общественные отношения, которые именуют институтами. Так, В. А. Копылов отмечает, что «информационное право имеет свои собственные институты (институт массовой информации, институт документированной информации, институты информации ограниченного доступа) и использует хорошо известные институты права (например, институты интеллектуальной собственности)» [12, 8]. Возможно и эти, так называемые институты, в последующем будут из информационного права выделены в самостоятельные отрасли права и новые научные направления в юридических науках.

Таким образом, совокупность норм, относящихся к административному праву (регулирующих общественные отношения в сфере государственного управления) и к информационному праву (регулирующих общественные отношения в информационной сфере), не отвечают ни одному из объективных признаков, характеризующих их как отрасли права.

По нашему мнению, под отраслью права необходимо понимать, *кодифицированную* совокупность

правовых норм, регулирующих определенную разновидность общественных отношений.

Тем самым, в определении отрасли права будет содержаться два основных признака самостоятельной отрасли права:

- 1) предмет правового регулирования (определенная разновидность общественных отношений), и
- 2) степень внутренней организации этих норм, характеризующих их как систему права в целом (кодифицированная совокупность правовых норм).

Выводы. Уяснение предложенного нами понятия «отрасль права» даст новый импульс к проведению научных изысканий в области теории права и позволит ученым в дальнейшем более углубленно исследовать понятия «подотрасль права», «институт права» и внести соответствующие предложения по совершенствованию действующего законодательства.

Исходя из проведенных исследований, понятия «административное право» и «информационное право» в юридической науке в современный период их развития имеют только два основных значения: отрасль знания и учебная дисциплина.

Литература:

1. Теория государства и права: учебник / А. С. Пиголкин, А. Н. Головистиков, Ю. А. Дмитриев; под ред. А. С. Пиголкина, Ю. А. Дмитриева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Высшее образование, Юрайт-Издат, 2009. — С. 466—467.
2. Круглов В. А. Методы правового регулирования норм об административных правонарушениях / В. А. Круглов // Вестник Уральского института экономики, управления и права. — 2008. — № 2(3). — С. 11.
3. Радько Т. Н. Теория государства и права: учебник / Т. Н. Радько. — 2-е изд. — М.: Проспект, 2010. — С. 397.
4. Сорокин В. Д. Советское административно-процессуальное право: учеб.-метод. пособие / В. Д. Сорокин. — Л., 1976. — С. 11.
5. Административное право России. — М.: ТК Велби; Проспект, 2006. — С. 36.
6. Попов Л. Л. Размышления об административном праве / Л. Л. Попов // Административное право и административный процесс. — М.: Юрист, 2004. — С. 10.
7. Тиковенко А. Г. Задачи административного права в условиях формирования сильного эффективного правового государства / А. Г. Тиковенко // Актуальные проблемы совершенствования законодательства Республики Беларусь на современном этапе: материалы респ. науч.-практ. конф. Минск. 2 дек. 2005 г. — Минск: БГЭУ, 2005. — С. 123.
8. Основы права: учебн. / Л. М. Рябцев [и др.]; под общ. ред. Л. М. Рябцева, В. Г. Тихини, Г. Б. Шишко. — Минск: Интегралполиграф, 2008. — С. 80.
9. Основы права: учебник / Г. А. Василевич, А. В. Барков, Т. С. Бойко и др.; Под общ. ред. Г. Б. Шишко. — 3-е изд. перераб. и доп. — Минск: Амалфея, 2009. — С. 136.
10. Стариков Ю. Н. Административная реформа: способствует ли она совершенствованию административно-правового регулирования? Административное и административно-процессуальное право. Актуальные

- проблемы / Ю. Н. Стариков // Закон и право. — М., 2004. — С. 55.
11. Масленников М. Я. Административно-юрисдикционный процесс: Сущность и актуальные вопросы правоприменения по делам об административных правонарушениях: монография / М. Я. Масленников. — Воронеж, 1990. — С. 18.
 12. Доклад профессора Копылова В. А. // Труды по интеллектуальной собственности. — Т.2. Актуальные проблемы информационного права: материалы науч.-теор. конф. — М.: МГЮА, 2000. — С. 6 —7.
 13. Гаврилов О. А. Выступления в прениях / О. А. Гаврилов // Труды по интеллектуальной собственности. — Т.2. Актуальные проблемы информационного права: материалы науч.-теор. конф. — М.: МГЮА, 2000. — С. 24.
 14. Анисимов С. А. Выступления в прениях / С. А. Анисимов // Труды по интеллектуальной собственности. — Т. 2. Актуальные проблемы информационного права: материалы науч.-теор. конф. — М.: МГЮА, 2000. — С. 34.
 15. Круглов В. А. Три отрасли права — три составные части норм об административных правонарушениях: монография / В. А. Круглов. — М.: Изд-во деловой и учебной лит-ры, 2007.

Круглов В. О. До питання про поняття галузей «адміністративне право» та «інформаційне право»

Анотація. У статті розглядаються проблеми, пов'язані з визначенням поняття «галузь права» на прикладі адміністративного та інформаційного права.

Провівши дослідження існуючих точок зору з даного питання, автор приходять до висновку, що під галуззю права необхідно розуміти кодифіковану сукупність правових норм, що регулюють певний різновид суспільних відносин. З'ясування запропонованого поняття дасть новий імпульс до проведення наукових досліджень у галузі теорії права і дозволить вченим в подальшому більш поглиблено дослідити поняття «підгалузь права», «інститут права» та внести відповідні пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства.

Ключові слова: адміністративне право, інформаційне право, підгалузь права, інститут права, правова норма.

Kruglov V. About the notion of the branches of «administrative law» and «informational law»

Summary. The article discusses the problems associated with the definition of «branch of the law» on the example of administrative and informational law. After a study of the existing points of view on this issue, the author comes to the conclusion that under the branch of the law is necessary to understand, as codified body of law governing certain type of social relations. Clarification of the proposed concepts will give a new impulse to conduct scientific researches in the field of theory of law and allows scientists to further explore in more depth the concept of «sub law», «Institute of law» and introduce appropriate proposals for improving existing legislation.

Keywords: administrative law, information law, sub law, Institute of law, the legal norm.

*Голядова Т. О.,
к. ю. н., доцент кафедри
конституційного права та державного управління
Міжнародного гуманітарного університету*

ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОГО СТАНУ СВІТОВОЇ ФІНАНСОВОЇ СИСТЕМИ ТА ЇЇ ВПЛИВ НА ФІНАНСОВО-ЕКОНОМІЧНИЙ РОЗВИТОК УКРАЇНИ

Анотація. В статті проведено аналіз глобальних фінансово-економічних проблем розвитку держав світу і особливо світової кризи 2008-2009 рр. Сучасний розвиток фінансового сектору України, як і інших держав світу, відбувається на тлі масштабних трансформацій міжнародних фінансів, які розгортаються здебільшого навколо бюджетно-боргових проблем багатьох країн в умовах накопичених глобальних макроекономічних і макрофінансових дисбалансів. В умовах тривалого нерозв'язання боргових проблем єврозони та тісної пов'язаності вітчизняної економіки з європейською оцінка вразливості державних фінансів та потенціалу стабілізаційної бюджетної політики в умовах України набуває особливої актуальності.

Ключові слова: світова фінансова система, дефіцит бюджету, фінансово-економічна криза, платіжний баланс.

Постановка проблеми. Багато сучасних дослідників відзначають той факт, що раніше і до теперішнього часу у світі все частіше почали виникати фінансово-економічні кризи. Так, за оцінками аналітиків, відтоді і до середини 1990-х років вони мали місце у 80 країнах. У наступні роки відбулися східноазійська фінансова криза 1997 р., європейська валютна криза 1992 р., мексиканська облігаційна криза 1994 р., російська криза 1998 р. (що поширилася і на сусідні країни, зокрема на Україну), фінансова криза в Аргентині 2002 р., глобальне охолодження економіки 2001-2002 рр. і, нарешті, найбільш глибока з усіх перелічених – глобальна фінансово-економічна криза, що розпочалася у США в 2007 р., перекинулася на Європу й охопила у 2008-2009 рр. всі інші країни світу. Такі частота і нерівномірність виникнення фінансових криз роблять їх принципово відмінними від описаних ученими циклічних коливань і нестабільності, притаманних нормальному розвитку світової фінансово-економічної системи [2, 17]. На особливу увагу фінансові кризи заслуговують також через їх згубні системні наслідки для реальної економіки, а саме: економічну рецесію, масові банкрутства й безробіття, зростання інфляції, падіння доходів, платоспроможного попиту, відплив інвестицій, зниження рівня життя населення, істотне підвищення соціальної напруженості у суспільстві [5, 17].

Так, вже азійська фінансова криза продемонструвала, що, поза всіма сумнівами, міжнародна фінансова система в її сучасному вигляді не виконує своєї

історичної ролі із стимулювання реальної економічної активності, фінансування інвестицій у реальний сектор і створення основи для економічного зростання і збільшення зайнятості. Тому ще в 1998 р. було порушено питання про непридатність фінансової системи в її сучасному вигляді для цілей економічного зростання, про шкоду фінансової лібералізації та про необхідність переформатування світових фінансових інститутів для ефективнішого регулювання глобальної фінансової системи [3, 11].

Викладення основного матеріалу. Інституціональними особливостями сучасних фінансових ринків є те, що вони стимулюють спекулятивну діяльність щодо створення дедалі більших обсягів фінансових і грошових цінностей без одночасного створення доданої вартості; ціноутворення на фінансових ринках відірване від реального вартісного виміру активів; фінансові ринки здатні породжувати самопоширювані паніки і та ін. [7, 46-47].

Сучасний розвиток фінансового сектору України, як і інших держав світу, відбувається на тлі масштабних трансформацій міжнародних фінансів, які розгортаються здебільшого навколо бюджетно-боргових проблем багатьох країн в умовах накопичених глобальних макроекономічних і макрофінансових дисбалансів. Сьогодні урядами розглядаються радикальні заходи з реформування національних фінансових систем, спрямовані на зменшення негативного впливу міжнародного середовища, збереження соціально-економічної динаміки розвитку, забезпечення довгострокової фінансової стабілізації. Втім, слід визнати, що масштаби накопичених дисбалансів та високий ризик трансферу здатні істотно погіршувати результативність державного фінансового регулювання.

Із середини 2011 р. стабільність світової фінансової системи ще більше погіршилася, незважаючи на інтенсифікацію політичного діалогу щодо стримування боргової кризи, насамперед, країн єврозони, та розв'язання банківських проблем. Відтак найбільш впливові світові інституції (МВФ, Світовий банк та ін.) прогнозують уповільнення темпів зростання світової економіки. На думку провідних світових експертів, основні ризики для урядів багатьох держав у найближчі роки будуть пов'язані з проблемами рефінансування боргів державного та корпоративного

секторів економіки, а також подолання інших проявів кризових явищ.

Загалом нині у значній частині країн світу із розвиненою економікою державний борг перебуває на рекордному рівні, подальша потреба в позикових коштах залишається значною, а стан фінансових ринків – тривожним. Так, найвищим рівнем боргового навантаження станом на кінець 2011р. відзначалися такі країни: Японія – 229,8 % ВВП, Греція – 160,8 % ВВП, Італія – 120,1 % ВВП, Португалія – 106,8 % ВВП, Ірландія – 105 % ВВП, США – 102,9 % ВВП, Сінгапур – 100,8 % ВВП, Ісландія – 99,2 % ВВП, Бельгія – 98,5 % ВВП, Франція – 86,3 % ВВП, Канада – 85 % ВВП, Великобританія – 82 % ВВП, Німеччина – 81,5 % ВВП [8, 18-20].

В Україні, за даними МВФ, цей показник складає 36,5 % ВВП, але при цьому слід враховувати одну важливу особливість: за відсутності достовірного обліку боргу сектору загального державного управління в нашій країні фахівці МВФ для міжнародних порівнянь використали борг центрального уряду. Реальний же показник боргу з урахуванням усіх рівнів державного управління (включаючи місцеві борги та борги фондів соціального страхування) є істотно більшим і вже перевищив середній рівень для країн з ринками, що формуються. І хоча в Україні поки що відсутні проблеми з виконанням боргових зобов'язань, будь-які несприятливі чинники зовнішнього чи внутрішнього характеру (загострення боргової кризи в ЄС, погіршення фінансового стану вітчизняних банків, некерована девальвація гривні, істотне збільшення дефіциту бюджету, трансформація умовних зобов'язань держави в прямий борг тощо) можуть значно погіршити платоспроможність України та підірвати її фінансову стабільність [4, 6].

Глобальні фінансово-економічні проблеми розвитку держав світу і особливо світова криза 2008-2009 рр. – найбільш всеосяжна і глибока за часів Великої депресії – породила потужну хвилю досліджень, у ході яких автори намагаються знайти глибинні причини цих явищ, окреслити головні механізми поширення криз в умовах сучасної світової економіки. В одних працях головна увага зосереджується на помилках в економічній політиці та на перебоях у функціонуванні окремих фінансових інструментів, в інших – на накопичених структурних диспропорціях та критично важливих дисбалансах, які можуть обернутися кризою. Втім існує досить значна група дослідників, які спираються на вихідну тезу про загальносистемну неадекватність сучасного світового господарства, органічно пов'язану з кардинальними структурними і технологічними зрушеннями. Зокрема, у руслі останнього напрямку знаходиться здійснене на рубежі 2009-2010 рр. міжнародне дослідження «Моделі посткризового розвитку: глобальна війна або новий консенсус», організоване Інститутом посткризового світу (РФ), в якому брали участь 247 експертів з 53 країн

світу. Загальним висновком дослідження стала теза про те, що світ, по суті, вступив у фазу переходу, в якій нестабільність стає іманентною рисою розвитку, де будуть присутні як періоди прискорення докорінних системних змін з відповідним руйнуванням старих структур, так і етапи більш-менш врівноваженого еволюційного розвитку.

Отже, остання глобальна фінансово-економічна криза, наслідки якої світова економіка остаточно не подолала і досі, з усією гостротою порушила питання про причини дедалі більшої нестійкості економічної системи в цілому і про життєздатність фінансової системи світу в її сучасному вигляді зокрема, оскільки саме вона стала епіцентром таких кардинальних негативних явищ. Фінансові системи найбільш розвинених західних країн, які вважаються кровоносною системою всієї ринкової економіки, не тільки істотно постраждали від кризи, а й багато в чому самі сприяли її зародженню.

В цілому, світові тенденції фінансово-економічного розвитку є надзвичайно важливими для України, оскільки національна економіка нашої держави має удвічі вищий, ніж у середньому в світі, рівень залежності від світового господарства, що характеризується величиною зовнішньоекономічних потоків відносно ВВП.

В Україні фінансова криза, що розпочалася восени 2008 року з різкої девальвації гривні (на 60 % із жовтня по грудень), швидко переросла в масштабну фінансово-економічну кризу, яка характеризувалася особливою гостротою. У III кварталі того ж року відбулися обвальне падіння виробництва і попиту, масові звільнення, виникли проблеми з ліквідністю банків і фірм, «втечею» вкладників з банків, відплив іноземних інвестицій, затримка з оплатою боргових зобов'язань як фірмами, так і населенням. У результаті банківська система опинилася під загрозою повного розвалу, що змусило державу запровадити тимчасові адміністрації у 17 банках і в декілька з них здійснити фінансові вливання з бюджету для підвищення капіталізації та запобігання банкрутству. В цілому Україна постраждала від кризи 2008-2009 рр. набагато сильніше, ніж більшість інших країн світу [11, 5-7].

Висновки. Темпи розвитку української економіки та стабільність її фінансової системи і сьогодні значною мірою залежить від зовнішнього оточення. Так, у 2012 р. унаслідок уповільнення темпів розвитку світової економіки та загострення фінансових проблем у єврозоні в економіці України спостерігалися такі тенденції й процеси: формування значного дефіциту поточного рахунку платіжного балансу; зростання вартості ресурсів міжнародного ринку капіталів для уряду й корпоративних позичальників за наявності значних проблем у рефінансуванні існуючих боргів.

Фіскальну вразливість держави можна розглядати як ситуацію, у якій уряду не вдається досягти цілей бюджетно-податкової політики на макрорівні, зокре-

ма щодо уникнення надмірного дефіциту бюджету й державного боргу; управління сукупним попитом із використанням інструментарію бюджетно-податкової політики; мобілізацію доходів бюджету при утриманні розумних і стабільних податкових ставок.

Згідно Закону України «Про державний бюджет України на 2013 рік» від 06.12.2012 р. додатковий ресурс бюджету насамперед буде спрямований на вирішення ряду питань соціального характеру:

– підвищення пенсійного забезпечення – 18,7 млрд. гривень;

– виплату допомоги сім'ям з дітьми, малозабезпеченим сім'ям, інвалідам з дитинства і дітям-інвалідам та тимчасової допомоги дітям – 9,3 млрд. гривень;

– запровадження нових розмірів мінімальної заробітної плати, підвищення окладів працівникам бюджетних установ – 9,8 млрд. гривень (згідно ст. 8 Закону України «Про державний бюджет України на 2013 рік» від 06.12.2012 р.: установити у 2013 році мінімальну заробітну плату у місячному розмірі – з 1 січня – 1147 гривень, з 1 грудня – 1218 гривень) [1].

В аспекті позитивних тенденцій розвитку економіки в бюджеті 2013 року враховано:

1. Зниження ставки податку на прибуток з 21 % до 19 %, а для суб'єктів індустрії програмної продукції – до 5 %, що зменшить податкове навантаження на платників податків та сприятиме детінізації економіки.

2. Надання державою податкової соціальної пільги, що зменшить податкове навантаження на платників податків, у сумі 5 млрд. гривень.

3. Податковий кредит з податку на доходи фізичних осіб в сумі 179,5 млн. гривень, що надасть можливість відшкодувати громадянам витрати на навчання у закладах освіти, частину сплачених відсотків за іпотечним кредитом та інші витрати, передбачені Податковим Кодексом.

4. За рахунок дій податкових пільг та преференцій у 2013 році суб'єкти господарювання отримують додатковий фінансовий ресурс у розмірі понад 70,4 млрд. гривень.

Кризові чинники можуть пливати на стан державних фінансів України за такими основними напрямками:

– збільшення потреби в бюджетних ресурсах для підтримки системоутворюючих суб'єктів економіки, фінансування програм антикризового управління економікою й підтримки вразливих верств населення;

– звуження потенціалу зовнішнього й внутрішнього ринків позикових капіталів, що ускладнюватиме залучення нових позик державою з метою рефінансування наявних боргів, та істотне підвищення вартості нових запозичень.

Література:

1. Про державний бюджет України на 2013 рік: Закон України від 06.12.2012 р. № 5515-VI.
2. Артьомов Т.І. Методологічна анатомія глобальної фінансово-економічної кризи / Т.І. Артьомов // Економічна теорія. — 2011. — № 2. — С. 16-33.

3. Аттали Ж. Мировой экономической кризис: что дальше?: пер. с фр. / Ж. Аттали. — СПб: Питер, 2009. — 174 с.
4. Богдан Т. П. Стабілізаційна бюджетно-податкова політика та особливості її застосування в Україні / Т. П. Богдан, І. В. Богдан // Фінанси України. — К., 2012. — № 7. — С. 3-16.
5. Бураковський І. В. Глобальна фінансова криза: уроки для світу та України / І. В. Бураковський, О. В. Плотніков. — Х.: Фоліо, 2009. — 304 с.
6. Гальчинський А. С. Кризи і цикли світового розвитку / А. С. Гальчинський. — К.: АДЕФ — Україна, 2009. — 480 с.
7. Носова О. Про фундаментальні причини фінансових криз та життєздатність фінансових ринків в сучасній формі / О. Носова // Економіка України. — 2011. — № 4. — С. 45-55
8. Сіденко В. Модифікація світової економіки під впливом новітніх факторів глобальної трансформаційної кризи / В. Сіденко // Економіка України. — 2012. — № 5. — С. 18-29.
9. Сорос Дж. Первая волна мирового финансового кризиса. Промежуточные итоги. Новая парадигма финансовых рынков / Сорос Дж. — М.: Манн, Иванов и Фербер, 2010.
10. Стиглиц Дж. О реформе международной валютно-финансовой системы. Уроки глобального кризиса / Стиглиц Дж. — М.: Международные отношения, 2010.
11. Чухно А. Сучасна фінансово-економічна криза: природа, шляхи і методи її подолання / А. Чухно // Економіка України. — 2010. — № 1. — С. 4-18.

Голядова Т. А. Проблемы современного состояния мировой финансовой системы и ее влияние на финансово-экономическое развитие Украины

Аннотация. В статье проведен анализ глобальных финансово-экономических проблем развития государств мира и в особенности мировой кризис 2008-2009 гг. Современное развитие финансового сектора Украины, как и других государств мира, происходит на фоне масштабных трансформаций международных финансов, которые разворачиваются в основном вокруг бюджетно-долговых проблем многих стран в условиях накопленных глобальных макроэкономических и макрофинансовых дисбалансов. В условиях длительного нерешения долговых проблем еврозоны и тесной связанности отечественной экономики с европейской оценка уязвимости государственных финансов и потенциала стабилизационной бюджетной политики в условиях Украины приобретает особую актуальность.

Ключевые слова: мировая финансовая система, дефицит бюджета, финансово-экономический кризис, платежный баланс.

Golyadova T. Problems of the current state of the global financial system and its influence on economic and financial development of Ukraine

Summary. The article analyzed the global financial and economic development problems of the world and especially the global financial crisis of 2008-2009. Modern development of the financial sector of Ukraine, as well as other countries in the world, against a background of large-scale transformations of International Finance, which unfolds mostly around the budget and debt problems of many countries in terms of accumulated global macroeconomic and macro-financial imbalances. In the long failure to settle the debt problems of the eurozone and the domestic economy deeply entwined with European vulnerability assessment of public finances and potential stabilizing fiscal policy in Ukraine is of particular relevance.

Keywords: global financial system, the budget deficit, economic crisis, the balance of payments.

*Пузанова Г. Й.,
к. ю. н., доцент, докторант відділу проблем державного
управління та адміністративного права
Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України*

ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВНОЇ ПОЛІТИКИ ІНОЗЕМНОГО ІНВЕСТУВАННЯ

Анотація. Одним із напрямів міжнародних економічних відносин є іноземне інвестування, яке має особливості, пов'язані зі статусом іноземного інвестора, визначенням його видів та форм, особливостями правового регулювання та інше. Важливе значення для його розвитку має державна політика іноземного інвестування, зміст якої деталізується за допомогою функцій.

Ключові слова: теоретико-правове поняття функцій держави, підходи визначення функцій сучасної держави, функції державної політики іноземного інвестування, їх види та особливості.

Постановка проблеми. Серед численних актуальних теоретичних проблем державотворення, що потребують глибокого переосмислення і дослідження з урахуванням якісних змін на світовій арені, як підкреслює О. М. Андрусенко, важливе місце посідає питання визначення функцій для сучасної держави, при цьому він вказує, що в контексті глобалізаційних та численних інтеграційних процесів у сучасному світі, а також становлення засад інформаційного суспільства, не можна задовольнитися одним лише традиційним підходом у процесі дослідження функцій сучасної держави [1, 43].

Проблеми державного регулювання іноземного інвестування як одного з видів міжнародної економічної діяльності вимагають різнобічного дослідження, в тому числі і питань функцій державної політики іноземного інвестування (далі – ДПІ), форм реалізації функцій ДПІ, їх видів і та ін., що обумовлено необхідністю вдосконалення економічних процесів з метою, як підкреслює Т. Кравцова «...розвитку його в напрямі переходу до ринково регульованої економіки, цивілізованих ринкових відносин» [2, 45].

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Питання аналізу окремих видів функцій держави були предметом дослідження вчених України та зарубіжних країн: В. Авер'янова, А. Атаманчука, В. Афанасьєва, О. Бандурки, І. Бачило, Д. Бахраха, Ю. Битяка, М. Вебера, Е. Додіна, Ю. Козлова, Б. Курашвілі, Б. Лазарева, А. Лункова, В. Опришко, Н. Пахоменко, О. Прокопенко, В. Селиванова, В. Сіренко, П. Рабиновича, Ю. Тихомирова, В. Цветкова, Ю. Шемшученко, Ц. Ямпольської та ін., однак функцій ДПІ в них не розглядалися, що обумовлює актуальність даного дослідження.

Мета дослідження. В зв'язку з особливостями іноземного інвестування, як виду міжнародної

економічної діяльності, особливостями правового регулювання процесу іноземного інвестування, статусу іноземного інвестора та ін., автор має за мету окреслення понятійного змісту функцій ДПІ, з'ясування їх впливу на процес іноземного інвестування, визначення їх особливостей та видів.

Викладення основного матеріалу. Україна переживає один із найважливіших етапів розвитку своєї державності, правову основу якої визначає Конституція України [3]. Даний етап характеризується перехідним періодом здійснення корінних політичних, соціально-економічних і духовних перетворень й формування заснованих на ринковій економіці громадянського суспільства і демократичної соціальної правової держави, в якій людина, її права і свободи є найвищою цінністю. З виконанням цих завдань безпосередньо пов'язане зміна і розвиток функцій держави.

Ринкова реформа помітно обмежила межі і видозмінила механізм впливу держави на економічні відносини, створила умови для розвитку приватної власності, вільного підприємництва, розширення міжнародного економічного співробітництва та інше, що пов'язане з державною економічною політикою та її функціями.

Розуміння функцій державної політики іноземного інвестування пов'язано з теоретико-правовим поняттям функцій держави взагалі. Існують різні погляди на визначення функцій (від лат. *functio* – виконання, звершення, діяльність, обов'язок, робота, призначення [4, 901]), під якими розуміють стійкий спосіб активної взаємодії речей, при якому зміна одних об'єктів спричиняє зміну інших; роль, що виконується певним елементом соціальної системи для здійснення цілей та інтересів соціальних груп і класів; залежність між різними соціальними процесами, яка виражається у функціональній залежності змінних процесів; стандартизовану соціальну дію, що регулюється певними нормами і контролюється соціальними інститутами [5, 397].

О. М. Лоцихін зазначає, що у сучасних вітчизняних та зарубіжних наукових джерелах зустрічаються різні варіанти визначення та характеристика поняття функцій держави [6, 48]. Наприклад, О. Скакун визначає функції держави як головні напрямки та види діяльності держави, обумовлені її завданнями і цілями та такі, що характеризують її сутність

[7, 47-49]. В. А. Юсупов визначає, що функції за своєю сутністю є лише «потенційна можливість чи необхідність діяти певним чином у певних умовах» [8, 73]. В. Г. Вишняков підкреслює, що реально функція сама по собі існує, вона спостерігається в процесі конкретної цілеспрямованої діяльності, є не частиною діяльності, тобто матеріальним процесом, а лише напрямками цієї діяльності [9, 110].

Існує і такий аспект визначення функцій, так, на думку О. В. Петришина, М. В. Цвіка та інших, функції – це основні напрямки її діяльності, які виражають її сутність і соціальне призначення в галузі управління справами суспільства» [10, 68-79], тобто в даному визначенні, робиться акцент на управлінський аспект функцій держави, с чим можливо погодитися.

Г. В. Атаманчук зазначає, що аналіз суспільних функцій держави дає можливість побачити реальне буття держави. При цьому слід спиратися на точку зору законодавця [11, 75]. Необхідно вважати, що іноземне інвестування є різновидом господарської діяльності, яка є діяльністю іноземних інвесторів у сфері суспільного виробництва, що як закріплено у ст. 3 ГК України спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність (ст. 3 Господарського кодексу України) [12].

Крім того, функції держави визначається через її соціальне призначення, яке полягає у вирішенні певних завдань та досягненні цілей [13, 22-24].

В. Б. Авер'янов визначає, що до основних елементів змісту управлінської діяльності належать: а) цілі та завдання; б) функції; в) методи [14, 208]. Таким чином, функції слід розуміти як складові змісту управлінської діяльності, що відображають окремі напрями (види) цієї діяльності, охоплюючи відносно самостійні групи якісно однорідних дій керуючого суб'єкта.

Саме цільова спрямованість функцій управління – найважливіший критерій відмежування однією функції від іншої. Причому в даному випадку йдеться не взагалі про будь-які цілі (завдання), – адже їх у керуючих суб'єктів багато, і всі вони різні. Для виокремлення конкретних функцій вирішальне значення має тільки певний вид (група) цілей (завдань), що стоять перед керуючими суб'єктами.

На відміну від функцій, що визначають лише напрями діяльності держави в цілому та її інститутів, як зазначають С. В. Ківалов, Б. А. Кормич [15, 18], така категорія як державна політика визначає зміст цієї діяльності, способи її організації. Саме політика передбачає урахування та пов'язання інтересів держави з інтересами інших держав, соціальних груп та індивідів, та головне – визначення конкретного змісту та форм діяльності держави в тій чи іншій сфері.

Державна політика іноземного інвестування, як цілеспрямована діяльність органів державної вла-

ди, спрямована на вирішення економічних проблем, досягнення і реалізацію загальнодержавних цілей економічного розвитку суспільства або його окремих сфер, яка є засобом, який дає змогу державі досягти певних цілей, використовуючи правові, економічні та адміністративні методи впливу на іноземних інвесторів як суб'єктів інвестиційних відносин [16, 579].

На сучасному етапі розвитку України, однією з цілей державної економічної політики є залучення іноземних інвестицій, однак, дані цілі співвідносяться з такими цілями, як: захист національних інтересів та суверенітету держави, забезпечення екологічної безпеки, захист прав і законних інтересів громадян і т. п.

Іноземне інвестування – це вкладення іноземним інвестором у розташовані на території України об'єкти господарської та інших видів діяльності іноземних інвестицій з метою отримання прибутку, що здійснюється в межах спеціального правового режиму, складовими якого є гарантії захисту прав і законних інтересів іноземних інвесторів, реєстрація іноземних інвестицій, надання іноземним інвесторам пільг, встановлення низки обмежень та ін. [17, 337].

На нашу думку, першими з спеціальних функцій ДПП слід назвати функції, які містяться у самому визначенні іноземного інвестування, а саме: досягнення економічних і соціальних результатів, захист суспільних інтересів, одержання прибутку як мети цієї діяльності, створення організаційно-правових передумов, необхідних для функціонування ефективного іноземного інвестування.

В загальному розумінні, функції ДПП можна визначити як основні напрями діяльності державних органів, що виражають сутність і призначення державного управління іноземним інвестуванням. Функції ДПП встановлюються залежно від основних завдань, що стоять перед державою на тому чи іншому етапі розвитку, і являють собою засіб реалізації цих завдань.

Найбільш обґрунтованою для ДПП має бути класифікація функцій за визначальним критерієм – цільовою спрямованістю функцій, які відповідають цілям (завданням) ДПП:

- а) цілевстановлюючі функції – прогнозування, планування, програмування;
- б) ресурсозабезпечувальні функції – фінансування, стимулювання, кадрове забезпечення;
- в) організаційно-розпорядчі функції – керівництво, координація, організація, регулювання, нагляд, контроль.

Функціям управління економікою, як і управлінським функціям в інших сферах, властиві відповідні ознаки. Як вірно зазначає В. Опришко, функції державного управління є складовим елементом управлінської діяльності; вони є частиною державних функцій і здійснюються від імені держави відповідними органами виконавчої влади (посадовими особами); функції державного управління мають, як

правило, державно-владний характер і закріплюються в правовій формі; вони розподіляються між різними органами державної виконавчої влади і з урахуванням сфер, галузей, областей, територій і т. ін.; функції реалізуються через прямі та зворотні зв'язки між суб'єктами та об'єктами державного управління, розкривають процес їх взаємодії.

Тому функції ДППІ представляють собою господарсько-організаційну функцію держави, яку вона реалізує відносно іноземних інвесторів як суб'єктів іноземного інвестування. Причому В. Опришко дуже влучно зауважує, що якщо раніше держава як власник абсолютної більшості майна здійснювала через відповідну систему виконавчих органів управлінську діяльність, тобто здійснювала функції суб'єкта управління, то в перспективі ці функції наповнюються більш координуючим, регулятивним змістом і характером [18, 293-295]. Тобто абсолютно справедливо підкреслюється, що в процесі ринкової переорієнтації відбувається трансформація безпосередніх управлінських функцій в економічній сфері в функції регулювання. Іншими словами, імперативний, владний, директивний вплив держави у сфері економіки поступово замінюється регулятивними засобами та заходами. Таким чином, головними функціями ДППІ є регулятивна та охоронна.

Регулятивна функція виражається у впливі на суспільні відносини шляхом встановлення прав, обов'язків, заборон, обмежень для іноземних інвесторів, а також повноважень, компетенції суб'єктів управлінської діяльності. Наприклад, правовими нормами визначається поняття та види іноземних інвестицій, форми іноземного інвестування, порядок державної реєстрації іноземних інвестицій та ін. Охоронна функція проявляється в охороні суспільних прав та інтересів громадян України, держави, навколишнього середовища та ін.

Висновки. У літературі по-різному розуміється теоретичне поняття «функція», тому сьогодні не існує його загальноприйнятого визначення. Різний підхід науковців до визначення поняття управлінської функції, розбіжності у питанні їх систематизації – одна з головних причин існуючого стану осмислення цієї наукової категорії. Найявністю різних дефініцій відображає її складність, а складні явища з багатьма внутрішніми та зовнішніми зв'язками розкриваються шляхом різних характеристик з різноманітними визначеннями та відносинами. Враховуючи це, спробуємо сформулювати поняття функції ДППІ.

Більшість науковців особливий акцент робить на тому, що функції – це частини змісту управлінської діяльності. Розглянуті теоретичні підходи дають підстави для висновків про те, що функції ДППІ:

- обумовлені цілями (завданнями) державної діяльності;
- мають об'єктивний характер;

- є складовими змісту ДППІ, тобто цілеспрямованої державно-управлінської діяльності держави;
- є відносно самостійними та однорідними;
- безпосередньо виражають владно-організуючу сутність виконавчої влади;
- реалізуються в процесі державно-управлінських відносин (взаємодія суб'єкта та об'єкта);
- спрямовані на забезпечення життєво необхідних потреб об'єкта управління.

На основі цього можна дати таке визначення функцій ДППІ. Функції ДППІ – це складові змісту управлінської діяльності, що характеризуються певною самостійністю, однорідністю, складністю та стабільністю владно-організуючого впливу державних органів в процесі реалізації ДППІ та спрямовані на забезпечення прав та законних інтересів іноземних інвесторів при здійсненні іноземного інвестування на території України. Це визначення досить повно охоплює всі необхідні та суттєві ознаки функцій ДППІ.

Функції ДППІ – це специфічні за предметом, змістом і засобом забезпечення управляючі впливи держави на іноземних інвесторів. Вони тісно пов'язані з суспільними функціями держави і відображають способи здійснення останніх. Функції ДППІ показують, як, якими способами, у процесі яких взаємозв'язків із суспільством їх здійснює держава.

Література:

1. Андрусенко О. М. До питання про зовнішні функції сучасної держави / О. М. Андрусенко // Наукові записки. – Том 53. – Юридичні науки. – 2006. – С. 43-46.
2. Кравцова Т. Правові форми державного регулювання у сфері підприємницької діяльності / Т. Кравцова // Право України. – 2001. – № 12. – С. 45-47.
3. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
4. Словник іншомовних слів / За ред. О. С. Мельничука. – К., 1985. – 968 с.
5. Социологический энциклопедический словарь: на русском, английском, немецком, французском и чешском языках / Ред. Г. В. Осипов. – М., 1998. – 488 с.
6. Лоцихін О. М. Функції сучасної держави / О. М. Лоцихін // Альманах права. Право розуміння та право реалізація: від теорії до практики. Науково-практичний юридичний журнал. – Вип. 2. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2011. – 316 с.
7. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підручник / О. Ф. Скакун. – Х., 2001. – 656 с.
8. Юсупов В. А. Право и советское государственное управление. Административно-правовой аспект проблемы / В. А. Юсупов. – Казань: Изд-во Казанського ун-та, 1976. – 263 с.
9. Вишняков В. Г. Структура і штати органів советського державного управління / В. Г. Вишняков. – М.: Наука, 1972. – 278 с.
10. Загальна теорія держави і права: підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін.; За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х., 2002. – 432 с.

11. Атаманчук Г. В. Теория государственного і управління / Г. В. Атаманчук. — М., 2005. — 584 с.
12. Господарський кодекс: Закон України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, 19-20, 21-22. — Ст. 144.
13. Каск Л. И. К вопросу о функциях государства / Л. И. Каск // Вопросы современного развития советской юридической науки: тезисы докладов научной конф., посвященной 50-летию советского государства и права (г. Ленинград, 5-7 июня 1968 г.) / отв. ред.: Н. С. Алексеев, С. А. Домакин, Л. С. Явич. — Ленинград: Изд-во Ленинградского ун-та, 1968. — С. 22-24.
14. Авер'янов В. Б. Управлінські категорії в адміністративно-процесуальному законодавстві: проблеми тлумачення і використання / В. Б. Авер'янов // Правова держава. — 2009. — Вип. 20. — С. 203-211.
15. Ківалов С. В., Кормич Б. А. Митна політика України: підручник / С. В. Ківалов, С. В. Кормич. — Одеса: Юридична література, 2002. — 256 с.
16. Пузанова Г. Й. Поняття державної політики іноземного інвестування / Г. Й. Пузанова // Митна справа. — 2001. — № 5. — Частина 2. — С. 575-579.
17. Вінник О. М. Інвестиційне право: навчальний посібник / О. М. Вінник. — 2-ге вид., перероб. та доп. — К.: Правова єдність, 2009. — 616 с.
18. Опришко В. Ф. Загальна характеристика державного управління економікою та його правові засади / В. Ф. Опришко, В. П. Нагребельний, Г. Й. Пузанова // Державне управління: теорія і практика / За ред. В. Б. Авер'янова. — К., 1998. — 432 с.

Пузанова Г. И. Функции государственной политики иностранного инвестирования

Аннотация. Одним из направлений международных экономических отношений является иностранное инвестирование, которое имеет особенности, связанные со статусом иностранного инвестора, определением его видов и форм, особенностями правового регулирования и прочее. Важное значение для его развития имеет государственная политика иностранного инвестирования, содержание которой детализируется с помощью функций.

Ключевые слова: теоретико-правовое понятие функций государства, подходы определения функций современного государства, функции государственной политики иностранного инвестирования, их виды и особенности.

Puzanova G. Functions of the state foreign policy investment

Summary. One indirection of international economical relations is foreign investment, which has your features related with the status of foreign investor; it's the types and forms, peculiarities of legal regulation and so on. The important for it's development has public policy of foreign investment, the content of which is refined with the use of a function.

Keywords: theoretical-legal concept of the state functions, and approaches for the identification of functions of the modern state, the functions of public policy of foreign investment, their types and features.

Серих О. В.,
к. ю. н., доцент кафедри господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету

МОРАЛЬНО-ЕТИЧНІ АСПЕКТИ ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПРАЦІВНИКА МИТНИЦІ

Анотація. Стаття присвячена висвітленню морально-етичних аспектів діяльності працівників митниці. Розглянуто особливості професійної діяльності митника. Охарактеризовано правові засади професійної діяльності працівників митниці. Акцентується увага на підвищенні рівня правових знань і правової культури службовців митниці. Зосереджено увагу на виховній діяльності у митних органах. Доведено, що призначенням професійної етики є дослідження конфліктних форм поведінки. Зроблено висновок, що неухильне дотримання морально-етичних принципів і норм є важливим чинником якісного виконання працівником митниці службових завдань, необхідною умовою суспільної довіри та підтримки діяльності Міністерства доходів і зборів України

Ключові слова: етика, мораль, Міністерство доходів і зборів України, посадова особа, професійна етика, професійна діяльність, митник, митниця.

Постановка проблеми. В умовах приведення митного законодавства України у відповідність до міжнародних норм та реформування митної служби України морально-етичні аспекти професійної діяльності працівників митниць набувають все більшої актуальності. Системні перетворення, що відбуваються зараз в митних та податкових органах України у зв'язку з утворенням Указом Президента України від 24.12.2012 р. № 726 /2012 «Про деякі заходи з оптимізації системи центральних органів виконавчої влади» [1] нового Міністерства доходів і зборів України (далі – Міндоходів України) шляхом реорганізації Державної податкової служби України і Державної митної служби України актуалізують питання підвищення рівня професійної компетентності, моральних якостей, формування професійної культури працівників новоствореного Міністерства. Формування управлінського апарату Міндоходів України неможливо без урахування критеріїв професіоналізму, усвідомлення моральної сутності професії, дотримання етичних вимог у службовій та позаслужбовій діяльності працівниками Міністерства, від якого в майбутньому залежить ефективність захисту державних інтересів.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Проблема професійної етики, дослідження її специфіки в окремих видах професійної діяльності займалися такі вчені як: Т. Г. Аболіна, О. М. Бандурка, В. П. Бралаган, Г. В. Гребеньков, Л. В. Гуцаленко, О. І. Денищик, Н. Г. Здирко, Б. К. Левківський, В. О. Лозовой, К. Ф. Луганський,

О. О. Краснікова, Н. Р. Нижник, О. В. Петришин, А. А. Солоніцина, Д. П. Фіолевський, І. І. Чернокозов, М. М. Шувалов та інші. Морально-етичних засад діяльності працівників митної служби та соціально-психологічних особливостей їх професії торкалися у своїх працях А. Д. Войцешук, Є. В. Додін, Ю. М. Дьомін, І. Г. Калетнік, С. В. Ківалов, І. Н. Колобова, О. С. Нагорічна, Г. В. Поташнікова, В. В. Прокopenко, Н. С. Тимченко та інші. Окремі аспекти формування моральних якостей особистості працівників митних органів знайшли відображення в роботах, де розглядаються професійна підготовка й виховання митників (Н. А. Липовська, О. А. Панченко, О. П. Корольов), їх психологічні особливості (Ю. С. Іванченко, В. В. Немирич), соціально-психологічна компетентність митників (О. В. Сафронова).

Незважаючи на достатню розробленість проблем професійної етики та ґрунтовність досліджень професійної етики митника, в умовах реформування митної служби України та створення Міндоходів України як ефективного органу державної влади, діяльність якого здійснюється на засадах професійності, справедливості, неупередженості, постає необхідність ще раз звернутися до морально-етичних засад діяльності працівників митних органів та розглянути найважливіші питання професійної етики митника.

Тому **метою** статті є висвітлення морально-етичних аспектів діяльності працівників митниць.

Викладення основного матеріалу. Термін «*етика*» походить від давньогрецького «*ēthos*», яке ще в Гомера означало місце перебування, спільне житло. Згодом, однак, у слові *етос* почало переважати інше значення: звичай, вдача, характер. Античні філософи використовували його для позначення усталеного характеру того або іншого явища.

У творах давньогрецького філософа Аристотеля використовувались два терміни, похідні від слова *етос*: *ēthikos* (етичний) і *ēthika* (етика). Термін *етичний* потрібний був мислителю для позначення чеснот, що стосуються людської вдачі, характеру, на відміну від чеснот, пов'язаних з мисленням, розумом людини. Що ж до науки – галузі пізнання, котра вивчає власне етичні чесноти, досліджує, яка людська вдача є найдосконалішою, – то таку науку Аристотель або його найближчі учні й назвали етикою. Отже, у IV ст. до

н. е. етична наука дістала таку назву, якою іменується й по сей день.

Щодо походження терміну «мораль», то в латині здавна існувало слово *mos*, яке, подібно до *etosa*, означало характер, вдачу, звичай; разом із тим, воно мало й значення припису, правила. Маючи на увазі цей комплекс значень, відомий римський оратор, політичний діяч, мислитель Марк Тулій Цицерон утворює від іменника *mos* прикметник *moralis*, який означає «той, що стосується вдачі, характеру, звичаїв». Услід за Цицероном цей неологізм використовує Сенека старший, інші римські письменники й філософи, а вже в IV ст. н. е. виникає термін *moralitas* – мораль.

З часом поняття *етика* й *мораль* стали загальнопоширеними. При цьому термін *етика* зберіг своє первісне аристотелівське значення і досі позначає головним чином науку. Під *мораллю* ж розуміють переважно предмет науки етики, реальне явище, що нею вивчається [2; 15, 17]. Втім, у повсякденному слововжитку даної відмінності дотримуються не завжди, оскільки між мораллю як реальним явищем і етикою як наукою про нього по суті не існує чіткої межі. Коли йдеться, зокрема, про етику лікаря, вченого, суддівську етику, етику адвоката та ін., то мають на увазі певні принципи поведінки лікаря, вченого, судді, адвоката тощо; засуджуються ті чи інші їх вчинки, вислови за їхню «неетичність».

Окремі аспекти етичної поведінки митника, у тому числі з питань митної справи, специфічні моральні вимоги, норми і принципи щодо працівників митних органів України врегульовано низкою нормативно-правових актів, тобто можна визначити правові джерела етичної поведінки працівників митниць. Нормативними актами, що визначають основу професійної підготовки фахівців митних органів є: Конституція України [3], Митний кодекс України (далі – МК України) [4], Закон України «Про державну службу» [5], Дисциплінарний статут митної служби України [6], Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» [7], Закон України «Про правила етичної поведінки» від 17 травня 2012 р. [8], Загальні правила поведінки державного службовця [9], Правила етики поведінки посадових осіб митної служби України [10] та інші нормативно-правові акти.

Так, наприклад, статтею 8 МК України від 13.03.2012 р. одним із принципів здійснення державної митної справи визнано принцип «заохочення доброчесності». В. В. Прокопенко і Т.І. Осінь, коментуючи закладені у ст. 8 МК України принципи здійснення державної митної справи, зазначають, що за допомогою принципу доброчесності закон окреслює тип правомірної поведінки суб'єктів митних правовідносин, який передбачає не лише відсутність правопорушення, а й сумлінне, належне, взірцеве виконання норм закону. Тож під доброчесністю автори розуміють «сумлінне виконання формальних обов'язків відповідними орга-

нами (посадовими особами), основними складовими яких є порядність та відсутність недбалості відносно можливих негативних наслідків» [11, 17-18].

До міжнародно-правових актів щодо професійної діяльності державних службовців належать: Конвенція ООН проти корупції, підписана від імені України 11.12.2003 р. у м. Меріда (Мексиканські Сполучені Штати) та ратифікована Законом України від 18.10.2006 р.; Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією, підписана від імені України 27.01.1999 р. у м. Стразбурзі та ратифікована Законом України від 18.10.2006 р., Міжнародний кодекс поведінки державних посадових осіб, прийнятий Резолюцією 51 /59 Генеральної Асамблеї ООН 12.12.1996 р., Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку, прийнятий Резолюцією 34 /169 Генеральної Асамблеї ООН 17.12.1979 р.

В травні 2000 року Кабінет Міністрів Ради Європи схвалив Рекомендацію Європейським країнам № R (2000)10 «Про кодекси поведінки для державних службовців», відповідно до якої Комітет Міністрів, будучи впевненим, що зосередження уваги суспільства і підвищення етичних цінностей є важливими засобами у попередженні корупції, рекомендує урядам всіх країн сприяти прийняттю національних кодексів поведінки, керуючись при цьому Модельним кодексом поведінки державних службовців країн Ради Європи.

Варта уваги Рекомендація Ради Організації економічного співробітництва і розвитку по покращенню етики поведінки на державній службі, прийнята 23.04.1998 р., яка встановлює, що етичні норми для державної служби мають бути чіткими і зрозумілими.

Митник – це обличчя держави, і саме цього принципу повинен дотримуватися кожен, хто працює в митниці Міндоходів України, – будь то посадова особа, чи інший працівник, – як у професійній діяльності, так і в повсякденному житті.

Працівники митних органів відносяться до державних службовців і за особливостями своєї професійної діяльності несуть велику матеріально-юридичну відповідальність за свої професійні рішення [12, 278].

Н. С. Тимченко у дисертації на тему «Формування професійно-етичних якостей майбутніх службовців-митників» визначила поняття «професійна етика службових осіб митних органів» як галузь етичної науки, що вивчає як застосування загальних норм моралі, моральності в діяльності та повсякденній поведінці службових осіб митних органів, так і особливих норм професійної моралі, що виникають та втілюються тільки у даній професійній групі (підгрупах) [13]. Щодо професійно-етичних якостей службовців-митників, то авторкою виокремлено найвагоміші для цієї професії: громадянськість, толерантність, відповідальність, вимогливість до себе й інших, людяність, сумлінність та інші.

Особливе значення у професійній етиці митника має надання рекомендацій щодо підвищення рівня правової культури службовців митної служби України. Особливості правової культури представників митної служби, як вважає Ю. М. Дьомін, полягають у підвищенні вимог до професійних і особових якостей службовців, підвищенні відповідальності посадові особи за порушення прав громадян та юридичних осіб, забезпеченні дотримання законів держави, посиленні контролю за виконанням державними службовцями посадових обов'язків. Особливе значення відводиться правовим засобам дії на «внутрішній правопорядок» службовця митних органів – визначення суб'єктивних прав і обов'язків, гарантій і обмежень, пільг і заборон, заохочень і стягнень [14, 278].

Підвищення рівня правових знань і правової культури посадових осіб митних органів та їх професійного рівня необхідно здійснювати на основі проведення навчально-методичної роботи (курси, семінари, обмін досвідом, професійна атестація, підвищення кваліфікації).

Важливе значення у вирішенні питань професійно-етичної підготовки митників мають заходи виховної дії, покликані підвищити професіоналізм працівників митної служби України. Доречно згадати статтю О. П. Корольова, присвячену проблемі виховної діяльності у митних органах. Під виховною діяльністю в митних органах автор розуміє систему цілеспрямованого психолого-педагогічного впливу на свідомість, відчуття і поведінку працівника з максимальним урахуванням особливостей його особистості. Головною метою виховної діяльності є формування у працівників високого рівня професіоналізму. Основними завданнями виховної діяльності в Держмитслужбі є: якісне поліпшення відбору громадян для роботи в митних органах; виявлення і розвиток професійного потенціалу працівників митних органів, реалізація їх здібностей у професійній діяльності; формування стійкого інтересу до обраної спеціальності; оптимальний вибір форм, методів, прийомів і засобів виховної діяльності, правильне застосування їх у повсякденному житті з урахуванням позитивного досвіду; створення необхідних умов для ефективної і цілеспрямованої виховної діяльності працівників митних органів [15]. На думку вчених, що займаються психологічними питаннями підвищення професійного рівня працівників митних органів, роботу митників можна вважати екстремальним видом діяльності, що обумовлено постійною дією емоційних чинників. Під емоційними чинниками слід розуміти не тільки дефіцит часу, протидію зацікавлених осіб, інтелектуальні переваження, пов'язані з надлишком або дефіцитом інформації, але й постійну підвищену службу і моральну відповідальність за ухвалені рішення [16, 4]. А психічна реакція людини на екстремальні умови може

надовго позбавити людину здібності до раціональних вчинків та дій [17, 211–212].

Багато правопорушень, у тому числі у митній сфері, пов'язано з невмінням соціально адаптовано виходити зі складної, напруженої ситуації. Невирішені тривалі конфлікти можуть викликати у людини невір'я в дієвість існуючих правових норм, недовіру до влади, цинізм тощо. Соціально адаптовані виходи з гострих, конфліктних ситуацій, що мають місце при переміщенні громадянами товарів, предметів, транспортних засобів через митний кордон України вимагають відповідної етичної культури, володіння відповідними уміннями, гнучкості позицій як з боку громадян, так і з боку працівників митниці, що здійснюють митний контроль.

Отже, можна дійти висновку, що призначенням професійної етики митників є також дослідження конфліктних форм поведінки, і в зв'язку з цим – розкриття засобів розв'язання конфліктів, які мають місце у рамках цієї професії та розробка практичних рекомендацій з урахуванням конкретних історичних умов і суспільних завдань.

Варто підкреслити, що ефективну роботу в критичній ситуації визначають не лише стаж роботи у митних органах, знання працівником митниці норм митного законодавства, а й вміння адаптуватися у конфліктній ситуації й успішно виходити з неї.

Професійна митна етика покликана надати рекомендації щодо розкриття причин деформації морально-професійної свідомості, шляхів, методів її викорінення.

Висновки. Неухильне дотримання морально-етичних принципів і норм є важливим чинником якісного виконання працівником митниці службових завдань, необхідною умовою суспільної довіри та підтримки діяльності Міндоходів України. Перспективи подальших розвідок у цьому напрямі вбачаються у розробці морально-етичного кодексу поведінки митника (працівника Міндоходів України), що сприятиме покращенню репутації не лише митниці, а й держави в цілому.

Література:

1. Про деякі заходи з оптимізації системи центральних органів виконавчої влади: Указ Президента України від 24.12.2012 р. № 726 /2012 // Урядовий кур'єр від 25.12.2012 р. — № 238.
2. Малахов В. А. Етика: курс лекцій: навч. посіб. / В. А. Малахов. — 3-тє вид. — К.: Либідь, 2001. — 384 с.
3. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
4. Митний кодекс України від 13.03.2012 р. // Офіційний вісник України. — 2012. — № 32. — Ст. 1175.
5. Про державну службу: Закон України від 16.12.1993 р. № 3723-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 52. — Ст. 490.
6. Про Дисциплінарний статут митної служби України: Закон України від 06.09.2005 р. № 2805-IV // Офіційний вісник України. — 2005. — № 39. — Ст. 2428.

7. Про засади запобігання і протидії корупції: Закон України від 07.04.2011 № 3206-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 40. — Ст. 404.
8. Про правила етичної поведінки: Закон України від 17.05.2012 р. № 4722-VI // Голос України від 12.06.2012 р. — № 106.
9. Загальні правила поведінки державного службовця: затв. Наказом Головного управління державної служби України від 04.08.2010 р. № 214 // Офіційний вісник України. — № 90. — С. 211.
10. Правила етики поведінки посадових осіб митної служби України: затв. Наказом Державної митної служби України від 16.11.2009 р. № 1097 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.customs.gov.ua/dmsu/control/uk/publish/article?art_id=1573609
11. Прокопенко В. В. Реформування митного законодавства України необхідно починати з основ / В. В. Прокопенко, Т.І. Осінь // Митна справа. — 2012. — № 1 (79). — С. 11-19.
12. Іванченко Ю. С. Особливості формування якостей особистості у митників пасажирського і вантажного відділів митниці / Ю. С. Іванченко [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://pucz.edu.ua/sciencearchive>. — С. 96-102.
13. Тимченко Н. С. Формування професійно-етичних якостей майбутніх службовців-митників: автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. пед. наук: 13.00.04 / Н. С. Тимченко // Центр. ін-т післядиплом. пед. освіти АПН України. — К., 2003. — 20 с.
14. Демин Ю. М. Таможенный контроль в Украине (Bibliotheca Studiorum): монографія / Ю. М. Демин. — К.: Преса України, 2004. — 542 с.
15. Королев О. П. Актуальные проблемы воспитательной деятельности в Государственной таможенной службе Украины / О. П. Королев // Митна справа. — 2003. — № 2. — С. 43 —46.
16. Паньков А.І. До питання підвищення професійного рівня працівників митних органів в Україні: психологічні аспекти / А.І. Паньков, С. М. Стременовський // Митна справа. — № 2. — 2003. — С. 3 —8.
17. Александровский Ю. Психогении в экстремальных ситуациях / сост. А. Е. Тарас, К. В. Сельченко // Психология экстремальных ситуаций: хрестоматия. — М.: АСТ, 2000. — С. 154 —212.

Серых Е. В. Морально-этические аспекты деятельности работника таможи

Аннотация. Статья посвящена освещению морально-этических аспектов деятельности работников таможи. Рассмотрены особенности профессиональной деятельности таможенника. Охарактеризованы правовые основы профессиональной деятельности работников таможи. Акцентируется внимание на повышении уровня правовых знаний и правовой культуры служащих таможи. Сосредоточено внимание на воспитательной деятельности в таможенных органах. Доказано, что назначением профессиональной этики является исследование конфликтных форм поведения. Сделан вывод, что неуклонное соблюдение морально-этических принципов и норм является важным фактором качественного выполнения работником таможи служебных задач, необходимым условием общественного доверия и поддержки деятельности Министерства доходов и сборов Украины.

Ключевые слова: этика, мораль, Министерство доходов и сборов Украины, должностное лицо, профессиональная этика, профессиональная деятельность, таможенник, таможня.

Serykh E. The moral-ethical aspects of activity of customs officers

Summary. The article is devoted to coverage of the moral-ethical aspects of the activities of customs officers. The features of professional activity of customs officials are considered. Legal basis of professional activity of workers of customs are described. The focus is on raising the level of legal knowledge and legal culture of customs officials. Focus on educational activity in customs authorities. It is proved that the appointment of professional ethics is the study of conflict behaviour. Concluded that adherence to moral-ethical principles and standards is an important factor of qualitative performance of the customs officer official tasks, a necessary condition of public trust and support to the activities of the Ministry of revenues and duties of Ukraine.

Keywords: ethics, moral, Ministry of revenues and duties of Ukraine, public official, professional ethics, professional activity, customs official, customs.

*Бориченко К. В.,
аспірантка кафедри трудового права та
права соціального забезпечення НУ «Одеська юридична академія»*

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА ПРО СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ СІМЕЙ З ДІТЬМИ

Анотація. У статті досліджено етапи становлення та розвитку правового регулювання соціального захисту сімей з дітьми. Зроблено висновок про великий масив законодавчого забезпечення реалізації державної політики у сфері забезпечення сім'ям з дітьми реалізації їх права на соціальний захист та необхідність вироблення концепції подальшого реформування законодавства у сфері соціального захисту сімей з дітьми.

Ключові слова: соціальний захист, сім'я з дітьми, нормативно-правовий акт, правове регулювання.

Постановка проблеми. Відповідно до ст. 51 Конституції України сім'я, дитинство, материнство та батьківство охороняються державою. Закріплені у Основному законі напрямки діяльності держави є загальнонаціональними пріоритетами. У зв'язку з цим, відповідно до окресленого стратегічного курсу, важливим складником державної політики у сфері соціально-правового захисту населення є законодавче забезпечення прав сімей з дітьми, оскільки саме йому належить пріоритетне значення у регулюванні суспільних відносин, що виникають у процесі реалізації суб'єктами права на соціальний захист.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Проблема законодавчого забезпечення реалізації права особи на соціальний захист неодноразово була об'єктом досліджень таких науковців, як С. М. Прилипко, І. С. Ярошенко, І. М. Сирота, Н. Б. Болотіна, О. Ф. Чернишова, О. Г. Азарова, М. Л. Захаров, Е. Г. Тучкова, О.Є. Мачульська та ін., проте комплексного аналізу законодавства у сфері соціального захисту сімей з дітьми в історичному аспекті проведено до цього часу не було.

У зв'язку з цим, **метою статті** є аналіз становлення законодавства про соціальний захист сімей з дітьми та його сучасного стану, що дозволить виявити закономірності, спрогнозувати подальший розвиток, а також виробити рекомендації для його вдосконалення.

Викладення основного матеріалу. Забезпечення реалізації соціальних прав сімей з дітьми тісно пов'язане зі ставленням до дитини як до соціального суб'єкта. Ще до IV ст. н. е. дитина вважалася нижчим, лише економічно вигідним, створінням, повністю залежним від дорослих. І тільки близько 390 р. вбивство дитини стали вважати злочином, прирівнюючи його до вбивства дорослої людини. Саме у цей період формуються основи соціального захисту матері та дитини, а згодом і всієї сім'ї.

Однак, про зародження законодавства у сфері соціального захисту сімей з дітьми можна говорити лише починаючи з IX ст., коли у слов'ян формується християнська концепція допомоги у формі милостині, суб'єктами якої стали хворі, жебраки, вдови та сироти. У цей період на території сучасної України з'являються перші нормативні акти, що регулювали надання підтримки вразливим верствам населення. Так, І статут князя Володимира 996 р. закріпив обов'язок духовенства здійснювати громадське благодійництво, визначив десятину (1/10) від княжих доходів, яка передавалась на утримання монастирів, церков, богаділень і лікарень. У «Русской Правде» Ярослава Мудрого, крім статей кримінального характеру, велику увагу приділено також захисту дітей.

Таким чином, перший етап (поч. IX ст. – XIV ст.) становлення правового регулювання соціального захисту сімей з дітьми характеризувався епізодичністю, відсутністю нормативно закріпленої системи органів у сфері надання соціального захисту, обмеженістю суб'єктів, які мали право на отримання такого роду підтримки.

З поступовим розвитком суспільства у XIV – першій половині XVII ст., поряд з монастирською системою підтримки знедолених, з'являється державна система допомоги та перші прояви світської благодійності [1, 298].

У зв'язку з цим, можна говорити про початок другого етапу (XIV ст. – поч. XX ст.) у розвитку правового регулювання соціального захисту сімей з дітьми. У цей час землі сучасної України були територіально роздроблені та перебували під владою Литви, Польщі та Росії. У зв'язку з цим правове регулювання соціального захисту сімей з дітьми мало свої особливості в залежності від території.

Так, нормативна база соціальної підтримки дітей та їх сімей на території Литовської та Польської держави характеризувалась привілейованістю дітей знатних верств населення, «звичайні» сім'ї з дітьми залишались поза увагою громади. Ще однією особливістю Литовських статутів є відсутність у них обов'язку держави здійснювати соціальний захист сімей з дітьми, ця сфера суспільних відносин була віднесена до компетенції православних громадських об'єднань.

Що стосується земель України, які перебували у складі Росії, то важливу роль у реалізації державної системи допомоги у той період відігравали Прика-

зи, завданням яких була видача коштів монастирям і церквам для здійснення підтримки знедолених. Ще однією формою опіки того часу, у рамках державної системи допомоги, було надання земель на прожиток. Так, указом царя Михайла Федоровича 1634 р. виділялися земельні ділянки для передачі їх дітям і вдовам загиблих у битві під Смоленськом.

Нормативні акти на українських землях, що передували у складі Росії, також носили обмежувальний характер, оскільки соціальний захист був передбачений лише для окремих категорій населення: сиріт, незаконнароджених, вдів та ін., отже, ступінь охоплення сімей з дітьми системою соціального захисту залишився на досить низькому рівні.

Про початок третього етапу формування нормативно-правового регулювання соціального захисту сімей з дітьми можна говорити з XVIII ст., коли на території Російської імперії, до складу якої входили більшість земель сучасної України, почався процес формування державно-адміністративної, суспільної і приватної опіки, який тривав до початку XX ст.

Указом Петра I від 31.01.1712 р. «Об учреждении во всех губерниях гошпиталей» були створені губернські лікарні, які, серед іншого, були призначені для утримання позашлюбних немовлят.

Вперше (у 1724 р.) було наголошено на необхідності навчання малолітніх дітей не лише заможних батьків, але й бідних. При цьому у школах, які створювались при монастирях, поряд з навчанням здійснювалась також опіка.

Питанням соціальної опіки були присвячені численні укази Петра I: «Об устройстве при церквях гошпиталей для незаконнорожденных детей» від 04.02.1719 р., «О защите вдов, сирот и бедных людей» від 12.12.1721 р. та ін.

З останньої чверті XVIII ст. піклування про дітей і вагітних жінок перетворилось на добровільно-обов'язкове. 01.09.1963 р. видано Маніфест про заснування виховних будинків для сиріт. У 1975 р. законодавчо встановлена система опіки, яка включала народні школи, сирітські будинки, рододопоміжні відділення та ін., що створювались як за рахунок держави, так і за ініціативою приватних осіб [2, 12].

У 1781 р. на українські землі була поширена дія Закону «Учреждения для управления губерний Всероссийской империи», яким передбачалося створення у кожній губернії Приказу громадської опіки – установи із соціальними функціями, на яку покладалось провадження питань суспільної опіки й медичного забезпечення [3, 103].

Таким чином, законодавчими актами цього періоду була суттєво підвищена роль держави у соціальному захисті, розширено заходи, спрямовані на вилучення монастирських земель для передачі їх сім'ям з дітьми або у відання лікарень, народних шкіл і т. д. Однак, нормативні акти того часу лише в загальних рисах

регламентували діяльність соціальних служб, залишаючи широке поле для прояву ініціативи на місцях.

Ситуація у сфері соціального захисту населення взагалі, та сімей з дітьми зокрема, значно погіршилась після жовтневої революції 1917 р. Так як всі здобутки царської влади змальовувалися лише у темних тонах, система соціальної опіки того часу була повністю зруйнована, більшовики приступили до створення власної державної системи соціального забезпечення, започаткувавши таким чином новий етап розвитку соціального захисту сімей з дітьми (поч. XX ст. – 1991 р.).

Проте, нормативні акти, що приймалися у той час у сфері соціального забезпечення, як правило, не були економічно обґрунтованими, відзначались декларативністю та ідеологічним нашаруванням. У зв'язку з чим зразкова система соціального забезпечення так і не була створена.

У 1941-1945 рр. уряд УРСР змушений був реагувати на нові виклики часу та посилити соціальний захист жінок та дітей. Заходи по вирішенню проблем соціального захисту згаданої категорії населення здійснювались по визначених напрямках: поперше, надання соціальної допомоги жінці-матері, що реалізовувалася шляхом здійснення контролю за дотриманням законодавчих актів у сфері захисту інтересів матерів і дітей; по-друге, розробка заходів у сфері організації і надання їм лікувально-профілактичної допомоги [4].

З 01.01.1964 р. Постановою Ради Міністрів СРСР від 25.10.1963 р. № 1108 «Про виплату допомоги на дітей військовослужбовців строкової служби» вперше було введено виплату допомоги на дітей військовослужбовців строкової служби, яка виплачувалася дружинам солдатів, матросів, сержантів і старшин строкової служби у розмірі 15 руб. на одну дитину та 22 руб. на двох і більше дітей на місяць, а дружинам, які постійно проживали у сільській місцевості й пов'язані з сільським господарством, – у розмірі 50 % від вищезазначених сум. Однак, варто зазначити, що розміри зазначеної допомоги постійно збільшувались, так, за період з 1960 р. до 1977 р., за розрахунками дослідників, витрати державного бюджету СРСР на виплати допомоги матерям на утримання і виховання дітей, збільшились у 12 разів [5, 149].

У 1970-х рр. допомога по вагітності і пологах була встановлена у розмірі заробітної плати, незалежно від трудового стажу. З 1973 р. збільшено кількість оплачуваних днів по догляду за хворою дитиною; жінки та діти забезпечувались безкоштовною медичною допомогою; уряд сприяв покращенню житлово-побутових умов молодят; була вдосконалена система державних виплат на дітей; покращено харчування і обслуговування дітей у дошкільних закладах, школах-інтернатах, дитячих будинках.

З 01.11.1974 р. на законодавчому рівні були введені виплати на дітей із малозабезпечених сімей (їх от-

римували сім'ї, в яких середній сукупний дохід на одного члена сім'ї не перевищував 50 руб. на місяць). Допомога виплачувалась на дитину до досягнення нею 8-річного віку.

Крім того, активно почала діяти державна система лікувально-профілактичної допомоги жінкам, відбувалося збільшення медичних установ у цілому по республіці.

Постановою ЦК КПРС і Ради Міністрів СРСР від 23.05.1979 р. № 469 «Про поліпшення матеріального забезпечення інвалідів з дитинства» вперше було введено виплату допомоги на дітей-інвалідів віком до 16 років, розмір якої становив 20 руб. і підвищений у 1990 р. до 70 руб.

Постановою ЦК КПРС і Ради Міністрів СРСР від 22.01.1981 р. № 235 «Про заходи щодо посилення державної допомоги сім'ям, які мають дітей» було передбачено надання працюючим матерям, за умов наявності у них стажу роботи не менше 1 року, а також жінкам, які навчаються з відривом від виробництва, частково оплачуваної відпустки по догляду за дитиною до досягнення нею одного року. Оплата за цю відпустку здійснювалась щомісячно у розмірі 35 руб.

24 січня 1985 р. Постановою ЦК КПРС і Ради Міністрів СРСР була встановлена грошова допомога на дітей, які перебувають під опікою чи піклуванням, у розмірі 30 руб. на місяць на одну дитину, але за умови, що розмір одержуваної на таку дитину допомоги, аліментів і пенсій не перевищує 30 руб. на місяць, з припиненням виплати раніше призначеної допомоги і пенсії.

Таким чином, починаючи з 1917 р. законодавцем було суттєво збільшене коло суб'єктів, які підлягали соціальному захисту, забезпечено надання їм мінімальних соціальних гарантій. Але всі ці досягнення були нівельовані рядом недоліків у правовому регулюванні соціального захисту сімей з дітьми того часу.

Розвиток української моделі правового регулювання соціального захисту сімей з дітьми, яка могла б швидше та ефективніше реагувати на нові виклики часу, був неможливий, оскільки жорстко контролювався «з центру», а проблеми соціально-вразливих верств населення на місцях замовчувались з ідеологічних міркувань. Радянська система соціального захисту була повністю одержавленою, у зв'язку з чим нормативними актами того періоду єдиним джерелом фінансування соціального забезпечення сімей з дітьми визнавався державний бюджет. Але у зв'язку з проведенням масштабних економічних реформ, «гонкою озброєнь» соціальна сфера була часто недофінансована, що спричинило декларативність більшості нормативно-правових актів УРСР у сфері соціального захисту сімей з дітьми.

Сучасний етап соціального захисту сімей з дітьми розпочався з моменту проголошення Україною

незалежності (1991 р.) і триває до цього часу. За період тривалістю більше двох десятиліть законодавство у сфері соціального захисту сімей з дітьми значно оновилося. Верховною Радою України регулярно приймають нові нормативно-правові акти, вносяться зміни до вже діючих. З одного боку це свідчить про пристосування правової бази України до вимог сьогодення, з іншого – непослідовні дії законодавця, ігнорування розробок вчених-юристів призводять до появи надмірної зарегульованості відносин у сфері соціального захисту сімей з дітьми.

Так, Законом України «Про державну допомогу сім'ям з дітьми» від 21.11.1992 р. передбачена виплата 6 видів допомоги: а) у зв'язку з вагітністю та пологами; б) одноразова допомога при народженні дитини; в) по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку; г) на дітей, над якими встановлено опіку чи піклування; д) допомога при усиновленні дитини; е) допомога на дітей самотнім матерям.

Проте Порядок призначення і виплати державної допомоги сім'ям з дітьми затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 27.12.2001 р. № 1751, яка носить підзаконний характер. Він закріплює коло суб'єктів, які мають право звернення за призначенням певного виду допомоги, перелік необхідних документів, терміни розгляду звернень та ін. Аналогічна ситуація, коли положення Законів конкретизуються підзаконними нормативно-правовими актами, створюючи при цьому механізм їх реалізації, характерна для всієї системи законодавства у сфері соціального захисту сімей з дітьми, що зумовлює значний обсяг нормативно-правових актів у цій сфері.

Ще однією характерною рисою законодавства України у сфері соціального захисту сімей з дітьми є відсутність єдиного підходу при вирішенні однотипних завдань. Сказане стосується, зокрема, порядку виплати державної допомоги у зв'язку з вагітністю і пологами застрахованим особам, тобто найманим працівникам, та непрацюючим жінкам.

Порядок призначення та виплата цього виду допомоги регулюється різними нормативно-правовими актами та має різні джерела фінансування. Якщо, відповідно до ст. 4 Закону України «Про державну допомогу сім'ям з дітьми» фінансування витрат на виплату цієї допомоги здійснюється за рахунок коштів Державного бюджету у вигляді субвенцій до місцевих бюджетів, то, відповідно до Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими похованням» від 18.01.2001 р., вона фінансується за рахунок коштів відповідного Фонду соціального страхування. Хоча і норми цих Законів передбачають, що розмір допомоги у зв'язку з вагітністю і пологами складає 100 % середньомісячного доходу (для незастрахованих жінок) або середньої заробітної плати (для застрахованих матерів), однак

очевидним є те, що розмір допомоги для жінки, яка до вагітності перебувала у трудових відносинах буде значно вищим порівняно з непрацюючими жінками, що є економічно необґрунтованим та викликає громадське невдоволення.

Часто нормативно-правові акти приймаються без узгодження їх з рівнем суспільного розвитку та реальними потребами суспільства, без проведення дослідження запитів суспільства та можливостей економіки реагувати на них. У зв'язку з цим законодавцем часто приймаються нормативно-правові акти, які не можуть адекватно вирішити складні суспільні проблеми.

Прикладом може бути передбачена Законом України «Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ» від 12.12.1991 р. виплата щомісячної державної допомоги ВІЛ-інфікованим дітям і дітям, які страждають від хвороб, які обумовлені ВІЛ, у розмірі, який становить всього 10 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що не відповідає реальним потребам даної категорії сімей з дітьми.

У всій системі соціального законодавства, та у системі законодавства у сфері соціального захисту сімей з дітьми зокрема, зберігається тенденція до його спеціалізації [6, 306]. Результатом цього є диференціація соціального захисту сімей з дітьми, поява нових правових механізмів регулювання цього виду суспільних відносин. Проте така диференціація не завжди достатньо обґрунтована та в деяких випадках носить навіть прояви дискримінації. До таких спеціалізованих законів, що регулюють здійснення соціального захисту можна віднести: Закон України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» від 28.02.1991 р., Закон України «Про основи соціальної захищеності інвалідів» від 21.03.1991 р., Закон України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» від 13.01.2005 р., Закон України «Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям» від 01.06.2000 р., Закон України «Про охорону дитинства» від 26.04.2001 р., який закріплює основи соціального захисту багатодітних сімей та ін. Варто зазначити, що рівень розвитку економіки нашої держави, суспільна мораль, екологічна ситуація та інші фактори створюють додаткові передумови для розширення переліку нормативно-правових актів, які передбачали б додатковий соціальний захист окремих категорій сімей з дітьми. Цю тенденцію не можна назвати однозначно позитивною. Оскільки, незважаючи на те, що специфічний соціальний захист окремих категорій сімей з дітьми більш детально враховує особливості потреб цих сімей, прийняття такої кількості нормативно-правових актів розбалансовує

чинне законодавство у сфері соціального захисту сімей з дітьми, оскільки норми цих законів часто дублюють одна одну, що призводить до колізії та унеможливорює ефективну реалізацію державою своєї соціальної функції.

Ще однією характерною рисою законодавства України у сфері соціального захисту сімей з дітьми є низький рівень законодавчої техніки. Саме мова закону робить його зрозумілим і доступним для широких верств населення, сприяє ефективній реалізації права.

Мовні вимоги тісно пов'язані з графічними, основою яких є виділення статей нормативно-правового акту, членування його на абзаци. Вважається, що одна стаття, в ідеалі, повинна містити одну норму права [7, 245]. У всякому разі, законодавець повинен прагнути до схожої впорядкованості структури нормативно-правового акту.

Але чинне законодавство України у сфері соціального захисту сімей з дітьми дає змогу говорити про зовсім протилежний підхід. Яскравим прикладом цього твердження є норми, які визначають розміри тієї чи іншої допомоги, що надається сім'ям з дітьми (ст. 19 Закону України «Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ», ст. 39 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими похованням» та ін.). Конструкції цих статей вимагають звернення до інших статей, пунктів, підпунктів цих законів або інших нормативно-правових актів, що збільшує ймовірність помилок при розрахунках.

Характерною рисою законодавства України у сфері соціального захисту сімей з дітьми є також нерозривний його зв'язок із законами про державний бюджет на відповідний рік, яким встановлюється розміри прожиткового мінімуму для дітей відповідного віку, працездатних осіб та осіб, які втратили працездатність, розміри забезпечення прожиткового мінімуму, відповідно до яких розраховуються розміри допомог сім'ям з дітьми.

Важливим етапом у правовому регулюванні соціального захисту сімей з дітьми стало прийняття 19.06.2003 р. Закону України «Про соціальні послуги», який очолив правовий масив у сфері правового регулювання надання соціально-побутових, психологічних, соціально-педагогічних, соціально-медичних та ін. послуг.

Однак численна правова база у сфері надання соціальних послуг також потребує вдосконалення, що зумовлено кількома причинами, які умовно можна поділити на три блоки: 1) прогалини у бюджетному законодавстві, які порушують рівність доступу суб'єктів, що надають соціальні послуги сім'ям з дітьми до джерел фінансування; 2) відсутність механізмів впровадження норм Закону України «Про соціальні

послуги», які мають регламентуватись відповідними підзаконними нормативно-правовими актами; 3) недоліки у визначенні понятійно-категоріального апарату і термінології у чинних нормативно-правових актах, які регламентують сферу надання соціальних послуг [8, 16].

Висновки. Таким чином, становлення законодавства у сфері соціального захисту сімей з дітьми пройшло тривалий період, який можна умовно поділити на п'ять етапів:

1) початок IX ст. – XIV ст., який характеризується епізодичністю соціального захисту сімей з дітьми та обмеженістю закріплених форм його здійснення;

2) XIV ст. – XVII ст. Для законодавства у сфері соціального захисту сімей з дітьми цього періоду характерний його «привілейований» характер, нормативні акти були неконкретними та часто закріплювали лише право окремих сімей з дітьми на отримання певного виду соціальної підтримки, порядок же його надання залишався неврегульованим;

3) XVII ст. – початок XX ст. Нормативно-правові акти цього періоду характеризувалися відсутністю детальної регламентації порядку надання соціальної підтримки сім'ям з дітьми, що залишало широке поле для ініціативи на місцях. Однак, законодавчими актами цього періоду була суттєво підвищена роль держави у соціальному захисті, розширено форми його здійснення.

4) початок XX ст. – 1991 р. характеризується декларативністю законодавства у сфері соціального захисту сімей з дітьми. Нормативні акти в УРСР приймалися у суворій відповідності з всесоюзним законодавством, що унеможливило врахування особливостей потреб українського суспільства та економічної ситуації республіки того періоду. У свою чергу це призвело до нівелювання позитивних рис законодавства у сфері соціального захисту сімей з дітьми того часу (розширення кола суб'єктів, що мали право на соціальне забезпечення, збільшення видів соціального забезпечення та ін.).

5) 1991 р. і до сьогодні. Цей період характеризується прийняттям значної кількості законодавчих актів у сфері соціального захисту сімей з дітьми, що перетворює цю сферу правового регулювання на громіздку та складну систему. У зв'язку з цим, також не можна говорити про створення єдиного порядку надання соціальної допомоги сім'ям, у яких виховуються діти. Законодавча база у сфері соціального захисту сімей з дітьми перетворюється на заідеологізовану, політизовану, декларативну. Непродумані кроки законодавця часто створюють соціальну напругу у суспільстві. У зв'язку з цим перед ним стоїть першочергове завдання – виробити концептуальний підхід для подальшого реформування законодавства у сфері соціального захисту сімей з дітьми, для зменшення негативних наслідків непослідовної зміни державної політики у цій сфері.

Література:

1. Теорія права соціального забезпечення: навч. посіб. / Б.І. Сташків. — К.: Знання, 2005. — 405 с.
2. Тюльпа Т. М. Історія становлення та розвитку соціальної допомоги: навчально-методичний посібник / Т. М. Тюльпа. — Глухів: РВВ ГДПУ, 2008. — 92 с.
3. Ступак Ф. Я. Благодійність та суспільна опіка в Україні (кінець XVIII — початок XX ст.) / Ф. Я. Ступак. — К.: Інститут історії України НАН України, 2009. — 269 с.
4. Удалова Т. М. Особливості соціального захисту дітей та матерів України в роки Другої світової війни (1939-1945 рр.) / Т. М. Удалова. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/lipd/2009_1/14Udalova.htm
5. Демуз І. Соціальний захист материнства в УРСР 1960-х — 1970-х рр.: законодавча практика / І. Демуз // Наукові записки з української історії: Збірник наукових праць. — 2012. — Вип. 28. — С. 169-176.
6. Шумило М. М. Криза джерел права соціального забезпечення як причина кодифікації пенсійного законодавства / М. М. Шумило // Держава і право: Зб. наук. праць. — 2010. — Вип. 49. — С. 304-308.
7. Сильченко С. А. Деякі проблеми сучасного стану соціального законодавства / С. А. Сильченко // Право і безпека: Науковий журнал. — 2011. — № 4 (41). — С. 241-246.
8. Дубич К. В. Нормативно-правове забезпечення системи надання соціальних послуг населенню України / К. В. Дубич // Часопис цивільного і кримінального судочинства. — 2012. — № 1. — С. 12-19

Бориченко Е. В. Становление и развитие законодательства о социальной защите семей с детьми

Аннотация. В статье проведено исследование этапов становления и развития правового регулирования социальной защиты семей с детьми. Сделан вывод о большом массиве законодательного обеспечения реализации государственной политики в сфере обеспечения семьям с детьми реализации их права на социальную защиту и необходимости разработки концепции дальнейшего реформирования законодательства в сфере социальной защиты семей с детьми.

Ключевые слова: социальная защита, семья с детьми, нормативно-правовой акт, правовое регулирование.

Borychenko E. Establishment and development of the social security of families with children

Summary. The stages of establishment and development of social security regulation of families with children were examined in this article. We have made a conclusion concerning the legislative realization of state policy in the sphere of protecting children rights for social security and the important issues is about creating further concept of legislative reformation in the sphere of social security of families with children.

Keywords: social security, family with children, legal act, legal regulation.

*Веннікова В. В.,**аспірант кафедри трудового права**НУ «Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого»*

ДО ОКРЕМИХ ПИТАНЬ РОЗГЛЯДУ СПОРІВ У СФЕРІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Анотація. У статті досліджено деякі особливості позасудового порядку розгляду та вирішення спорів, які виникають у сфері соціального забезпечення, проведено аналіз його основних стадій та наявних проблем.

Ключові слова: спори у сфері соціального забезпечення, позасудове оскарження, скарга, орган соціального захисту, посадова особа.

Постановка проблеми. Конституція України, проголосивши у ст. 1 Україну соціальною державою [1], створила конституційну основу для розвитку соціальної сфери та закріпила широкий перелік соціально-економічних прав, серед яких і право на соціальний захист. Однак, для нашої держави залишається проблемою реалізація даного конституційного права. Так, на сьогоднішній день майже всі соціально вразливі верстви населення невдоволені рівнем свого соціального забезпечення. Про це свідчить величезна кількість усних та письмових скарг, які надходять до територіальних органів соціального захисту та Пенсійного фонду з приводу невиплати надбавок до пенсій, зокрема таким категоріям, як діти війни та особи, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи, невідповідності сум призначених соціальних допомог законодавчо гарантованому рівню тощо. Тому на порядку денному постає питання щодо процедури розгляду спорів у сфері соціального забезпечення, як в судовому, так і в позасудовому порядку. Останній передбачає звернення безпосередньо до органу соціального захисту, з рішеннями, діями або бездіяльністю якого громадянин незгідний, або до органу, вищого за рівнем підпорядкування.

Оскарження у сфері соціального захисту – це нормативно визначений порядок відновлення особою порушеного права на соціальний захист, що здійснюється шляхом подання письмових чи усних скарг і передбачає обов'язок відповідальних посадових осіб зреагувати та прийняти рішення з поставленого питання у встановлені законом строки.

Основний нормативно-правовий акт, який регулює позасудовий порядок розгляду та вирішення спорів, які виникають у сфері соціального забезпечення – Закон України «Про звернення громадян» – у статті 1 наголошує, що громадяни України мають право звернутися до органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, засобів масової інформації, посадових осіб відповідно

до їх функціональних обов'язків із зауваженнями, скаргами та пропозиціями, що стосуються їх статутної діяльності, заявою або клопотанням щодо реалізації своїх соціально-економічних, політичних та особистих прав і законних інтересів та скаргою про їх порушення [2]. Право на оскарження є необмеженим, невідчужуваним правом громадян. Кожен громадянин може подати скаргу, коли він вважає, що рішення чи дії державних органів (посадових осіб) є неправомірними і порушують його права чи інтереси.

Метою даної статті є комплексне дослідження питання позасудового порядку розгляду та вирішення спорів, які виникають у сфері соціального забезпечення, аналіз наявних на сьогодні проблем та вироблення на цій основі власних висновків та узагальнень.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Названа проблематика частково висвітлювалась в працях видатних українських та російських вчених, зокрема: В. С. Андрєєва, К. С. Батигіна, Н. Б. Болотіної, В. Я. Бурака, Н. А. Вігдорчика, Т. З. Герасиміва, М. Л. Захарова, Р. І. Іванової, А. В. Карцхія, О. Є. Мачульської, Л. І. Лазор, П. Д. Пилипенка, В. А. Рудик, С. М. Прилипка, С. М. Синчук, І. М. Сироти, Н. М. Стаховської, Б. І. Шашківа, В. К. Субботенко, Є. Г. Тучкової, Я. М. Фогеля, М. Ю. Федорової, О. Г. Чутчевої, В. Ш. Шайхатдінова та ін.

Викладення основного матеріалу. Загальні правові засади оскарження рішень, дій та бездіяльності органів соціального захисту в позасудовому порядку передбачено Законом України «Про звернення громадян». Поряд із Законом врегульованню даного порядку певною мірою присвячено Указ Президента України від 07.02.2008 № 109 /2008 «Про першочергові заходи щодо забезпечення реалізації та гарантування конституційного права на звернення до органів державної влади та органів місцевого самоврядування». Крім того, питання документального оформлення розгляду скарг вирішено Інструкцією з діловодства за зверненнями громадян в органах державної влади і місцевого самоврядування, об'єднаннях громадян, на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форм власності, в засобах масової інформації (затвердженою Постановою Кабінету Міністрів України від 14.04.1997 р. № 348) [2, 4, 5].

До рішень, дій (бездіяльності) органів соціального захисту та їх посадових осіб, які можуть бути оскар-

жені в адміністративному порядку, належать такі, внаслідок яких:

– порушено права і законні інтереси чи свободи громадянина (групи громадян) у сфері соціального захисту;

– створено перешкоди для здійснення громадянином його прав і законних інтересів чи свобод у сфері соціального захисту;

– незаконно покладено на громадянина які-небудь обов'язки у сфері соціального захисту або його незаконно притягнуто до відповідальності.

Скарга на дії чи рішення органів соціального захисту та їх посадових осіб подається у порядку підлеглості вищому органу або посадовій особі, що не позбавляє громадянина права звернутися до суду відповідно до чинного законодавства, а в разі відсутності такого органу або незгоди громадянина з прийнятим за скаргою рішенням – безпосередньо до суду. При цьому скарги Героїв Радянського Союзу, Героїв Соціалістичної Праці, інвалідів Великої Вітчизняної війни розглядаються першими керівниками органів соціального захисту та їх посадових осіб.

Громадянин може подати скаргу особисто або через уповноважену на це іншу особу. Скарга в інтересах неповнолітніх і недієздатних осіб подається їх законними представниками. Скарга в інтересах громадянина за його уповноваженням, оформленим у встановленому законом порядку, може бути подана іншою особою, трудовим колективом або організацією, яка здійснює правозахисну діяльність.

До скарги додаються наявні у громадянина рішення органів соціального захисту та їх посадових осіб або копії рішень, які приймалися за його зверненням раніше, а також інші документи, необхідні для розгляду скарги, які після її розгляду повертаються громадянину.

Скарга на рішення, що вже оскаржувалось, може бути подана до органу соціального захисту та посадової особи вищого рівня впродовж одного року з моменту його прийняття, але не пізніше одного місяця з часу ознайомлення громадянина з прийнятим рішенням. Скарги, подані з порушенням зазначеного терміну, не розглядаються. Пропущений з поважної причини термін може бути поновлений органом чи посадовою особою, що розглядає скаргу.

Рішення вищестоящого органу соціального захисту чи посадової особи, які розглядали скаргу, в разі незгоди з ним громадянина може бути оскаржено до суду в термін, передбачений законодавством України [2].

Аналіз існуючого на сьогоднішній день законодавства дозволяє виокремити такі стадії розгляду спорів у соціальній сфері:

а) стадія відкриття провадження по скарзі;

б) стадія перевірки скарги;

в) стадія розгляду скарги по суті й ухвалення рішення по ній;

г) стадія оскарження рішення по скарзі;

д) стадія виконання рішення по скарзі.

Скаргу повинен розглядати не той орган соціального захисту чи посадова особа, що прийняли рішення або готували його. Саме тому при вирішенні спору у сфері соціального захисту скарга має розглядатися органом або посадовою особою вищою у порядку підлеглості, відносно тих, що прийняли рішення. Такий орган або посадова особа і є «лідуючим суб'єктом розгляду скарги» [10, 42]. Це органи соціального захисту населення, які розглядають скаргу по суті і ухвалюють по ній рішення, органи соціального захисту населення, що здійснюють перегляд рішень по скарзі і посадові особи, що перевіряють скаргу. До першої групи лідируючих суб'єктів належать вищі у порядку підлеглості органи або посадові особи чий рішення, дії, бездіяльність оскаржуються. Тобто скарга розглядається або рішення по скарзі переглядається органом чи посадовою особою, якому безпосередньо підпорядкований орган соціального захисту населення, чий рішення, дії, бездіяльність оскаржуються. Правове положення посадової особи, що перевіряє скаргу Законом України «Про звернення громадян» майже не регулює, тому що у більшості випадків орган, який уповноважений розглядати скаргу, самостійно здійснює перед цим і її перевірку. Але якщо скарга подається посадовій особі, якій підпорядкована посадова особа, рішення, дії бездіяльність якої оскаржуються, то часто перевірка такої скарги може здійснюватися іншими службовцями.

Право оскарження дій органів соціального захисту населення та їх посадових осіб вищестоящому органу в порядку підлеглості сприяє найбільш швидкому вирішенню спірних ситуацій у сфері соціального захисту та прийняттю необхідних заходів щодо усунення спору та відновлення прав у разі їх порушення. Однак, незважаючи на зазначений позитивний момент, адміністративне оскарження як гарантія права на соціальний захист у сучасних умовах має і різного роду недоліки.

Аналіз законодавства в сфері соціального захисту вказує на суттєвий недолік правового регулювання відносин, що виникають у процесі адміністративного оскарження неправомірних дій та рішень посадових осіб органів соціального захисту населення.

По-перше, ці питання вирішуються положеннями різних нормативних актів, що регулюють відносини щодо надання конкретного виду соціального захисту, оскільки відсутній єдиний кодифікований акт. Зокрема, право на оскарження закріплене у ст. 105 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», у ст. 10 Закону України «Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям», у ст. 19 Закону України «Про соціальні послуги» тощо.

По-друге, положення, що встановлюють правила оскарження порушеного права на соціальний захист цих та інших нормативних актів, носять суто

матеріальний характер. Правова регламентація процедури вирішення таких спорів потребує вдосконалення, оскільки положення соціально-захисного законодавства досить обмежено вирішують питання порядку вирішення спорів, що виникли з приводу призначення, виплати (надання) допомог, пенсій чи надання послуг. Наприклад, у Законі України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» [3] цьому питанню присвячена лише одна стаття 105, у якій йдеться про право на оскарження дій посадових осіб відповідних органів, але відсутня правова регламентація процедури такого оскарження. Аналогічно, нормативно визначається і оскарження дій щодо призначення допомог та надання соціальних послуг. У зв'язку з цим основу правового регулювання складають інші загальні нормативні акти, такі як Закон України «Про звернення громадян», Указ Президента України «Про першочергові заходи щодо забезпечення реалізації та гарантування конституційного права на звернення до органів державної влади та органів місцевого самоврядування», Інструкція з діловодства за зверненнями громадян в органи державної влади і місцевого самоврядування, об'єднаннях громадян, на підприємствах, в установах, організаціях, незалежно від форм власності, в засобах масової інформації, затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 14 квітня 1997, а також відомчі нормативні акти, зокрема, Інструкція з діловодства в Пенсійному фонді України, затверджена Наказом Пенсійного фонду України від 15.12.2005 [2, 4, 5, 6].

Як стверджує більшість дослідників, зокрема Д. О. Єрмоленко та В. А. Рудик, вдосконалення правового регулювання пропонується через прийняття кодифікованого нормативного акта – Кодексу України про соціальний захист – де окремим розділом «Спори в сфері соціального захисту» слід закріпити основні положення щодо розгляду спорів в адміністративному та судовому порядку, і деталізувати ці положення у підзаконному нормативному акті, який би конкретизував основні правила адміністративного оскарження рішень чи дій (бездіяльності) посадових осіб органів соціального захисту населення. Такий акт може бути відомчий, тобто прийнятий центральними органами соціального захисту населення (Міністерство праці та соціальної політики України, Пенсійний фонд України), або надвідомчий – прийнятий Кабінетом Міністрів України [7, 152; 8, 131].

Однак Н. М. Стаховська у своєму дисертаційному дослідженні пропонує прийняти нормативно-правовий акт вищої юридичної сили – закон «Про захист прав громадян та вирішення спорів у сфері соціального забезпечення» [8, 14]. На нашу думку, вказана позиція – більш аргументована, оскільки це буде спеціалізований нормативний акт, який саме і призначений принципам, завдання та процедурним питанням розгляду справ у соціальній сфері.

Як показує практика роботи зі зверненнями громадян в територіальних органах пенсійного фонду та соціального захисту населення, майже всі звернення громадян реєструються як заяви, пропозиції. Підтвердженням цього є дані річних звітів про роботу зі зверненнями громадян названих органів. Наведене свідчить, що прийняття скарг від громадян на дії чи рішення органів соціального захисту населення, позитивна відповідь на скаргу – це визнання недоліків у роботі спеціалістів. У зв'язку з цим, конфліктні (спірні) ситуації, що виникають між громадянами та органами соціального захисту населення, намагаються вирішити в усному порядку, шляхом роз'яснень законодавства, пояснень ситуацій тощо [8, 131-132].

З огляду на вищевикладене, можна зробити **висновок** про те, що адміністративний спосіб відновлення порушеного права на соціальний захист є найбільш наближеним та спрощеним для громадян, однак не ефективним, оскільки державний орган, який надає соціальний захист, не зацікавлений приймати скарги та вирішувати їх на користь особи. У зв'язку з цим видається, що найбільш неупередженим органом у вирішенні спору, що виникає між громадянами та посадовими особами з приводу відновлення порушеного права на соціальний захист, є суд.

Література:

1. Конституція України. – К.: Вентурі, 2011. – 82 с.
2. Про звернення громадян: Закон України // Відомості Верховної Ради України від 02.10.1996. – 1996 р., № 10, С. 10-16.
3. Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: Закон України від 09.07.2003 № 1058-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 49-51. – С. 371-378.
4. Про першочергові заходи щодо забезпечення реалізації та гарантування конституційного права на звернення до органів державної влади та органів місцевого самоврядування: Указ Президента України від 07.02.2008 № 109 /2008 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 4. – С. 332-345.
5. Інструкція з діловодства за зверненнями громадян в органах державної влади і місцевого самоврядування, об'єднаннях громадян, на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форм власності, в засобах масової інформації: затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 14.04.1997 № 348 // Офіційний вісник України. – 1997. – № 16. – С. 289-305.
6. Інструкція з діловодства в Пенсійному фонді України: затверджена Наказом Пенсійного фонду України від 15.12.2005 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 14. – С. 407-421.
7. Єрмоленко Д. О. Правовий статус людини і громадянина в Україні як соціальній державі: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Д. О. Єрмоленко. – Харків, 2002. – 175 с.
8. Рудик В. А. Юридичні гарантії права людини на соціальний захист в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / В. А. Рудик. – Харків, 2007. – 184 с.
9. Стаховська Н. М. Відносини у праві соціального забезпечення: автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: 12.00.05. – К., 2000. – 16 с.

10. Тарануха В. П. Звернення громадян як засіб забезпечення законності в діяльності місцевих органів виконавчої влади: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / В. П. Тарануха. — К., 2003. — 179 с.

Венникова В. В. К отдельным вопросам рассмотрения споров в сфере социального обеспечения

Аннотация. В статье исследованы некоторые особенности внесудебного порядка рассмотрения и разрешения споров, возникающих в сфере социального обеспечения, проведен анализ его основных стадий и существующих проблем.

Ключевые слова: споры в сфере социального обеспечения, внесудебное обжалование, жалоба, орган социальной защиты, должностное лицо.

Vyennikova V. The individual questions consideration of disputes in the area of social security

Summary. The article investigated some features of the extrajudicially consideration and resolution of disputes emerging a in the field of social security, the conducted analysis of main stages and existing problems.

Keywords: controversies in the field of social security, extra-judicial appeal, complaint, social protection, official.

*Гудзь А. О.,
аспірантка кафедри трудового права та права соціального забезпечення
НУ «Одеська юридична академія»*

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА ПРО СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ БЕЗДОМНИХ ОСІБ І БЕЗПРИТУЛЬНИХ ДІТЕЙ

Анотація. В статті розглядається історичний аспект становлення та розвитку правового забезпечення соціального захисту бездомних осіб та безпритульних дітей в Україні починаючи з стародавніх часів і до сьогодення.

Ключові слова: бездомність, безпритульність, соціальний захист, бездомні особи, безпритульні діти.

Постановка проблеми. Проблема існування бездомних і безпритульних характерна для України від найдавніших часів. Для її ефективного вирішення сьогодні необхідно вивчити історичний досвід правового регулювання відносин з соціального забезпечення таких людей, надання їм різноманітних послуг та результати, які були досягнуті завдяки цьому.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Над вивченням проблеми бездомності та безпритульності в Україні працювало багато науковців, серед яких Іванова Р.І., Нікіфоров А., Анатольєва О.І. Незважаючи на все це, питання виникнення та становлення законодавства про соціальний захист цієї категорії осіб від стародавніх часів і до сьогодення досі розглянуто не було.

Метою статті є аналіз становлення та розвитку законодавства про соціальний захист бездомних осіб і безпритульних дітей в Україні.

Викладення основного матеріалу. У становленні законодавства про соціальний захист бездомних і безпритульних слід виділити наступні етапи: 1) від стародавніх часів до Першої світової війни; 2) від початку Першої світової війни до здобуття Україною незалежності; 3) сучасний етап.

Відомостей про соціальний захист бездомних і безпритульних на ранньому етапі розвитку нашої держави досить мало. На території сучасної України соціальний захист в цілому почався з доброчинності, яка не носила системного характеру, як правило, надавалася з боку членів родини або місцевих громад. В часи Київської Русі проявлялися гуманність, співчуття та милосердя у ставленні народу до бездоглядних і безпритульних. Для них створювалися спеціальні притулки, які називалися божедомками. За дітьми доглядали бабусі, а люди допомагали їм їжею, одягом, іграшками, які зносили до притулків [1, 432]. У 996 році князь Володимир видав Статут, згідно з яким на церкву та духо-

венство покладался обов'язок наглядати за закладами, які надавали допомогу хворим, бідним, бездомним та встановив для благодійності «десятину». Було засновано багато навчальних закладів, де могли навчатися бідні, бездомні та сироти.

Протягом наступного періоду часу головну роль в соціальному захисті громадян займала церква. Основна увага приділялася жебракам та сиротам. Єпископом Переяславським Єфремом в 1091 році була побудована лікарня для бідних та сиріт, де безкоштовно надавалися послуги. Такі заклади пізніше були побудовані в багатьох містах [2].

«Повчання дітям» Володимира Мономаха – відома літературна пам'ятка XII ст., основана на християнських традиціях: любові до ближнього, прояву співчуття до нужденного, закріплює обов'язок наступних поколінь надавати допомогу та опікуватися над убогими та бідними.

В період Запорізької Січі при монастирях створювалися благодійні заклади для сиріт, жебраків, поранених воїнів. Відкривалися школи та шпитали для особливо вразливих верств населення. Допомога, як правило, надавалася в натуральній формі або у формі послуг.

Значна частина України в середині XVII ст. увійшла до складу Росії. Цей період історії відомий розвитком кріпацтва. Через значний тиск поміщиків, тяжкі умови життя число біглих кріпаків, які часто поповнювали ряди бездомних та жебраків, зростало. Як правило, такі люди для пошуку притулку, їжі, інших засобів для існування направлялися в міста, найчастіше – Москву. На протидію цьому в кінці XVII ст. був розроблений проект Указу, який передбачав широкую систему заходів, направлених на ліквідацію жебрацтва. Необхідно було зібрати всіх жебраків, виділити з їх числа недієздатних і помістити їх в госпіталі або монастирі. Для безпритульних дітей повинні були створитись спеціальні «двори», де б їх навчали грамоті й ремеслу. Проте реалізованим даний Указ не був.

Указом від 1691 року репресії проти жебраків та бездомних стали ще більш жорстокими. Основним змістом документу було розпорядження відряджати немісцевих людей в міста, з яких вони прийшли, а у разі повторного виявлення, бити їх батогами та засилати в Сибір. Особливістю було те, що переслідувались не

лише жебраки, але й ті, які давали милостиню. Як міра відповідальності їм нараховувалася пеня.

З розвитком грошового обігу виникло професійне жебрацтво. 31 січня 1712 року Петро I видав Указ, який заборонив допомагати жебракам, невиконання каралося штрафом до 5 крб. Цим же актом наказувалося будувати шпитали для німечин, закликалося робити благодійні внески, облаштовувати заклади для бездомних та сиріт. Здорових жебраків відправляли на роботу, хворих та старих – у богадільні, дітей виховували у притулках, а пізніше віддавали у солдати. До 1775 року подібних Указів вийшло близько 70.

З XVIII по XIX століття допомога бідним, хворим, бездомним та сиротам стала престижною. Аристократи, промисловці та купці намагалися зробити якнайбільші внески для того, щоб зарекомендувати себе в очах спільноти [3]. У вересні 1763 року Катерина II видала Маніфест про заснування будинків для сиріт. Законодавчим актом від 7 листопада 1775 року, який отримав назву «Накази громадського презирства», створювалися народні школи, сирітські притулки, аптеки, лікарні, божевільні, гамівні та робітничі будинки, богадільні. Гамівний будинок мав вигляд установи з примусовою працею для осіб з антисуспільною поведінкою. Робітничий будинок складався з багатьох майстерень, де працювали бездомні. Тут люди отримували одяг, їжу, притулок. Бездомні мали можливість заробити гроші для майбутнього життя. В 1896 році як структурна одиниця Робітничого будинку був створений подібний заклад для жінок – «Будинок працювистості».

Характерним для кінця XIX ст. є стрімкий розвиток промисловості, внаслідок чого селяни почали виїжджати в міста для роботи на підприємствах. Нерідко руйнувалися родини, які складалися з кількох поколінь, змінилася сама економічна роль сім'ї. Тоді виникла нова концепція соціального захисту, яка базувалася на колективній відповідальності суспільства за утримання бідних, бездомних, увід, сиріт [4, 62].

Отже, Перший період характеризується двояким ставленням до бездомних та безпритульних: з одного боку проявлялась чуйність, милосердя від населення, церкви, поширеним було благодійництво; з іншого – заняття бродяжництвом переслідувалось державою. Це все тривало майже до кінця XIX ст., коли почала розширюватись система закладів для таких людей, де надавались освітні, медичні послуги, притулок.

За часи Першої світової війни населення України зазнало дуже великих матеріальних, духовних та фізичних втрат. З'явилася значна кількість осиротілих дітей, багато з яких опинилися на вулиці. Тому політика держави в наступні роки була направлена в основному на захист такої категорії бездомних як безпритульні діти.

Соціальну опіку часів революції 1919-1921 р. важко описати, не розкривши питання системи державних

органів, до відання яких відносився соціальний захист населення в цілому. На той час все ще продовжували функціонувати Накази громадського презирства [5, 14]. В 1917 р. при Міністерстві внутрішніх справ був сформований Департамент опіки [6, 64].

За Української Народної Республіки продовжувало діяти соціальне законодавство Російської Імперії. Підвідділ допомоги дітям був одним з органів Всеросійського Земського Союзу, що брав на себе обов'язок допомагати дітям які постраждали внаслідок воєнних дій [7, 601]. Така допомога включала забезпечення дітей їжею, притулком, було створено численні школи-«осередки», де здійснювалась й освітньо-виховна робота. Дуже гострим на початку 1918 р. стало питання притулків. Проблемаю було те, що Підвідділ допомоги дітям із припиненням діяльності Земського Союзу залишився без фінансування. В квітні 1918 р. Підвідділ допомоги став підпорядковуватись Міністерству народної освіти УНР. Пізніше сфера опіки дітей перейшла до відання Міністерства Народного Здоров'я і Опікування, при якому був створений Відділ опіки дітей. Проте кількість безпритульних дітей зростала. В 1920 р. їх налічувалось 1 млн., що становило 1/8 всіх дітей в країні [8, 22]. Це свідчило про неефективність державної політики та низький рівень роботи органів. В період Директорії окремого відділу, який займався б соціальним забезпеченням дітей створено не було. Дане питання належало до відання Міністерства здоров'я та соціальної опіки.

Боротьба з дитячою безпритульністю у 20-х роках проводилася в декілька етапів. Спочатку сформувалася система охорони дитинства. Другий етап був пов'язаний зі швидким ростом кількості безпритульних та бездоглядних дітей спричиненим голодом 1921-1923 років. На третьому етапі відбувалось становлення матеріальних умов для реалізації задекларованих норм завдяки НЕПу.

У правовому регулюванні роботи з неповнолітніми безпритульними та бездоглядними найбільше значення мало законодавче закріплення обов'язку держави стосовно соціального захисту дітей, які залишилися без притулку та нагляду, встановлення системи заходів допомоги їм [9]. Питання захисту дітей в цей період належало до відомства новостворених органів: Ради захисту дітей – РНК, Центральної комісії допомоги дітям – ВУЦВК. Діяльність комісії регулювалася Декретом РНК «Про відповідальність неповнолітніх» 1920 р., Кодексом законів про народну освіту 1922 р., інструкціями Народного комісаріату освіти.

Протягом 1924-1927 р. боротьба з дитячою безпритульністю стала одним з найголовніших завдань для держави. Було прийнято чисельні нормативно-правові акти. Декларація Народного комісаріату освіти УСРР «Про соціальне виховання дітей» (1920 р.), закріплювала поняття бездоглядності та перелік категорій дітей, які вважались бездоглядними та

безпритульними. Постановами Наркомосвіти УСРР «Про дитячі будинки», «Про денні дитячі будинки», «Про організацію відкриття дитячих будинків» 1920 р. створювалась мережа закладів для безпритульних дітей, яка згодом налічувала 760 таких будинків. В 1924 р. було прийнято постанову Наркомосвіти «Про боротьбу з дитячою безпритульністю». Постановою Наркомосвіти «Про передачу вихованців дитячих будинків на трудове виховання в трудові рільницькі господарства» (1926 р.) надавалась можливість таким дітям опанувати професію в аграрній сфері. Кодекс законів про народну освіту УСРР 1922 р., Кодекс законів про сім'ю, опіку, шлюб та акти громадянського стану УСРР 1926 р., закріплювали систему соціального захисту дітей: направлення їх до виховних, навчальних закладів; було регламентовано порядок призначення опіки, відновлено інститут усиновлення, нагляду, патронату, працевлаштування, надання матеріальної допомоги закріплювалися обов'язки батьків, усиновителів та їх відповідальність тощо.

Велике значення в ці часи надавалось питанню профілактики безпритульності та бездоглядності. В 1924 р. до Кримінального кодексу УСРР 1922 р. була включена стаття «Несплата аліментів та залишення батьками неповнолітніх дітей без належної підтримки». В 1927 р. кодекс доповнили статті: «Злісне, незважаючи на наявну до того можливість, ухилення від сплати присуджених за рішенням суду коштів на утримання дітей» і «Залишення батьками малолітніх дітей без будь-якої підтримки, а рівно примушування дітей до заняття жебрацтвом». В кодексі редакції 1937 р. ці статті були об'єднані в одну, яка стала називалася: «Злісна несплата коштів на утримання дітей, а рівно залишення батьками неповнолітніх дітей без будь-якої підтримки».

Кінець 20-х років характеризується падінням рівня життя населення внаслідок згорання НЕПу, прийняття курсів на індустріалізацію та колективізацію. Як наслідок, зросло число безпритульних і бездоглядних.

Голодомор 1932-1933 р., масові репресії, депортації звели до мінімуму результати всіх попередніх напрацювань. Дитяча безпритульність та смертність взимку 1932-1933 р. набула особливих масштабів. Реакцією на це з боку законодавця стала травнева Постанова КП (б) У «Про боротьбу з дитячою безпритульністю», якою було утворено Всеукраїнську та місцеві надзвичайні комісії боротьби з безпритульністю та жебрацтвом, створенні сільські дитячі приймальники, організовані харчові пункти при школах, створювалися трудові загони з підлітків тощо. Кількість вилучених дітей з вулиці тільки за травень-липень 1933 року становила 158 тис. [10, 10–13].

Проте, попередні заходи виявилися малоефективними, про що свідчило продовження росту чисельності таких дітей. В травні 1935 р. РНК СРСР та ЦК ВКП

(б) приймає постанову «Про ліквідацію дитячої безпритульності та бездоглядності», якою чітко розмежувалися функції різних установ захисту дитинства, органи НКВС наділялися особливими повноваженнями. В середині 30-х років безпритульність майже зникла.

Для 20-х – 30-х років характерним є діяльність піонерських, комсомольських та громадських організацій в сфері подолання дитячої безпритульності. Найвідомішими з них були «Друзі дітей», Селянські товариства взаємодопомоги, Український Червоний Хрест.

В 40-і роки чисельність бездомних осіб значно зросла, внаслідок воєнних подій Великої Вітчизняної 1941-1945 р. Велика кількість осиротілих дітей, покалічених на фронтах чоловіків, які не змогли повернутися додому поповнювали ряди безхатченків. Але увага держави тоді була прикута до іншої проблеми, питання оборони і озброєння стали на перший план, на проблеми населення не вистачало ні фінансів, ні часу.

Кримінальний кодекс 1960 р. закріплював відповідальність для бездомних. Ст. 198 «Порушення паспортних правил», означала для осіб, які проживають без паспорта або прописки, можливість отримати покарання у виді позбавлення волі до 1 року або виправні роботи, штраф. Згідно зі ст. 209 систематичне заняття бродяжництвом або жебрацтвом каралося позбавленням волі до двох років або виправними роботами.

10 березня 1970 р. ЦК Компартії України і Ради Міністрів УРСР прийняли Постанову № 138 «Про заходи по посиленню боротьби з особами, які ухиляються від суспільно корисної праці і ведуть антигромадський паразитичний спосіб життя». У радянському суспільстві з'являється термін «тунеядство», що означало життя за чужий рахунок, неробство. В ці ж роки до бездомних і безпритульних почав застосовуватися термін «бомж», що був аббревіатурою «лицо без определенного места жительства». Поширеним в суспільстві став вислів «бомж – вища форма егоїзму». Чим підкреслювалося зневажливе ставлення до цих людей, вважалося, що вони просто не хочуть працювати.

В 1991 році Законом України «Про зайнятість населення» була ліквідована відповідальність за тунеядство, легалізоване безробіття.

Протягом Радянського періоду історії найбільша увага приділялася соціальному захисту саме безпритульних дітей, адже війни, голодомори нанесли великий відбиток на становище народу, значна кількість дітей опинилася на вулиці, сильно зріс і рівень дитячої злочинності. Уваги до соціального захисту бездомних осіб з боку законодавця в цей час не приділялося. Вважалося, що такі люди навмисно ухиляються від праці, ведуть характерний спосіб життя. Кримінальний кодекс закріплював відповідальність для бездомних.

Після розпаду Радянського Союзу в країні почалися різкі зміни в економіці та політиці. Внаслідок чого на вулицях опинилися знедолені люди, до того ж легалізувалась вже існуюча раніше бездомність. Це все призвело до ще більшого загострення проблеми.

Прийняттям Конституції України у 1996 році був закладений фундамент для побудови держави, де людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека, визнаються найвищою соціальною цінністю. Стаття 46 закріплює право громадян на соціальний захист, що гарантується, зокрема, створенням мережі державних, комунальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними.

Зазначені конституційні положення набули подальшого розвитку у низці нормативно-правових актів та стали підґрунтям для формування національного законодавства про соціальний захист бездомних осіб і безпритульних дітей.

Закон України «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей», прийнятий 02.06.2005 р., став основним, спеціальним Законом, що регулює відносини у сфері соціального захисту даної категорії осіб. Цей Закон закріплює правовий статус бездомних осіб та безпритульних дітей, принципи їх захисту, систему обліку та реєстрації, запобігання бездомності і безпритульності, реінтеграцію даної категорії та відповідальність за порушення законодавства, оскарження рішень про надання соціальних послуг, а також фінансування заходів, спрямованих на соціальний захист. Прийняття цього Закону – це значний крок до покращення становища даного прошарку населення.

Законом України «Про соціальні послуги» від 19.06.2003 р. регулюються відносини з надання соціальних послуг особам, які їх потребують, до числа яких належать бездомні і безпритульні. Цим Законом закріплені основні поняття, серед яких соціальні послуги та складні життєві обставини, основні принципи надання соціальних послуг, право на їх отримання, надано перелік прав та обов'язків отримувачів послуг та осіб, які їх надають, визначено організаційно-правові засади, форми надання соціальних послуг.

Питанням соціального захисту певних категорій бездомних осіб або безпритульних дітей присвячено низку інших законодавчих актів, у яких в основному закріплюються положення, направлені на профілактику бездомності.

Законом України «Про соціальну адаптацію осіб, які відбувають чи відбули покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк» від 17.03.2011 р. передбачено, що за такими особами зберігається житлове приміщення, яке вони займали на законних підставах до засудження; звільненим, які не мають житла, надається право проживання в соціальних чи спеціальних гуртожитках; для звільнених осіб, громадян похилого віку, інвалідів I

та II груп, які за станом здоров'я потребують стороннього догляду, побутового та медичного обслуговування надається право проживання в спеціальних будинках-інтернатах; а на звільнених бездомних осіб у загальному порядку поширюється Закон України «Про основи соціального захисту бездомних осіб та безпритульних дітей».

У Законі України «Про охорону дитинства» від 26.04.2006 р. закріплюється право дітей на отримання в спадщину житла або іншого майна; заборона батькам або особам, які їх замінюють, без дозволу органів опіки і піклування укладати договори, що підлягають нотаріальному посвідченню та /або державній реєстрації; відмовлятися від належних дитині майнових прав, здійснювати поділ, обмін, відчуження майна. Окрім цього, Закон закріплює право безпритульної дитини на утримання, такі діти тимчасово розміщуються в притулках для дітей служб у справах дітей, отримують належні соціальні послуги.

Закон України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» від 13.01.2005р. закріплює право дітей на житлове забезпечення по досягненню 18-річного віку; право на житло, в якому вони проживали до встановлення опіки, піклування, влаштування в прийомні сім'ї, дитячі будинки; заборону відчужувати без згоди органа опіки і піклування, яка може надаватися лише у разі гарантування збереження права на житло таких дітей, які у свою чергу мають право проживати в дитячих будинках сімейного типу до повернення цього житла або надання нового тощо. Місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування несуть відповідальність за збереження та повернення житла дітям. Ще такі діти можуть зараховуватись на квартирний облік та соціальний квартирний облік.

Також доречним буде назвати Закон «Про житловий фонд соціального призначення» від 12.01.2006 р., який передбачає можливість для громадян без визначеного місця проживання звернутися до органів місцевого самоврядування для отримання соціального житла, де в день звернення бездомний на безоплатній основі направляється в тимчасовий притулок для дорослих, для отримання соціальних послуг, проживання.

Опосередковано регулює відносини, суб'єктами яких є бездомні особи та безпритульні діти, Закон України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» від 11 грудня 2003 р., в якому закріплюється процедура реєстрації, перереєстрації місця проживання, постановки на облік.

Крім того, відносини соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей регулюються численними підзаконними актами: Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Основних напрямів запобігання бездомності до 2017 року» від 13.03.2013 р., Типовим положенням про центр

реінтеграції бездомних осіб, Типовим положенням про будинок нічного перебування, Типовим положенням про центр соціальної адаптації звільнених осіб, затвердженими наказом Міністерства праці та соціальної політики від 14.02.2006 р., Накази Міністерства соціальної політики «Про деякі питання діяльності центру обліку бездомних осіб» від 28.12.2011 р., «Про затвердження Порядку влаштування бездомних осіб похилого віку та інвалідів до стаціонарних соціально-медичних установ та інших закладів соціальної підтримки (догляду)» від 12.03.2011 р., «Про затвердження Порядку взаємодії суб'єктів, що надають соціальні послуги бездомним громадянам» від 19.02.2009 р., Наказ Міністерства праці та соціальної політики та Міністерства охорони здоров'я «Про затвердження нормативно-правових актів щодо надання соціально-медичних послуг бездомним громадянам та особам, звільненим з місць позбавлення волі» від 24.01.2007 р. тощо.

Висновки. Ставлення до бездомних з боку держави протягом історичного розвитку змінювалось від переслідувань до підтримки. Проте рівень бездомності в країні свідчить про рівень соціальної відповідальності саме суспільства за малозабезпечених, хворих, бездомних осіб. Проблемою у вирішенні даного питання є не лише недосконалість законодавства та відсутність ресурсів для його реалізації, а й ставлення громадян до таких людей, над чим ще слід працювати не один рік.

Література:

1. Якубова Л. А. Особливості соціально-педагогічної роботи з бездоглядними та безпритульними дітьми та молоддю / Л. А. Якубова // Педагогічний дискурс. — № 13. — 2012. — С. 432.
2. Иванова Р. И. Социальное обеспечение в государственно организованном обществе: генезис, развитие и функционирование (правовой аспект): автореф. дис. на соискание ученой степени доктора юрид. наук / Р. И. Иванова. — М., 1987. — 20 с.
3. Никифоров А. Бездомность вчера, сегодня... Завтра? / А. Никифоров // Правозащитник. — 1998. — № 3. — С. 24-33.

4. Стопчак А. Ю. Историчні аспекти виникнення та еволюції соціального захисту населення в Україні / А. Ю. Стопчак // Вісник Хмельницького національного університету. — 2010. — № 1. — Т. 1. — С. 60-64.
5. Ступчак Ф. Прикази громадської опіки і системи охорони здоров'я: досвід діяльності / Ф. Ступчак // Вісник Київського національного університету імені Т. Шевченка. Українознавство. — 2004. — № 8. — С. 14-17.
6. Жванко Л. Основи політики Української Держави у сфері охорони здоров'я та соціального захисту населення (квітень — грудень 1918 р.) / Л. Жванко // Київська старовина. — 2006. — № 2. — С. 63-75.
7. Колосова О. О. Правове забезпечення соціального захисту безпритульних дітей і дітей-сиріт в політиці урядів УНР та Гетьманату 1917-1921 рр. / О. О. Колосова // Актуальні проблеми політики: Зб. наук. праць. — 1997-2009. — № 38. — 844 с. — С. 599-608.
8. Антонюк Т. Дитячий будинок як форма соціального виховання: історичний аспект / Т. Антонюк // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Українознавство. — 2004. — № 8. — С. 21-25.
9. Анатольєва О.І. Правове регулювання боротьби з безпритульністю, бездоглядністю та правопорушеннями неповнолітніх в УСРР у 20-х роках ХХ століття: автореферат дис. на здобуття наукового ступеня к. ю. н. / О.І. Анатольєва. — К., 2003.
10. Зінченко А. Г. Дитяча безпритульність в радянській Україні в 20-х — першій половині 30-х років ХХ століття: автореферат дис. на здобуття наукового ступеня к.і. н. / А. Г. Зінченко. — О., 2002.

Гудзь А. А. Становление и развитие законодательства о социальной защите бездомных лиц и беспризорных детей

Аннотация. В статье рассматривается исторический аспект становления и развития правового обеспечения социальной защиты бездомных лиц и беспризорных детей в Украине начиная с древних времен и до сегодня.

Ключевые слова: бездомность, беспризорность, социальная защита, бездомные лица, беспризорные дети.

Gudzy A. Establishment and development of legislation on social protection of homeless people and street children

Summary. The article considers the historical aspect of formation and development of the legal support of social protection of homeless people and street children in Ukraine from the ancient times up to nowadays.

Keywords: homelessness, social protection, homeless people, street children.

*Коцовська О. Л.,
аспірант відділу проблем державного
управління та адміністративного права
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

ДО ПИТАННЯ ПРО РЕАЛІЗАЦІЮ ОРГАНАМИ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ ОХОРОНИ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ

Анотація. У статті обґрунтовується значення адміністративного права для охорони прав споживачів. Розглядаються органи виконавчої влади як суб'єкти адміністративно-правової охорони прав споживачів. Класифікуються адміністративно-правові засоби охорони прав споживачів. Аналізується кожен з видів адміністративно-правових засобів охорони прав споживачів, що застосовується органами виконавчої влади.

Ключові слова: адміністративно-правова охорона прав споживачів, орган виконавчої влади, адміністративно-правові засоби охорони прав споживачів.

Постановка проблеми. Права споживачів та їх охорона є предметом правового регулювання різних галузей права. Однак, як видається, адміністративне право займає серед них особливе місце. Забезпечення існуючого правового порядку та оберігання прав споживачів від можливих протиправних посягань є важливою функцією публічної адміністрації, насамперед, органів виконавчої влади.

Викладення основного матеріалу. Адміністративно-правова охорона прав споживачів – це здійснюваний за допомогою специфічних правових засобів (адміністративно-правових засобів охорони прав споживачів) результативний, організаційно-правовий вплив на такі права, який має попереджувальний характер, реалізується суб'єктами адміністративного права з метою підтримання існуючого стану прав споживачів та оберігання їх прав від можливих протиправних посягань.

Серед суб'єктів адміністративного права, які застосовують засоби адміністративно-правової охорони прав споживачів, в першу чергу слід виокремити органи виконавчої влади.

Органами виконавчої влади, які беруть участь у відносинах адміністративно-правової охорони прав споживачів, є, зокрема, Кабінет Міністрів України, Міністерство економічного розвитку та торгівлі України, Державна інспекція України з питань захисту прав споживачів, Міністерство інфраструктури України, Державне агентство України з туризму та курортів, Міністерство аграрної політики та продовольства України, Державна ветеринарна та фітосанітарна служба України, Державне агентство рибного господарства України, Міністерство охорони здоров'я

України, Державна служба України з лікарських засобів, Державна санітарно-епідеміологічна служба України, Антимонопольний комітет України, Державний комітет телебачення і радіомовлення України, місцеві державні адміністрації тощо.

Діяльність, в ході якої ці органи реалізують свої повноваження у адміністративно-правових відносинах, охоплює різноманітні напрями впливу на права споживачів. На основі законодавства України у сфері охорони прав споживачів, а також на основі зарубіжного досвіду [1, 2], можна виокремити наступні групи адміністративно-правових засобів охорони прав споживачів, які застосовуються органами виконавчої влади:

- 1) засоби, спрямовані на надання доступу для зайняття господарською діяльністю, що є передумовою охорони прав споживачів;
- 2) засоби, спрямовані на регулювання провадження діяльності з виробництва, реалізації товарів, надання послуг;
- 3) засоби, спрямовані на встановлення вимог для товарів та послуг;
- 4) засоби, спрямовані на підтвердження відповідності товарів та послуг;
- 5) засоби, спрямовані на регулювання державної політики цін та ціноутворення;
- 6) засоби, спрямовані на здійснення контролю та нагляду;
- 7) засоби, спрямовані на надання споживачам інформації.

На нашу думку, перша група визначених нами адміністративно-правових засобів включає насамперед державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців, відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців», яка становить передумову для зайняття підприємницькою діяльністю. Однак цей засіб має лише опосередковане відношення до охорони прав споживачів.

Важливим адміністративно-правовим засобом охорони прав споживачів цієї групи є ліцензування. Відповідно до Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» [11], ліцензуванням є видача, переоформлення та анулювання ліцензій, видача дублікатів ліцензій, ведення

ліцензійних справ та ліцензійних реєстрів, контроль за додержанням ліцензіатами ліцензійних умов, видача розпоряджень про усунення порушень ліцензійних умов, а також розпоряджень про усунення порушень законодавства у сфері ліцензування. Суть видачі ліцензії полягає у зобов'язанні відповідного суб'єкта господарювання виконувати ліцензійні умови, тобто, положення нормативно-правового акта, встановленого з урахуванням вимог законів, який встановлює вичерпний перелік організаційних, кваліфікаційних та інших спеціальних вимог для провадження видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню.

Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» визначив, що реалізацію державної політики у сфері ліцензування здійснює, насамперед, спеціально уповноважений орган з питань ліцензування, яким на сьогодні є Міністерство економічного розвитку та торгівлі України. Органами ліцензування, які уповноважені на проведення ліцензування певних видів господарської діяльності, є визначені Кабінетом Міністрів України органи виконавчої влади, наприклад, Державна служба України з лікарських засобів стосовно діяльності з виробництва лікарських засобів, торгівлі лікарськими засобами, імпорту лікарських засобів, Міністерство охорони здоров'я України стосовно медичної практики тощо. Державну політику з ліцензування реалізують також і уповноважені законом державні колегіальні органи та спеціально уповноважені виконавчі органи рад. Розробку та реалізацію державної політики ліцензування телерадіомовлення здійснює Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення.

До інших адміністративно-правових засобів охорони прав споживачів, спрямованих на надання доступу до зайняття господарською діяльністю, є, наприклад, передбачене у Законі України «Про безпечність та якість харчових продуктів» [4] обов'язкове отримання експлуатаційного дозволу, який видається відповідним головним державним санітарним лікарем та /або відповідним головним державним інспектором ветеринарної медицини; обов'язкова державна реєстрація окремих видів харчових продуктів, яка провадиться, зокрема, санітарною службою; антимонопольні заходи та ін.

Наступною групою адміністративно-правових засобів охорони прав споживачів, які застосовуються органами виконавчої влади, є засоби, спрямовані на регулювання порядку провадження діяльності з виробництва, реалізації товарів та надання послуг. До цієї групи, перш за все, можна віднести нормативно-правові акти органів публічної адміністрації, спрямовані на встановлення порядку здійснення відповідного виду господарської діяльності (наприклад, Постанова Кабінету Міністрів України від 15 червня 2006 р. № 833 «Про затвердження Порядку провадження торговельної діяльності та правил торговельного обслуговування на ринку споживчих

товарів» [25], Наказ Міністерства економіки України від 19 квітня 2007 № 104 «Про затвердження Правил роздрібної торгівлі непродовольчими товарами» [18] та інші акти).

Ліцензійні умови (наприклад, Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з медичної практики, затвержені Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 02.02.2011 № 49 [19], Ліцензійні умови провадження страхової діяльності, затвержені Розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 28.08.2003 № 40 [28] та ін.) як нормативно-правовий акт, положення якого встановлюють кваліфікаційні, організаційні, технологічні та інші вимоги для провадження певного виду господарської діяльності, і які видаються органами ліцензування, також, вважаємо, належать до цієї групи адміністративно-правових засобів.

Третя група об'єднує адміністративно-правові засоби охорони прав споживачів, які полягають у встановленні обов'язкових вимог для товарів та послуг. Це, насамперед, особливі нормативно-правові акти, які приймаються у процесі здійснення уповноваженими на це органами технічного регулювання та стандартизації, а саме, технічні регламенти, стандарти, кодекси усталеної практики та технічні умови. Слід зазначити, що до цих актів можемо віднести не лише національні, але і міжнародні акти, зокрема, стандарти таких міжнародних організацій, учасником яких є Україна, як ISO – Міжнародна організація зі стандартизації, IEC – Міжнародна електротехнічна комісія, ITU – Міжнародний союз електротехнічного зв'язку, UPU – Всесвітній поштовий союз та ін. Видання нормативно-правових актів такого характеру є важливим напрямком охорони прав споживачів. Встановлення на офіційному рівні вимог до продукції та послуг, а також критеріїв їхньої відповідності, означає гарантію споживача на те, що придбана, замовлена чи отримана ним продукція або послуга відповідатиме рівню, не нижчому ніж встановлений.

До цієї групи адміністративно-правових засобів можемо віднести також деякі державні санітарні норми та правила, санітарно-гігієнічні та санітарно-протиепідемічні правила і норми, санітарно-епідеміологічні правила і норми, протиепідемічні правила і норми, гігієнічні та протиепідемічні правила і норми, державні санітарно-епідеміологічні нормативи, санітарні регламенти, які містять вимоги до товарів та послуг, зокрема, Державні санітарні норми та правила «Гігієнічні вимоги до води питної, призначеної для споживання людиною» (ДСанПіН 2.2.4-171-10), затвержені Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 12.05.2010 № 400 [20], Державні санітарні норми і правила «Гігієнічні вимоги до друкованої продукції для дітей», затвержені Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 18.01.2007 № 13 [21] та інші.

Слід зазначити, що вимоги до товарів та послуг, які реалізуються чи надаються споживачам, містяться у різноманітних не систематизованих актах, які видаються різними суб'єктами та, подекуди, є неузгодженими. На нашу думку, більш ефективно було б систематизувати такі акти відповідно до виду товару чи послуги, яких вони стосуються, наприклад, шляхом інкорпорації у збірниках нормативно-правових актів, що значно б полегшило використання їх у практиці і самими споживачами.

Четверту групу адміністративно-правових засобів охорони прав споживачів складають такі, що спрямовані на підтвердження відповідності товарів і послуг, тобто, встановлення рівня якості та ступеня належності товарів та послуг, які вже існують на ринку.

Процедура підтвердження відповідності регулюється, насамперед, загальними законами України «Про підтвердження відповідності» [14], «Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності» [15]. Органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію державної політики у сфері підтвердження відповідності є Міністерство економічного розвитку і торгівлі України. Процедури підтвердження відповідності прямо чи опосередковано використовуються для визначення того, чи виконуються встановлені вимоги у відповідних технічних регламентах чи стандартах. Процедури оцінки відповідності включають процедури відбору зразків, випробування, здійснення контролю, оцінку, перевірку, реєстрацію, акредитацію та затвердження, а також їх поєднання.

До наступної групи, як ми визначили раніше, належать адміністративно-правові засоби, спрямовані на регулювання державної політики цін та ціноутворення.

Засоби, які застосовуються відповідно до Закону України «Про ціни і ціноутворення» [16] у процесі реалізації цінової політики та регулювання відносин із формування, встановлення та застосування цін, а також у ході здійснення державного контролю (нагляду) та спостереження у сфері ціноутворення, спрямовані, головним чином, на регулювання відносин між суб'єктами господарювання, впорядкування ринкових відносин. Однак, деякі з цих адміністративно-правових засобів є і додатковими гарантіями прав споживачів, за їх допомогою безпосередньо здійснюється охорона прав споживачів.

Першим напрямком охорони прав споживачів, відповідно до названого закону, є запровадження державних регульованих цін. Державне регулювання цін здійснюється уповноваженими органами публічної адміністрації, до переліку яких, визначених у Постанові Кабінету Міністрів України від 25 грудня 1996 р. «Про встановлення повноважень органів виконавчої влади та виконавчих органів міських рад щодо регулювання цін (тарифів)» [27], належить, наприклад, Міністерство інфраструктури України,

Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, Міністерство освіти і науки України та ін.

Ще одним напрямком охорони прав споживачів у сфері ціноутворення є державне спостереження, яке здійснюється за допомогою такого адміністративно-правового засобу, як проведення моніторингу вільних цін (дослідження динаміки цінових процесів на товарних ринках) та державних регульованих цін, визначене постановою Кабінету Міністрів України від 13 червня 2002 р. «Про заходи щодо проведення моніторингу цін і тарифів на споживчому ринку» [23], яке здійснюється Державною інспекцією України з контролю за цінами та її територіальними органами.

Регулювання реалізації державної політики цін та ціноутворення відповідно до деяких спеціальних законів, наприклад, законів України «Про електроенергетику» [7], «Про питну воду та питне водопостачання» [13], «Про лікарські засоби» [10] та ін., здійснюється спеціалізованими у відповідних сферах органами виконавчої влади.

Одним із важливих адміністративно-правових засобів охорони прав споживачів, які застосовуються органами виконавчої влади, є здійснення контролю і нагляду у сфері охорони прав споживачів.

Як зазначається у науковій літературі, державний контроль полягає у спостереженні та перевірці розвитку суспільної системи й усіх її елементів відповідно до визначених напрямів, а також у попередженні та виправленні можливих помилок і неправомірних дій, що перешкоджають такому розвитку [3]. Отже, контроль включає в себе і попереджувальний, превентивний вплив, тобто, може вважатися одним з правових засобів охорони в цілому, та адміністративно-правових засобів охорони прав споживачів зокрема.

Основними нормативно-правовими актами, які регулюють відносини у цій сфері, можна визнати Закони України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» [12], «Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції» [5], «Про безпечність та якість харчових продуктів».

Хоча в Законі України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» вказано, що перелік органів, уповноважених на здійснення державного контролю повинен визначатися виключно законом, Закон України «Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції» відсилає з цього питання до Постанови Кабінету Міністрів України від 01.06.2011 № 573 «Про затвердження переліку органів державного ринкового нагляду та сфер їх відповідальності» [22]. Таким чином, державний ринковий нагляд здійснюють, зокрема, Державна інспекція України з питань захисту прав споживачів, Державна ветеринарна та фітосанітарна служба України, Державна служба України з лікарських засобів та ін.

Державний контроль та нагляд за харчовими продуктами здійснюється відповідно до Закону України «Про безпечність та якість харчових продуктів» інспекторами Державної санітарно-епідеміологічної служби України, Державної ветеринарної та фітосанітарної служби України.

Як вже зазначалося, адміністративно-правовими засобами охорони прав споживачів є також засоби, спрямовані на надання споживачам інформації. Належне інформування органами виконавчої влади споживачів є запорукою їхньої обізнаності, насамперед, стосовно своїх прав та способів їх охорони і захисту, а також щодо переваг чи недоліків відповідних товарів та послуг, користі чи ризиків, які можуть нести такі продукти, тощо.

Право споживачів на інформацію закріплене, насамперед, у загальному законі «Про інформацію» [9]. Воно забезпечується, зокрема, положенням про те, що інформація про вплив товару (роботи, послуги) на життя та здоров'я людини не може бути віднесена до інформації з обмеженим доступом.

Крім цього, адміністративно-правовими засобами, спрямованими на забезпечення права на інформацію, відповідно до Закону України «Про інформацію», є створення механізму реалізації права на інформацію; можливостей для вільного доступу до статистичних даних, архівних, бібліотечних і музейних фондів, інших інформаційних банків, баз даних, інформаційних ресурсів; обов'язок суб'єктів владних повноважень інформувати громадськість та засоби масової інформації про свою діяльність і прийняті рішення; визначити спеціальні підрозділи або відповідальних осіб для забезпечення доступу запитувачів до інформації; здійснення державного і громадського контролю за додержанням законодавства про інформацію; встановлення відповідальності за порушення законодавства про інформацію. Закон України «Про інформацію» не встановлює переліку органів, уповноважених на реалізацію державної політики у цій сфері. З цього можна зробити висновок, що забезпечення, охорону та захист права на інформацію у певних сферах здійснюють центральні органи виконавчої влади відповідно до галузевої належності.

Відповідно до Закону України «Про доступ до публічної інформації» [6], доступ до інформації забезпечується, зокрема, шляхом її систематичного та оперативного оприлюднення в офіційних друкованих виданнях, на офіційних веб-сайтах в мережі Інтернет, на інформаційних стендах тощо розпорядниками інформації, до яких, зокрема, належать суб'єкти владних повноважень – органи державної влади, інші державні органи, органи місцевого самоврядування, органи влади Автономної Республіки Крим, інші суб'єкти, що здійснюють владні управлінські функції відповідно до законодавства та рішення яких є обов'язковими для виконання.

Адміністративно-правові засоби охорони прав споживачів, спрямовані на надання споживачам інформації, передбачені також у ряді спеціальних нормативно-правових актах, які стосуються певного виду продукції, зокрема, у законах України «Про загальну безпечність нехарчової продукції», «Про лікарські засоби», «Про питну воду та питне водопостачання» тощо, реалізуються спеціалізованими у відповідних сферах органами виконавчої влади.

Ще одним напрямком інформування споживачів з боку органів публічної адміністрації є запровадження обов'язкового позначення товарів та послуг (етикетування).

Відповідно до Закону України «Про безпечність та якість харчових продуктів», вимоги до етикетування харчових продуктів встановлюються згаданим законом, а також відповідними технічними регламентами, які приймаються, зокрема, Кабінетом Міністрів України (наприклад, Технічний регламент з екологічного маркування, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 18 травня 2011 р. № 529 [26]), іншими центральними органами виконавчої влади (наприклад, Технічний регламент щодо правил маркування харчових продуктів, затверджений Державним комітетом України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 28.10.2010 № 487 [17] тощо). Стосовно етикетування та маркування нехарчових продуктів вимоги також встановлюються у відповідних технічних регламентах Кабінетом Міністрів України та центральними органами виконавчої влади (зокрема, у Технічному регламенті енергетичного маркування електрообладнання побутового призначення, затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 14 січня 2009 р. № 13 [24] та інших документах).

Як видається, держава повинна була б більш активно використовувати адміністративно-правові засоби, спрямовані на надання інформації споживачам, а сам арсенал таких засобів повинен бути розширеним.

Висновки. Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок про те, що органи виконавчої влади можуть використовувати у своїй діяльності наступні адміністративно-правові засоби охорони прав споживачів: засоби, спрямовані на надання доступу для зайняття господарською діяльністю, що є передумовою охорони прав споживачів; засоби, спрямовані на регулювання провадження діяльності з виробництва, реалізації товарів, надання послуг; засоби, спрямовані на встановлення вимог для товарів та послуг; засоби, спрямовані на підтвердження відповідності товарів та послуг; засоби, спрямовані на регулювання державної політики цін та ціноутворення; засоби, спрямовані на здійснення контролю та нагляду; засоби, спрямовані на надання споживачам інформації. Хоча, на сьогодні вони на жаль не визначені у чинному законі України «Про захист прав споживачів» [8].

Література:

1. Bauschke G. Verbraucherschutz im öffentlichen Recht aus der Sicht des Lebensmittelrechts / Bauschke G. // Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht. Herausgegeben vom Rolf Stober. — Band 67. — Carl Heymanns Verlag. — S. 152-180.
2. Graf C. Staatlicher Verbraucherschutz und private Unternehmerverantwortung / Graf C., Paschke M., Stober R. // Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht. Herausgegeben vom Rolf Stober. — Band 55. — Fünfter Hamburger Wirtschaftsrechtstag vom 17.4.02. — Carl Heymanns Verlag KG: Kuhn, Berlin, Bonn, München. — S. 30-31.
3. Адміністративне право України. Академічний курс: підруч.: у 2 т. / Ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова) та ін. — Том 1. Загальна частина — К.: Юридична думка, 2007. — 592 с.
4. Про безпечність та якість харчових продуктів: Закон України від 23 грудня 1997 № 771 /97-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 19. — Ст. 98 (з наступними доповненнями та змінами).
5. Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції: Закон України від 02.12.2010 № 2735-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 21. — Ст. 144 (з наступними змінами та доповненнями).
6. Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13 січня 2011 року № 2939-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 32. — Ст. 314 (з наступними змінами та доповненнями).
7. Про електроенергетику: Закон України від 16 жовтня 1997 № 575 /97-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 1. — Ст. 1 (з наступними змінами і доповненнями).
8. Про захист прав споживачів: Закон України від 12 травня 1991 № 1023-XII (в редакції Закону № 3682-XII від 15.12.93, ВВР, 1994, № 1, ст. 1) // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 1. — Ст. 1 (з наступними змінами і доповненнями).
9. Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 № 2657-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 48. — Ст. 650 (з наступними змінами та доповненнями).
10. Про лікарські засоби: Закон України від 04 квітня 1996 № 123 /96-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 22. — Ст. 86 (з наступними доповненнями та змінами).
11. Про ліцензування певних видів господарської діяльності: Закон України від 01.06.2000 № 1775-III // Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 36. — Ст. 299 (з наступними змінами та доповненнями).
12. Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності: Закон України від 05.04.2007 № 877-V // Відомості Верховної Ради України. — 2007. — № 29. — Ст. 389 (з наступними змінами та доповненнями).
13. Про питну воду та питне водопостачання: Закон України від 10 січня 2002 № 2918-III // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 16. — Ст. 112 (з наступними змінами і доповненнями).
14. Про підтвердження відповідності: Закон України від 17.05.2001 № 2406-III // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 32. — Ст. 169 (з наступними змінами та доповненнями).
15. Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності: Закон України від 01.12.2005 № 3164-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 12. — Ст. 101 (з наступними змінами та доповненнями).
16. Про ціни і ціноутворення: Закон України від 21.06.2012 № 5007-VI // Офіційний вісник України. — 2012. — № 58. — Ст. 2309 (з наступними змінами та доповненнями).
17. Про затвердження Технічного регламенту щодо правил маркування харчових продуктів: Наказ Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 28.10.2010 № 487 // Офіційний вісник України. — 2011. — № 12. — Ст. 540 (з наступними змінами).
18. Про затвердження Правил роздрібної торгівлі непродовольчими товарами: Наказ Міністерства економіки України від 19 квітня 2007 N 104 // Офіційний вісник України. — 2007. — № 86. — Ст. 3183 (з наступними змінами та доповненнями).
19. Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з медичної практики: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 02.02.2011 № 49 // Офіційний вісник України. — 2011. — № 13. — Ст. 551 (з наступними змінами та доповненнями).
20. Про затвердження Державних санітарних норм та правил «Гігієнічні вимоги до води питної, призначеної для споживання людиною»: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 12.05.2010 № 400 // Офіційний вісник України. — 2010. — № 51. — Ст. 99. — Ст. 1717 (з наступними змінами та доповненнями).
21. Про затвердження Державних санітарних норм і правил «Гігієнічні вимоги до друкованої продукції для дітей»: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 18.01.2007 № 13 // Офіційний вісник України. — 2007. — № 8. — Ст. 145. — Ст. 323 (з наступними змінами та доповненнями).
22. Про затвердження переліку органів державного ринкового нагляду та сфер їх відповідальності: Постанова Кабінету Міністрів України від 01.06.2011 № 573 // Офіційний вісник України. — 2011. — № 41. — Ст. 1687 (з наступними змінами та доповненнями).
23. Про заходи щодо проведення моніторингу цін і тарифів на споживчому ринку: Постанова Кабінету Міністрів України від 13 червня 2002 р. № 803 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 24. — Том 1. — Ст. 1161 (з наступними змінами та доповненнями).
24. Про затвердження Технічного регламенту щодо назв текстильних волокон і маркування текстильних виробів: Постанова Кабінету Міністрів України від 14 січня 2009 р. № 13 // Офіційний вісник України. — 2009. — № 3. — Ст. 86 (з наступними змінами та доповненнями).
25. Про затвердження Порядку провадження торговельної діяльності та правил торговельного обслуговування на ринку споживчих товарів: Постанова Кабінету Міністрів України від 15 червня 2006 р. N 833 // Офіційний вісник України. — 2006. — № 25. — Ст. 1818 (з наступними змінами та доповненнями).
26. Про затвердження Технічного регламенту з екологічного маркування: Постанова Кабінету Міністрів України від 18 травня 2011 р. № 529 // Офіційний вісник України. — 2011. — № 39. — Ст. 1599 (з наступними змінами та доповненнями).
27. Про встановлення повноважень органів виконавчої влади та виконавчих органів міських рад щодо регулювання цін (тарифів): Постанова Кабінету Міністрів України від 25 грудня 1996 р. // Урядовий кур'єр. — 1997. — № 11-12 (з наступними змінами та доповненнями).
28. Про затвердження ліцензійних умов провадження страхової діяльності: Розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 28.08.2003 № 40 // Офіційний вісник України. — 2003. — № 38. — Ст. 2047 (з наступними змінами та доповненнями).

Коцовська О. Л. К вопросу о реализации органами исполнительной власти административно-правовых средств охраны прав потребителей

Аннотация. В статье обосновывается значение административного права для охраны прав потребителей. Рассматриваются органы исполнительной власти как субъекты административно-правовой охраны прав потребителей. Классифицируются административно-правовые средства охраны прав потребителей. Анализируется каждый из видов административно-правовых средств охраны прав потребителей, которые применяются органами исполнительной власти.

Ключевые слова: административно-правовая охрана прав потребителей, орган исполнительной власти, административно-правовые средства охраны прав потребителей.

Kotsovska O. On the problem of realization by executive authorities of administrative and legal means for consumer rights protection

Summary. This article is devoted to the significance of administrative means for consumer rights protection and their justification is provided there. The executive authorities as subjects of administrative and legal protection of consumer rights are analyzed. The author provides the classification of administrative and legal means for consumer rights protection and describes in detail all types of administrative and legal means of consumer rights protection applicable by executive authorities.

Keywords: administrative and legal protection of consumer rights, executive authority, administrative and legal means for consumer rights protection.

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ
ПРАВО І ПРОЦЕС

*Кізлова О. С.,
д. ю. н., професор
кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету*

ВЕКСЕЛЬ У ЗАСТАВНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Анотація. В даній статті розглянуті основні положення застосування векселя у заставних правовідносинах. Встановлено, що зі всіх груп цінних паперів, що знаходяться в Україні в цивільному обігу, одним із найбільш дискусійних питань, що належить до застави цінних паперів, є питання про заставу векселя.

Ключові слова: заставні правовідносини, цінні папери, вексель, застава векселя.

Постановка проблеми. Впродовж декількох століть у цивілістичній науці розробляється теорія цінних паперів, проте і сьогодні правильне зауваження Г. Ф. Шершеневича про те, що «поняття про цінні папери досі не прояснилося ні в житті, ані в науці, ані в законодавстві». Багато в чому це пов'язано з подвійністю їхньої правової природи. К. Анненков, цитуючи Н. О. Нерсесова, зазначав, що деякі з інститутів цивільного права стоять ніби на рубежі речового і зобов'язального права, до їх числа відносять і цінні папери, які за деякими властивостями підлягають визначенню зобов'язального права, а за іншими – речового [1].

Викладення основного матеріалу. Відповідно до ст. 177 ЦКУ, цінні папери належать до об'єктів цивільних прав, зокрема речей (майна), і саме як такі ми розглядаємо їх при дослідженні заставних правовідносин.

Віднесення законодавцем цінних паперів до такого виду майнових об'єктів, як речі, впливає і з аналізу статей ЦКУ: наприклад, ч. 2 ст. 115 ЦКУ, в якій визначається, що вкладом до статутного капіталу господарського товариства можуть бути гроші, цінні папери, інші речі; ст. 116 ЦКУ надає учасникові господарського товариства право здійснювати відчуження саме цінних паперів; ст. 389 ЦКУ в імперативній формі визначає, що цінні папери на пред'явника не можуть бути витребувані від добросовісного набувача, а, як відомо, цивілістична доктрина дозволяє застосувати інститути ввідикації лише до речей; ст. 576 ЦКУ чітко встановлює, що предметом застави може бути будь-яке майно (зокрема, речі, цінні папери, майнові права). Тобто предметом застави є не право з цінних паперів, а саме цінні папери.

Таким чином, законодавець у ЦК України викладав концепцію, відносно якої цінні папери є речами та об'єктами речового права, але, як визначає О. В. Регурецька, його позиція є дещо непослідовною. Так,

відповідно до норм ЦКУ, права, посвідчені іменними цінними паперами, передаються в порядку, встановленому для відступлення права вимоги (цесії), тобто за змістом прирівнюються до зобов'язаних прав, які можна відступити іншій особі. При цьому цінні папери визначаються об'єктом права власності, у тому числі в п. 2 ст. 194 ЦК України [2].

І все-таки віднесення в ЦКУ цінних паперів до категорії рухомих речей, безумовно, вплинуло на можливість їх застави.

Цінні папери, будучи одним із найбільш універсальних видів предмета застави, можуть використовуватися будь-яким суб'єктом цивільного обігу, у торгівлі це застава векселів, складських свідоцтв, коносаментів, у банківській і фінансовій сферах – акції, облігації, заставні свідоцтва при кредитуванні виробничих організацій, у заставу надається будь-який з перерахованих видів цінних паперів.

Зі всіх груп цінних паперів, що знаходяться в Україні в цивільному обігу¹, одним із найбільш дискусійних питань, що належить до застави цінних паперів, є питання про заставу векселя.

Пов'язано це з цілим рядом причин: по-перше, як і відносно інших видів цінних паперів, відносно векселя незрозуміло – чи є предметом застави папір або засвідчене ним право; по-друге, неясна роль заставного індосаменту, а саме, чи є він підставою виникнення застави відповідно до норм ЦК України.

Для того, щоб розібратися в цьому питанні, необхідно мати чітке уявлення про сам вексель як про цінний папір, а також необхідно визначитися з обсягом тих відносин, які виникають з цього приводу.

В Україні правове регулювання вексельного обігу здійснюється Законами України «Про цінні папери та фондовий ринок», «Про обіг векселів в Україні», нормами Женевських вексельних конвенцій № 358 і 359, які встановили Єдиний Закон про перевідний і простий вексель 1930 року [3].

¹ У цивільному обігу знаходяться такі цінні папери, як пайові цінні папери (акції, інвестиційні сертифікати), боргові цінні папери (облігації підприємств, державні облігації України, облігації місцевих позик), казначейські зобов'язання України, ошадні (депозитні) сертифікати, векселі, іпотечні цінні папери (іпотечні облігації, іпотечні сертифікати, застави, сертифікати ФОН), приватизаційні цінні папери, товаророзпорядчі цінні папери. Див.: [56] Бутук А.И. Экономическая теория : учеб. пособ. / А.И. Бутук. – К. : Вікар, 2000. – С. 644.

На базі норм цих конвенцій було прийнято «Положення про перевідний і простий вексель» від 7 серпня 1937 року з урахуванням деяких особливостей [4]. Україна є правонаступницею прав та обов'язків Союзу РСР за вексельними конвенціями 1930 року згідно зі ст. 7 Закону «Про правонаступництво України».

Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі набрав чинності в Україні з 6 січня 2000 року [5].

Механізм використання векселів як інструментів кредитування та платежу визначають такі документи: Закон України «Про нотаріат» (ст. 92), нормативні документи НБУ, зокрема Положення про безготівкові розрахунки в господарському обігу від 24 травня 1993 року; Порядок проведення банками операцій з векселями, затверджений 25 лютого 1993 року; та Роз'яснення щодо використання векселів у господарському обігу [6].

Вексель¹ [7] існує вже понад шість століть і є знаряддям комерційного кредиту, його інколи називають торгівельними грошима, оскільки він виникає безпосередньо з торгівельних операцій.

Якщо вексель складений та оформлений правильно, то це є безперечним зобов'язанням, у якому не вказується об'єкт кредитної операції, що впливає з товарообміну. Згідно із законодавчим визначенням векселя переказний вексель може визнаватися цінним папером лише тоді, коли він містить зобов'язання його платника про сплату вексельної суми. Однак, як вважає В. О. Гончаренко, на практиці можливі ситуації існування векселя як цінного папера без його акценту [8].

Вексельні зобов'язання – це письмове поручництво (гарантійний запис) за векселем, що здійснює третя особа (аваліст), яка бере на себе відповідальність за виконання вексельного зобов'язання, за чужим вексельним боргом: акцептанта, векселедавця, індосанта.

У науковій літературі неодноразово підкреслюється думка про те, що внаслідок особливостей конструкції застави векселя, відповідно до вексельного права, можна говорити про існування вексельної застави, особливий різновид застави, що істотно відрізняється від застави як інституту цивільного права.

Перша відмінність полягає в тому, що цивільно-правова застава виникає на підставі закону або договору, вексельна застава виникає на підставі так званого «заставного індосаменту», який є односторонньою операцією, друга відмінність у тому, що договір застави є операцією, яка забезпечує виконання зобов'язання щодо іншої операції, має залежний від основного зобов'язання субсидіарний характер і припиняється

в разі недійсності основного зобов'язання. У вексельному праві поняття «заставний індосамент» використовується для позначення спеціального виду передавального напису, що засвідчує факт передачі векселя під заставу. Слід відмітити, що само вексельне законодавство такого терміну, як «заставний індосамент», не закріплює. На практиці цей термін вживається для позначення індосаменту, що містить застереження особливого характеру. Так, ст. 19 Конвенції про переказні та прості векселі згадує про застереження, «що має на увазі заставу». Однак і у судовій практиці по спорах, що виникають з вексельних правовідносин, і у теоретичних дослідженнях термін «заставний індосамент» є загальноживим.

Вексельна застава є самостійною операцією, і недійсність основного зобов'язання не тягне недійсності вексельної застави, що дозволяє стягнути збитки, заподіяні у зв'язку з недійсністю забезпеченого заставою зобов'язання. По-третє, звернення стягнення при цивільній правовій заставі можливе в разі невиконання або неналежного виконання забезпеченого заставою зобов'язання за обставинами, за які відповідає заставодавтель. Право звернення стягнення на предмет вексельної застави не ставить вексель у залежність від наявності або відсутності будь-яких зобов'язань між заставодавцем або заставодержателем.

Векселедержатель – заставодержатель має право здійснити права, що впливають з векселя. По-четверте, до вексельної застави не застосовуються правила про черговість задоволення вимоги кредиторів при банкрутстві заставодавтеля. По-п'яте, припинення вексельної застави здійснюється не за підставою, передбаченою для застави, а на підставі зворотного індосаменту векселедержателя – заставодержателя, на користь заставодавтеля або закресленням заставного індосаменту. По-шосте, через специфіку заставного індосаменту та особливостей векселя як цінного папера подальша вексельна застава неможлива. По-сьоме, порядок звернення стягнення на предмет вексельної застави не пов'язаний із судовими процедурами і здійснюється через заставний індосамент та умови, що містяться в тексті векселя.

Н. В. Ковальов, на наш погляд, розглянув у всіх аспектах відмінності цивільно-правової застави від вексельної застави, тому ми визнали доцільним процитувати їх, практично, повністю [9].

Досить спірним було і залишається питання про заставний індосамент, а саме, яким чином він тягне створення застави відповідно до норм ЦК України, якщо є одним із різновидів індосаменту, що не передає право власності на вексель.

Як справедливо відзначає А. А. Вишневський, «застава векселя, виконана у формі заставного індосаменту, не є за своєю юридичною природою заставою в тому значенні, яке надається заставі цивільним законодавством.

¹ Вексель – цінний папір, який засвідчує грошове зобов'язання сплатити за пред'явленням або в установленний строк конкретну суму певній особі, або особі, яка вказується цією особою, або пред'явникові векселя. Простий вексель – це нічим не обумовлений обов'язок векселедавця сплатити певну суму грошей кредиторів. Переказний – це письмовий наказ кредитора боржникові (трасату) про сплату в зазначений строк певної суми грошей іншій особі (ремітенту).

Правила звернення стягнення закладеного майна абсолютно непридатні до застави векселя, оскільки держатель векселя за заставним індосаментом має право вимагати вексельну суму незалежно від долі того зобов'язання, яке було забезпечено заставою векселя» [10].

На думку Л. А. Новоселової, «з урахуванням особливостей оформлення права застави, змісту прав заставодателя, залежності права заставодержателя від долі основного зобов'язання, особливого порядку реалізації предмета застави, застава векселя є особливою формою застави.

У відносинах боржників щодо векселя векселедержатель є кредитором, якому має бути вироблене виконання незалежно від того, які були реальні відносини між векселедержателем та особою, що передала йому вексель зі здійсненням заставного індосаменту. Досконало між цими особами операція є фидуціарною, таким чином визначається, що застава векселя передбачає не заставу, а фидуціарну передачу права власності на вексель кредиторіві, а останній же зобов'язується повернути вексель кредиторіві при виконанні боржником зобов'язання» [11].

Виходячи з такого розуміння векселя, коли передача векселя в заставу нічим не відрізняється від звичайної передачі права власності на вексель, вважалося, що заставодержатель стає власником такого векселя, але зобов'язаний передати право власності на нього заставодателіві в разі виконання забезпеченого заставою зобов'язання.

Проте, М. М. Агарков розглядав заставу векселя не як передачу права власності на вексель заставодержателіві, а саме як заставну операцію, внаслідок якої право власності на закладений вексель зберігається до моменту звернення стягнення [12].

Вихід з такого положення може бути знайдений лише враховуючи те, яким чином оформляється застава векселя.

Якщо вексель переданий у заставу (заклад) по праву, яке передбачене цивільним законодавством, без оформлення індосаменту на ім'я заставодержателя, то останній має право реалізувати свої права в загальному порядку, передбаченому ЦК України. Тоді, коли між сторонами укладений договір застави векселя, однак вексель переданий заставодержателіві не за заставним, а за звичайним іменним або бланковим індосаментом, відносини між контрагентами визначаються за загальними правилами Закону «Про заставу».

Якщо ж застава векселя оформлена відповідно до правил вексельного законодавства шляхом складання індосаменту із застереженням «валюта в заставу», «валюта в забезпеченні» або іншими словами, що мають на увазі заставу, то відносини сторін мають бути врегульовані правилами про заставу, передбаченими Положенням про перевідний і простий вексель.

Таким чином, застава векселя регулюється і цивільним правом, і вексельним, але при цьому слід мати на увазі, що Положення про перевідний і простий вексель не містить чіткої норми про значення заставного індосаменту з погляду загальних норм про заставу. У цьому плані слід погодитися з думкою А. А. Маковської, що для застави векселя потрібний договір застави, необхідність якого не підміняється заставним індосаментом [13].

Визнаючи вексельну заставу особливим різновидом застави, який має значні відмінності від застави, передбаченої цивільним правом, слід визнати і те, що багато в чому він ефективніший і зручний як для заставодержателя, так і для заставодателя.

Висновки. Таким чином, можна зробити висновок про те, що заставний індосамент сам по собі не є ні договором застави векселя, ні його формою. Більше того, на думку багатьох вчених, його взагалі не можна розглядати як підставу виникнення заставних правовідносин з точки зору цивільного законодавства України, оскільки ч. 1 ст. 574 ЦК України встановлює жорстке правило про те, що застава виникає на підставі договору, закону або рішення суду, і це правило не передбачає винятків стосовно оформлення застави векселя із загального порядку оформлення застави.

А це, в свою чергу, означає, що вчинення заставного індосаменту на векселі без укладення договору застави векселя породжує лише ті юридичні наслідки, які встановлені вексельним законодавством, але не породжує наслідків, встановлених загальноцивільним законодавством про заставу, і, відповідно, виключає застосування норм ст. 572-593 ЦК України. А тому, при відсутності договору застави, грошові кошти, отримані за векселем держателем векселя з заставним індосаментом, підлягають передачі особі, яка передала вексель під заставу, на підставі норм про наслідки недійсності правочину.

Література:

1. Анненков К. Система русского гражданского права. Введение и общая часть / К. Анненков. — 3-е изд., перераб. — Т. 1. — СПб: Типография М. М. Стасюлевича, 1910. — С. 307.
2. Регурецька О. В. Право власності на акції як підстава набуття корпоративних прав / О. В. Регурецька // Довідник нотаріуса. — 2005. — № 5. — С. 8-9.
3. Про цінні папери та фондовий ринок: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — Офіц. вид. — 2006. — № 31. — Ст. 268.; [366] Про обіг векселів в Україні: Закон України від 5 квіт. 2001 р. № 2374-III // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 24. — Ст. 128.
4. Вишнеvский А. А. Вексельное право: учеб. пособ. / А. А. Вишнеvский. — М.: Юристь, 1996. — С. 142-159; Белов В. А. Вексельное законодательство России / В. А. Белов. — М.: Юриформ, 1996. — С. 419-447; Белов В. А. Ценные бумаги в российском гражданском праве / В. А. Белов; под ред. Е. А. Суханова. — М.: ЮрИнфоР, 1996. — 448 с.
5. Конвенція, якою запроваджено Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі від 7 червня

- 1930 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_009
6. Плахотнюк С. О. Про деякі питання арбітражного процесу і судової практики вирішення спорів, пов'язаних з вексельним обігом / С. О. Плахотнюк // Вісник Вищого арбітражного суду України. — 1999. — № 1. — С. 141.
 7. Юридичний словник / За ред. В. Г. Гончаренка. — К.: Форум, 2005. — С. 50.
 8. Гончаренко В. О. Вексель як вид боргового цінного папера / В. О. Гончаренко // Актуальні проблеми держави і права. — 2009. — Вип. 51. — С. 279.
 9. Ковалёв В. Н. Залог как способ обеспечения банковского кредита в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Валерий Николаевич Ковалёв. — М., 2002. — С. 91.
 10. Вишнеvский А. А. Вексельное право: учеб. пособ. / А. А. Вишнеvский. — М.: Юристъ, 1996. — С. 104.
 11. Новосёлова Л. А. Вексель в хозяйственном обороте: Комментарий практики рассмотрения споров / Л. А. Новосёлова. — М.: Статут, 1996. — С. 26-27.
 12. Агарков М. М. Основы банковского права: Учение о ценных бумагах / М. М. Агарков. — М.: БЕК. — 1994. — С. 115-116.
 13. Маковская А. А. Залог денег и ценных бумаг / А. А. Маковская. — М.: Статут, 2000. — С. 118.
- Кизлова Е. С. Вексель в залоговых правоотношениях по законодательству Украины**
- Аннотация.** В данной статье рассмотрены основные положения применения векселя в залоговых правоотношениях. Определено, что из всех групп ценных бумаг, которые находятся в гражданском обороте в Украине, одним из наиболее дискуссионных вопросов залога ценных бумаг является вопрос залога векселя.
- Ключевые слова:** залоговые правоотношения, ценные бумаги, вексель, залог векселя.
- Kizlova E. Promissory note in the pledge legal relations under the laws of Ukraine**
- Summary.** In this article the substantive provisions of application of bill of exchange are considered in mortgage legal relationships. It is certain that from all groups of securities that are in civil circulation in Ukraine, one of the most debatable questions of mortgage of securities is a question of mortgage of bill of exchange.
- Keywords:** mortgage legal relationships, securities, bill of exchange, mortgage of bill of exchange.

*Акіменко Ю. Ю.,
к. ю. н., доцент кафедри права Європейського Союзу
та порівняльного правознавства
НУ «Одеська юридична академія»*

МАЙНОВА ВІДОКРЕМЛЕНІСТЬ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ ПРИВАТНОГО ПРАВА У КОНТЕКСТІ СУЧАСНОСТІ

Анотація. Стаття розглядає майнову відокремленість як основну ознаку юридичної особи приватного права через призму юридичної особи, як загальноправової категорії і як однієї з її організаційно-правових форм – товариства однієї особи.

Ключові слова: юридична особа, юридична особа приватного права, ознаки юридичної особи приватного права, майнова відокремленість, майнова самостійність юридичної особи.

Постановка проблеми. Свого часу було загально-визнано, що інститут юридичної особи дозволяє вирішити такі суспільно значимі завдання як об'єднання осіб для спільної підприємницької діяльності, об'єднання капіталів, управління капіталом, обмеження підприємницького ризику. Ще з давніх часів римського права під основною ознакою юридичної особи розуміли її майнову відокремленість. Майнова ознака була властива на самому ранньому етапі існування юридичної особи, вона не втратила своєї актуальності і на даний момент, – на сучасному етапі розвитку законодавства ознака майнової відокремленості реалізується у конструкції статутного капіталу. На обов'язкову відокремленість майна юридичних осіб вказують також, наприклад, визначення, що містяться в Цивільних кодексах Російської Федерації (ст. 48) та Республіки Білорусь (ст. 24). Зважаючи на важливість цієї ознаки, слід навести положення ст. 1 ЦК України, де законодавець закріпив саме майнову самостійність, яка є наріжним каменем забезпечення сталості цивільного обороту.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Ґрунтовне дослідження питанням майнової самостійності та відокремленості юридичної особи приватного права було зроблене С. М. Братусем та М.І. Брагінським. Порушувалось зазначене питання також іншими науковцями, серед яких слід відзначити В.І. Борисову, О. М. Вінник, І. О. Дзеру, В. М. Кравчука, І. М. Кучеренко, Н. С. Кузнецову, В. В. Луця, О.Є. Харитонова, І. П. Грешнікова, В. П. Грибанова, О. С. Іоффе, О. А. Красавчикова, М.І. Кулагіна, Д.І. Мейера.

Викладення основного матеріалу. С. М. Братусь зазначав, що самостійна і виняткова майнова відповідальність є хоч і вторинною (похідною), але більш глибокою ознакою, ніж решта ознак, які входять до змісту поняття юридичної особи. На думку вченого,

саме майнова відокремленість свідчить про завершеність розвитку юридичної особистості суспільного утворення [1, 151].

Деякі вчені відводять самостійній майновій відповідальності, роль головної й визначальної. ознаки: Е. О. Суханов вважає, що смисл конструкції юридичної особи полягає у наявності у юридичної особи відокремленого майна, що є необхідною передумовою самостійної майнової відповідальності юридичної особи [2, 178].

«Сучасна юридична особа – це персоніфікована відповідальність суб'єкта, спеціально створеного для цієї мети правовим ладом», стверджує С. В. Богданов [3, 98]. Інша група вчених через ознаку майнової відокремленості пояснює суть юридичної особи (В. Ємельянов, В. Ф. Попондопуло). З цього приводу М.І. Кулагін відзначає: для сучасної юридичної особи немає необхідності ні в особливій волі, ні в особливих інтересах, відмінних від волі та інтересів окремих учасників юридичної особи, достатньо лише певним чином відокремленого майна [4, 28].

М.І. Брагінський наголошує, що конструкція юридичної особи була задумана як така, що покликана дати учасникам обороту, які вирішили зайнятися підприємницькою діяльністю, можливість перекласти частину неминуче притаманного ризику на своїх партнерів, на державу, на всіх інших осіб, які можуть бути кредиторами юридичної особи [5, 35].

Принцип цілісності (майнової відокремленості) наводить О. В. Рожнова, згідно з яким юридичну особу приватного права слід розглядати як щось ціле, окреме від його власників [6, 45]. Особливо актуальним цей принцип автор вважає для малих підприємств, на яких до витрат на ведення справи можуть потрапляти витрати, понесені власником для особистих потреб, тобто до собівартості можуть включатися витрати, які повинні здійснюватись за рахунок прибутку після оподаткування доходів. Рожнова О. В., пояснюючи суть майнової відокремленості, вживає поняття цілісності, яке розглядається в інших джерелах як вимога до фінансової звітності або принцип ведення обліку, що визначає функціонування обліку як єдиної системи обробки інформації і підготовки звітів, що комплексно відображають господарську діяльність підприємства. Звертають увагу на юридичну

самостійність підприємства по відношенню до свого власника також західні автори Б. Нідлз, Х. Андерсон та Д. Кондуелл [7, 480].

Проф. В. В. Ковальов підкреслює важливість застосування принципу майнової та правової відокремленості [8, 168-169]. Вчений зауважує, що після свого створення фірма (суб'єкт господарювання) представляє собою відокремлений майново-правовий комплекс, вона юридично самостійна, суверенна у системі економічних відносин. Майно та зобов'язання фірми існують відокремлено від майна та зобов'язань як її власників, так і інших підприємств. Це має дуже важливе значення для формування у власників та контрагентів підприємства реального уявлення стосовно, по-перше, правочинності своїх вимог до даного підприємства і, по-друге, оцінки його майнового та фінансового стану. Зокрема, однією з ключових категорій у взаємовідносинах між підприємством, з однієї сторони, та кредиторами, з іншої сторони, є право власності. Це право означає абсолютну владу власника над річчю і виражається у сукупній наявності права володіння, користування та розпорядження даною річчю. У цій частині зміст принципу полягає у тому, що відповідно до закону будь-який актив, що вноситься у якості внеску до статутного капіталу, переходить у власність підприємства і, як правило, не може вимагатися власником, наприклад, у випадку його виходу зі складу засновників (власників). Власником усіх активів є саме підприємство, а його засновники мають право лише на відповідну частку в активах і прибутках залежно від майнової форми їх першочергового внеску у статутний капітал.

В зв'язку з цим особливий інтерес викликає новела Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України) щодо можливості створення юридичної особи однією особою. Стаття 83 ЦК України вказує, що товариство може бути створене однією особою, якщо інше не встановлено законом. Стаття 114 ЦК України вказує, що господарське товариство, крім повного і командитного товариств, може бути створене однією особою, яка стає його єдиним учасником. ЦК УРСР та Закон України «Про господарські товариства», вказуючи на учасників, вживав слово учасники в множині, таким чином, учасників повинно було б бути не менше двох. Тому постає закономірне питання чи можлива майнова відокремленість у товаристві однієї особи від свого єдиного учасника.

Підтвердженням незалежності юридичної особи – товариства однієї особи – від свого єдиного учасника можна найти в практиці. Так, Вищий адміністративний суд України у Листі від 28.09.2009 р. № 1271 /13 /13-09 приходять до висновку, що до кола юридичних осіб, на яких поширюється дія статей 72 та 65 згаданих законів, віднесено, зокрема, господарські товариства, у статутному фонді яких державі належить пакет акцій. При цьому не є власністю держави пакет

акцій у статутному фонді акціонерного товариства, переданий нею до статутного фонду іншого суб'єкта господарювання, в якому їй належить 100 відсотків акцій. Власником цього пакета акцій стає зазначений суб'єкт господарювання. Поняття власності держави і власності такого суб'єкта не є тотожними, оскільки ця власність належить різним особам, самостійним учасникам цивільного обігу.

Отже, Верховним Судом України зазначено, що належність державі хоча б і 100 відсотків акцій акціонерної компанії автоматично не означає, що у державній власності перебувають також корпоративні права на частку у статутному фонді господарських товариств, заснованих державною акціонерною компанією. Такі корпоративні права належать на праві власності самій компанії як окремій юридичній особі, а не державі. Відповідно на господарські товариства, у статутному фонді яких є частка, що належить державним акціонерним компаніям, не можуть поширюватися вимоги щодо обов'язкової сплати частини прибутку за результатами фінансово-господарської діяльності, передбачені законами України про державний бюджет на відповідний рік.

Також Вищий господарський суд у інформаційному листі від 07.04.2008 р. № 01-8 /211 у п. 8 роз'яснив, що внутрішнього протиріччя між нормами частини першої статті 113 ЦК України, де зазначається, що господарським товариством є юридична особа, статутний (складений) капітал якої поділений на частки між учасниками, з частиною другою статті 114 ЦК України, згідно з якою господарське товариство, крім повного і командитного товариств, може бути створене однією особою, яка стає його єдиним учасником не існує. «З належністю учаснику (акціонеру) господарського товариства частки у статутному капіталі закон пов'язує певний обсяг прав учасника (акціонера), який залежить від питомої ваги цієї частки у статутному капіталі (відношення кількості акцій акціонера до загальної кількості акцій). Згідно з частиною другою статті 114 ЦК України товариство з обмеженою відповідальністю, товариство з додатковою відповідальністю, акціонерне товариство може бути створене однією особою, якій належить весь обсяг прав учасників (акціонерів)».

Серед німецьких вчених наголошується, що своєрідність акціонерної форми власності полягає у тому, що у складному процесі її функціонування відбувається взаємопроникнення двох видів відносин: власності та користування. Суб'єктами перших є акціонерні товариства, а другої – акціонери, які є власниками акцій. Однак з отриманням права власності на акцію або частку у статутному капіталі до особи також переходять права, пов'язані із здійсненням певного контролю такого товариства [9, 76]. У вітчизняній науці (І. В. Спасибо-Фатєєва) наголошується, що акції закріплюють права акціонерів, але не на майно ак-

ціонерного товариства, власником якого є останнє, а на корпоративні права, що надаються акціонерам.

Висновки. Таким чином, право власності на акцію / частку у статутному фонді особи завжди надає їй можливість, здійснюючи свої права і обов'язки як члена товариства, приймати участь у вирішенні питань про користування та розпорядження майном товариства.

Можна стверджувати, що зв'язок з цією власністю не втрачається на протязі усього членства у товаристві, однак можливість здійснення впливу на майно товариства визначається розміром цієї частки. З цього приводу відомий російський цивіліст І. А. Покровський писав: «Загальна юридична сутність ... полягає в тому, що між даною особою і даною річчю встановлюється деякий ідеальний юридичний і безпосередній зв'язок: річ піддається пануванню певній особі, віддається в її владу, належить їй. Разом з тим, усім іншим особам забороняються всі дії, здатні порушувати це право» [10, 157]. С. В. Батрин обґрунтовує правомірність та неминучість контролю над діяльністю товариства, що її здійснюють як декілька учасників, так й один: тут спочатку засновник створює товариство, надалі як учасник здійснює монопольний контроль за своєю ж власністю, яка юридично та формально належить товариству, в кінцевому результаті – вирішує юридичну долю як товариства, так і майна [11, 129]. Погоджуючись з С. В. Батрином, щодо постійного контролю єдиного учасника товариства над діяльністю товариства та його майном, зауважимо, що відповідно до ст. 96 ЦК України кожна юридична особа самостійно відповідає за своїми зобов'язаннями усім належним їй майном. Вона не відповідає за зобов'язаннями своїх учасників (засновників), а останні не відповідають за зобов'язаннями створеної ними організації, крім випадків, встановлених установчими документами або законом. Так, учасники товариства з обмеженою відповідальністю, які не повністю сплатили внески, та акціонери, які не повністю сплатили акції, у випадках, встановлених статутом товариства, відповідають за зобов'язаннями товариства в межах вартості невнесеної частини вкладу (неоплаченої частини вартості належних їм акцій). Учасники товариства з додатковою відповідальністю, крім цього, несуть додаткову (субсидіарну) відповідальність своїм майном в однаковому для всіх розмірі, кратному до вартості внесених ними вкладів. Згідно зі ст. 50 Закону «Про господарські товариства» учасники товариства несуть відповідальність в межах їх вкладів. Учасники товариства, які не повністю внесли вклади, несуть солідарну відповідальність за його зобов'язаннями у межах вартості невнесеної частини вкладу кожного з учасників. Ст. 3 Закону «Про акціонерні товариства» визначає, що акціонери не відповідають за зобов'язаннями товариства і несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, тільки в межах належних їм акцій. Акціонери, які

не повністю оплатили акції, у випадках, визначених статутом товариства, відповідають за зобов'язаннями товариства у межах неоплаченої частини вартості належних їм акцій.

Література:

1. Братусь С. Н. Юридические лица в советском праве / С. Н. Братусь. — М.: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1947. — 364 с.
2. Гражданское право: в 2 т. / Отв. ред. Е. А. Суханов. — Т. 1. — М., 1998. — 704 с.
3. Богданов Е. В. Сущность и ответственность юридического лица / Е. В. Богданов // Государство и право. — 1997. — № 10. — С. 97-101.
4. Кулагин М. И. Избранные труды по акционерному и торговому праву / М. И. Кулагин. — 2-е изд., испр. — М.: Статут, 2004. — 363 с.
5. Брагинский М. И. Юридические лица (законодательные модели) / М. И. Брагинский // Концепция гражданского законодательства Российской Федерации и тезисы докладов Международной научно-практической конференции «Гражданское законодательство Российской Федерации: Состояние. Проблемы. Перспективы». — М.: ИздСП при Правительстве Российской Федерации, 1994. — С. 35-36.
6. Рожнова О. В. Международные стандарты бухгалтерского учета и финансовой отчетности: учебное пособие / О. В. Рожнова. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Экзамен, 2005. — 320 с. — 289 с.
7. Нидлз Б. Принципы бухгалтерского учета / Б. Нидлз, Х. Андерсон, Д. Колдуэлл: под ред. Я. В. Соколова. — 2-е изд. — М.: Финансы и статистика, 1994. — 496 с. — 496 с.
8. Ковалев В. В. Финансовый учет и анализ: концептуальные основы / В. В. Ковалев. — М.: Финансы и статистика, 2004. — 720 с. — С. 168-169.
9. Лазар Я. Собственность в буржуазной правовой теории: перевод с нем. / Я. Лазар; ред. О. В. Ачкарова. — К.: Юридическая литература, 1985. — 182 с.
10. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровская. — М.: Статут, 2001. — 353 с.
11. Батрин С. В. Корпоративні правовідносини: питання рівності, майнової самостійності та вільного волевиявлення / С. В. Батрин // Экономика и право. — 2009. — № 3. — С. 128-131.

Акименко Ю. Ю. Имущественная обособленность юридического лица частного права в контексте современности

Аннотация. Статья рассматривает имущественную обособленность как основной признак юридического лица частного права через призму юридического лица, как общеправовой категории и как одной из его организационно-правовых форм – общество одного лица.

Ключевые слова: юридическое лицо, юридическое лицо частного права, признаки юридического лица частного права, имущественная обособленность, имущественная самостоятельность юридического лица.

Akimenko Y. Solitary property of legal entity of private law in modern context

Summary. The article examines the solitary property as a basic feature of the legal entity of private law through the prism of the legal entity as the general legal category and as one of its legal form – a one-man company.

Keywords: legal entity, the legal entity of private law, the features of the legal entity of private law, solitary property, property independence of the legal entity.

*Вабищевич С. С.,**к. ю. н., доцент, доцент кафедры гражданского права и процесса
филиала Российского государственного социального университета в г. Минске*

К ВОПРОСУ О ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИХ ОТНОШЕНИЯХ КАК ЭЛЕМЕНТЕ СТРУКТУРЫ ПРЕДМЕТА ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ (НА ПРИМЕРЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ)

Аннотация. В статье рассматриваются предпосылки для включения предпринимательских отношений в структуру предмета гражданско-правового регулирования, обосновывается необходимость отказа от решения различных оперативных задач посредством изменений в принципиальных, давно сформировавшихся и зарекомендовавших себя в правоприменительной деятельности правилах правового регулирования гражданского оборота.

Ключевые слова: предпринимательская деятельность, предпринимательские отношения, субъект, предмет, гражданский оборот, цель деятельности.

Постановка проблемы. При принятии Гражданского кодекса Республики Беларусь 1998 г. [1] (далее – ГК) белорусский законодатель вслед за российским в абз. 2 п. 1 ст. 1 прямо указал, что «...гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием», и там же закрепил определение предпринимательской деятельности. Такое указание вовсе не свидетельствует об обособлении названных отношений в качестве самостоятельного элемента в структуре предмета гражданского права. Речь идет все о тех же, институциональных, организационных, имущественных и неимущественных отношениях, условно выделяемых по субъектному критерию.

Сделав специальное указание на предпринимательские отношения при определении сферы действия ГК, законодатель тем самым установил единство правового регулирования гражданского и его разновидности – предпринимательского оборота. Иными словами, участие частных лиц в экономических отношениях подчинено нормам гражданского (частного) права, которое, однако, предусматривает специальные (но гражданско-правовые по своей природе) нормы, рассчитанные на отношения исключительно с участием предпринимателей.

Уяснить специфику этих отношений и установить рамки предпринимательского оборота, а следовательно, сферу действия и тенденции развития специальных «предпринимательских» норм призвана дефинитивная норма абз. 2 п. 1 ст. 1, содержащая определение понятия «предпринимательская деятельность».

Анализ последних исследований. Развернутый критический анализ приведенного выше определения уже проводился в специальном исследовании [2, 138–179], поэтому в рамках настоящей статьи приоритет отдается вопросу о том, создают ли признаки (элементы), сформулированные законодателем при определении границ применения термина «предпринимательская деятельность», необходимые предпосылки для включения складывающихся в процессе ее осуществления отношений в предмет гражданско-правового регулирования. Для удобства изложения объединим указанные признаки в группы, характеризующие субъект, объект, субъективную и объективную стороны указанной деятельности.

Изложение основного материала. Субъектами предпринимательской деятельности выступают физические лица и организации со статусом юридического лица, которые действуют от своего имени. Выступление лица в гражданском обороте от своего имени отличает предпринимательскую деятельность от наемного труда, а предпринимателя – от наемного работника. В отличие от Гражданского кодекса Российской Федерации [3], ГК Республики Беларусь не содержит указание на такой формальный (внешний) признак субъектной стороны предпринимательской деятельности, как государственная регистрация лица, ее осуществляющего. Предпринимательская деятельность при наличии всех остальных элементов существует независимо от факта государственной регистрации ее субъекта, но при отсутствии такового признается незаконной.

Объект – отношения в сфере гражданского оборота. Категория «гражданский оборот» используется для правового оформления общественных отношений, опосредующих переход вещей и иных объектов гражданских прав от одних участников к другим, а также, в отдельных случаях, для обозначения предмета гражданско-правового регулирования (см., например, абз. 1 п. 1 ст. 1 ГК). Указание на то, что предпринимательская деятельность осуществляется в сфере гражданского оборота, еще раз подчеркивает, что процесс рыночной организации производства различного рода благ для удовлетворения постоянно возобновляющегося спроса и получения прибыли входит в круг общественных отношений, образующих

предмет гражданско-правового регулирования, и в то же время препятствует расширительному толкованию определения предпринимательской деятельности при условии правильного понимания значения самого понятия «гражданский оборот».

Объективную сторону составляют фактические и юридические действия – пользование имуществом, продажа вещей, произведенных, переработанных или приобретенных указанными лицами для продажи, а также выполнение работ или оказание услуг, предназначенных для реализации другим лицам, а не для собственного потребления. Перечисленные действия реализуются в рамках частных имущественных отношений, которые ввиду достигаемой посредством их цели имеют товарный характер и охватываются действием закона стоимости, которое, в свою очередь, возможно в условиях реального действия принципов гражданского права, закрепленных в ст. 2 ГК, в частности, принципов равенства, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства в частные дела.

Субъективную сторону характеризует самостоятельность, риск, имущественная ответственность и цель деятельности – систематическое извлечение прибыли. Самостоятельный характер предпринимательской деятельности соответствует положению ст. 2 ГК о том, что участники гражданских правоотношений приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своих интересах. Однако абсолютизировать свойство самостоятельности не стоит, поскольку, во-первых, оно имеет свои границы, например, лицо, желающее создать коммерческую организацию, ограничено в выборе ее форм перечнем, закрепленным в ГК, во-вторых, оно проявляется в некоторых видах человеческой активности, регулируемых нормами гражданского права, например, в творчестве, еще в большей степени, чем в предпринимательской деятельности. Если учесть исторические условия, в которых формировалось представление о сущности предпринимательской деятельности, то можно увидеть стремление законодателя еще раз подчеркнуть независимость субъектов предпринимательства, рассматриваемого в данном случае в качестве метода ведения хозяйства.

Действуя на свой риск, предприниматель осознанно допускает отрицательные имущественные последствия, которые могут быть результатом собственных действий предпринимателя или действий других лиц, а также результатом случайных событий. Российский законодатель в легальном определении предпринимательской деятельности, закрепленном в ст. 2 ГК Российской Федерации, не акцентирует внимание на самостоятельной ответственности предпринимателя, что, по справедливому замечанию М. И. Брагинского, устраняет явный плеоназм, поскольку понятие «свой риск» включает и самостоятельную ответственность [4, 120] В дополнительном пояснении нуждается систематичность извлечения прибыли как характеристика

субъективной стороны предпринимательской деятельности. Как показывает правоприменительная практика, это одно из самых спорных положений анализируемой нормы ввиду отсутствия легальных критериев систематичности применительно к указанной деятельности.

Указание на получение прибыли в качестве единственной цели предпринимательской деятельности можно рассматривать как стремление законодателя отказаться от идеологической догмы о том, что в отличие от капитализма «социалистическое хозяйство ведется в целях не извлечения прибыли, а удовлетворения материальных и культурных потребностей всего общества и каждого его члена» [5, 107], т. е. подчеркнуть индивидуальность гражданского права как права частного. Но сведение цели предпринимательской деятельности к получению прибыли вовсе не умаляет актуальность проблемы социальной ответственности предпринимателя, последствий его деятельности для всего общества в целом. В то же время степень разрешения этой проблемы в масштабе всего общества во многом, на наш взгляд, объясняет позицию законодателя при определении целевой направленности предпринимательской деятельности.

Поскольку отдельные признаки, а именно, самостоятельность и ответственность, носят факультативный характер, признак целевой направленности не имеет конкретного содержания, легальная конструкция предпринимательской деятельности не всегда позволяет отграничить ее от смежных понятий, но в то же время вполне позволяет включить отношения с участием предпринимателей в предмет гражданского права. Однако это обстоятельство, начиная с момента принятия ГК и до настоящего времени, вовсе не сдерживает уход от монополии гражданско-правового регулирования предпринимательских отношений, демонстрируемый законодателем в связи с приоритетом важных в данный конкретный момент практических потребностей, в том числе над соображениями формально-логического порядка.

Последовательность в регулировании предпринимательских отношений отсутствует пока что и в рамках самого ГК, причем, начиная с вопросов терминологического порядка. Так, граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность, законодатель именуется индивидуальными предпринимателями, но не коммерсантами, а организации, осуществляющие эту же деятельность, – коммерческими, но не предпринимательскими. Таким образом, понятие «коммерческий» в настоящее время используется в значении, отличном от первоначального, и максимально приближенном к значению понятия «предпринимательский». В то же время, с формально-юридической точки зрения, ставить знак равенства между этими понятиями нельзя хотя бы по той причине, что предпринимательскую деятельность могут осуществлять не только коммерческие, но и некоммерческие организации, создаваемые для решения социальных задач (п. 3 ст. 46 ГК).

Далее, при определении содержания правоспособности в ст. 17 ГК в полном соответствии с рассмотренными выше легальными элементами предпринимательской деятельности (ст. 1 ГК) указывается на способность гражданина, во-первых, заниматься предпринимательской и любой иной не запрещенной законодательными актами деятельностью, во-вторых, создавать юридические лица самостоятельно или совместно с другими гражданами и юридическими лицами, т. е. речь идет о способности к совершению различных юридических действий, имеющих различные правовые последствия и приводящих к обладанию различными субъективными правами. Закрепляя же условия ограничения предпринимательской деятельности гражданина и вступая в явное противоречие с собственной позицией, изложенной в ст. 1 и ст. 17 ГК, законодатель в ст. 31 ГК к таковой относит деятельность «индивидуального предпринимателя, учредителя, участника, собственника имущества или руководителя юридического лица и др.».

Нивелирование содержания и значения фундаментальных цивилистических конструкций или, иными словами, «систематические «перетасовки» частноправовых «правил игры», осуществляемые государственной властью исходя из своих сиюминутных потребностей» [6, 51], – процесс, сопутствующий правовому обеспечению предпринимательской деятельности с момента ее законодательного закрепления.

Можно приводить множество известных примеров (количественное и качественное ограничение лиц, привлекаемых индивидуальным предпринимателем по трудовым и (или) гражданско-правовым договорам; запрет гражданам, государственная регистрация которых в качестве индивидуальных предпринимателей аннулирована, обращаться в регистрирующие органы за государственной регистрацией в качестве индивидуального предпринимателя, который (запрет) до недавнего времени носил «пожизненный» характер) отклонений отраслевого законодательства от общих принципов гражданского права. Особенно активно исключения из общих частно-правовых начал построения предпринимательских отношений использовались законодателем в 2011 г. – именно в кризисной ситуации наиболее четко проявилось истинное отношение к принципам юридического равенства, стабильности частных прав и т. д. Абсолютное большинство мер по «созданию благоприятных условий для предпринимательской деятельности», предусмотренных Директивой Президента Республики Беларусь от 31 декабря 2010 г. № 4 «О развитии предпринимательской инициативы и стимулировании деловой активности в Республике Беларусь» [7], пока что не получили форму конкретного нормативного правового акта.

Выводы. На наш взгляд, при построении механизма правового регулирования предпринимательских отношений необходимо учитывать функции, которые государство возлагает на предпринимательскую дея-

тельность с тем, чтобы создать условия для их реализации. В настоящее время, к сожалению, отсутствует законченная концепция в сфере правового регулирования предпринимательской деятельности. Поэтому в современных условиях развития нашей государственности и правопонимания распространение на сферу предпринимательских отношений начал частного права не препятствует внедрению в гражданско-правовые отношения публично-властного начала.

Литература:

1. Гражданский кодекс Республики Беларусь: Принят Палатой представителей 28 окт. 1998 г.: одобр. Советом Респ. 19 нояб. 1998 г. // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс]. – Минск, 2013.
2. Вабишевич С. С. Предпринимательское право состояние и перспективы развития предпринимательской деятельности: в 2 т. / С. С. Вабишевич. – Минск: Молодежное, 2008. – Т. 1. – 498 с.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации: Принят Государственной Думой 21 окт. 1994 г. // Консультант Плюс: Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс]. – Часть первая. – М., 2013.
4. Брагинский М. И. Договорное право: в 5-ти кн. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – 2-е изд., испр. – М.: Статут, 1999. – 848 с.
5. Иоффе О. С. Избранные труды: в 4 т. / О. С. Иоффе. – СПб: Юрид. центр Пресс, 2004. – Т. 3. – 837 с.
6. Белов В. А. Гражданское право. Общая часть: учебник / В. А. Белов. – М.: Юрайт, 2011. – Т. 2. Лица. Блага. Факты. – 1093 с.
7. О развитии предпринимательской инициативы и стимулировании деловой активности в Республике Беларусь: Директива Президента Респ. Беларусь от 31 дек. 2010 г. № 4 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс]. – Минск, 2013.

Вабишевич С. С. До питання про підприємницькі відносини як елемент структури предмета цивільно-правового регулювання (на прикладі законодавства Республіки Білорусь)

Анотація. У статті розглядаються передумови для включення підприємницьких відносин у структуру предмета цивільно-правового регулювання, обґрунтовується необхідність відмови від вирішення різних оперативних завдань за допомогою змін в принципових, давно сформульованих і зарекомендували себе у правозастосовчій діяльності правилах правового регулювання цивільного обороту.

Ключові слова: підприємницька діяльність, підприємницькі відносини, суб'єкт, предмет.

Вавишевич С. To the question of business relationships as part of the structure of the subject of legal regulation (for example, the legislation of the Republic of Belarus)

Summary. In article the bases for inclusion of enterprise relations in structure of a subject of civil-law regulation are considered, necessity of refusal of the decision of various operative problems by means of changes in basic, for a long time generated and proved in правоприменительной activity rules of legal regulation of a civil turn is proved.

Keywords: enterprise activity, enterprise relations, the subject, a subject, a civil turn, the activity purpose.

Згама А. О.,

к. ю. н., ст. викладач кафедри цивільного та господарського права і процесу Міжнародного гуманітарного університету

ДЕЯКІ АСПЕКТИ УКЛАДЕННЯ МИРОВОЇ УГОДИ У ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРОЦЕСІ

Анотація. У статті досліджуються питання правової природи мирової угоди у господарському процесі, проаналізовано порядок її укладення, визначаються умови та особливості затвердження мирової угоди господарським судом.

Ключові слова: господарський процес, господарське процесуальне законодавство, господарський суд, мирова угода, повноваження, диспозитивність.

Постановка проблеми. Проведені останнім часом дослідження як теоретиками, так і практиками продемонстрували значимість ролі інституту мирової угоди в правовому механізмі впливу на економічні конфлікти сторін. В усіх правових країнах світу намітилася тенденція до впровадження спрощених судових процедур і полегшення доступу до правосуддя. Зокрема, на вищезазначене звернув увагу Комітет Міністрів Ради Європи в своїй рекомендації від 14.05.1981 р. № R (81) 7 [1], в якій вказується про доцільність прийняття заходів щодо полегшення або заохочення примирення сторін або дружнього врегулювання спору до прийняття його до провадження або в ході розгляду.

Наразі постає проблема стимулювання сторін до укладення мирової угоди. Адже мирова угода заслуговує більш широкого застосування, що викликано потребами сучасної економічної системи. На сьогодні не повністю відображено весь спектр існуючих особливостей даного правового інституту, що свідчить про необхідність додаткових досліджень в цьому напрямі.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Інститут мирової угоди має довгу історію свого розвитку, зазнавши розквіту в дореволюційний період. У ті часи мировій угоді як різновиду матеріально-правових угод присвячується цілий ряд робіт. Зокрема, поняттю, сутності мирової угоди була приділена увага з боку Є. В. Васильовського, Г. Денбурга, Г. Ф. Шершеневича тощо. За радянських часів інститут мирової угоди досліджувався М. А. Гурвичем, П. Ф. Єлісейкіним, І. Г. Побірченком та багатьма іншими вченими. У сучасний період безперечно вагоме значення мають праці О. А. Беляневич, О. Г. Бортнік, О. П. Подцерковного, Л. С. Феденяк тощо. Серед сучасних зарубіжних досліджень мирової угоди як правового інституту заслуговують на увагу монографії російської вченої М. О. Рожкової «Мирова угода в арбітражному суді: проблеми теорії і практики» та «Мирова угода: використання в комерційному обороті».

Тому метою даної статті є з'ясування правової природи мирової угоди у господарському процесі, дослідження порядку укладення мирової угоди сторонами та виявлення пов'язаних з цим особливостей.

Викладення основного матеріалу. Поняття мирової угоди у господарському процесі є визначеним на законодавчому рівні тільки в процедурі банкрутства. Так, відповідно до ст. 77 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від у редакції Закону України від 22.12.2011 р. № 4512-VI мировою угодою є домовленість між боржником та кредиторами стосовно відстрочки та /або розстрочки, а також прощення (списання) кредиторами боргів боржника, яка оформляється шляхом укладення угоди між сторонами [2]. ЦК України [3] та ГК України [4] взагалі не містять норм про мирову угоду.

У дореволюційній цивілістиці під мировою угодою розуміли договір про усунення спірності правовідношення шляхом взаємних поступок [5, 363]; договір, в силу якого контрагенти зобов'язуються до взаємних прав та обов'язків [6, 497-498] або угоду, метою якої є усунення, за допомогою взаємних поступок сторін, невизначеності якого-небудь права чи сумнівів у його здійсненності [7, 285-286].

У сучасній юридичній літературі мировою угодою називають укладену сторонами й затверджену судом угоду, відповідно до якої позивач і відповідач шляхом взаємних уступок ліквідують цивільно-правовий спір, що виник між ними. Це розпорядчий документ сторін як процесуального, так і матеріального права, оскільки, укладаючи мирову угоду, сторони розпоряджаються своїм процесуальним, а також суб'єктивним матеріальним правом і охоронюваним законом інтересом [8].

С. Я. Фурса та Є. І. Фурса пропонують розглядати мирову угоду як двосторонню угоду між позивачем та відповідачем, при укладенні якої вони фактично заново визначають свої права та обов'язки у спірних правовідносинах [9, 144].

М. О. Рожкова, авторка сучасних фундаментальних праць, присвячених дослідженню інституту мирової угоди, визначає її як договір, що укладається сторонами з метою захисту своїх суб'єктивних прав, в силу якого сторони зобов'язуються надати зустрічне задоволення для недопущення виникнення (або врегулювання такого, що вже розпочався) спору між ними [10,

172]. Угоди, спрямовані на захист прав, можна розглядати як самостійну категорію угод незалежно від того, впливають вони на динаміку матеріального правовідношення чи ні. Такі угоди поділяються на два види: ті, що встановлюють, змінюють або конкретизують форму захисту права (наприклад, арбітражна угода); ті, що встановлюють, змінюють або конкретизують спосіб захисту права (наприклад, угода про санкції за невиконання договору, мирова угода) [11, 37-40].

Враховуючи вищезазначене, напрошується висновок про те, що погляди вчених різняться у тому, що одні говорять про мирову угоду як про договір, інші відстоюють позицію процесуальної правової природи мирової угоди, а треті – змішаної правової природи цього правового інституту.

Маємо переконання, що мирова угода все ж таки має як матеріально-правову, так і процесуально-правову природу. Адже право на врегулювання спору власними зусиллями є елементом правоздатності суб'єктів матеріальних правовідносин, в той же час як процесуальним правом буде право сторін господарського процесу на укладення мирової угоди.

Процесуальна мирова угода відрізняється від цивільно-правової (позасудової) мирової угоди тим, що: 1) вона стосується спірного правовідношення, яке вже стало предметом судового процесу; 2) здійснюється в присутності суду, іноді за його участю або принаймні доводиться до відома суду; 3) для неї встановлені особливі форми укладення. Процесуальна мирова угода є, по суті, тим самим, що й цивільно-правова, а тому умови її дійсності повинні обговорюватися за нормами матеріального права і лише форма та процесуальні наслідки мають визначатися процесуальними нормами [5, 363].

В цьому контексті слід погодитися з М. А. Гурвичем, що мирову угоду не можна називати процесуальним договором: вона є більш складним юридичним фактом, який утворюють власне договір (як цивільно-правова угода) та елементи процесуального значення [12, 125].

В матеріально-правовому аспекті мирова угода має відповідати вимогам, встановленим господарським та цивільним законодавством, оцінюватися судом з урахуванням норм насамперед ст. 207 ГК України, ст. ст. 13, 203, 215 ЦК України. У процесуальному аспекті мирову угоду варто розглядати як засіб впливу на динаміку судового розгляду справи [13, 135-137]. Дійсно, серед підстав для припинення господарським судом провадження у справі законодавець наводить й таку як затвердження господарським судом мирової угоди, укладеної сторонами.

Таким чином, мирова угода є складним правовим явищем, до якого входить договір як угода матеріального права та ряд елементів процесуального характеру. По суті, це своєрідний матеріально-правовий спосіб захисту суб'єктивного права, поєднання матеріально-

правової угоди і спеціально встановлених законом процесуальних дій.

Питання мирової угоди в господарському судочинстві врегульовані ст. 78 ГПК України [14], відповідно до якої умови мирової угоди сторін викладаються в адресованих господарському суду письмових заявах, що долучаються до справи. Ці заяви підписуються відповідно позивачем, відповідачем чи обома сторонами. До затвердження мирової угоди сторін господарський суд роз'яснює сторонам наслідки відповідних процесуальних дій, перевіряє, чи є повноваження на вчинення цих дій у представників сторін. Мирова угода може стосуватися лише прав і обов'язків сторін щодо предмету позову. Про затвердження мирової угоди сторін господарський суд виносить ухвалу, якою одночасно припиняє провадження у справі.

Отже, мирова угода укладається в письмовій формі сторонами або їх представниками. Причому умови мирової угоди сторін викладаються та підписуються ними в адресованих господарському суду письмових заявах, що долучаються до справи.

У п. 3.19 постанови «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції» від 26.12.2011 р. № 18 [15] Вищий господарський суд України вказує, що треті особи, які заявляють самостійні вимоги на предмет спору, користуються усіма правами позивача, і отже, вправі укладати мирові угоди на загальних підставах.

Відповідно до ст. 29 ГПК України прокурор, який бере участь у справі, не має права на укладення мирової угоди, навіть не дивлячись на те, що користується всіма правами сторін. З цього приводу слушно зауважив О. П. Подцерковний, що мирова угода може призводити до поступок з боку сторін, а отже, вони мають характер оперативної діяльності та мають бути безпосередньо вчинені сторонами [16, 175].

Представник сторони повинен мати повноваження на укладення мирової угоди від її імені, про що обов'язується в довіреності або іншому документі, що підтверджує повноваження представника.

Мирова угода має бути затверджена господарським судом, про що вказується в постановленій ним ухвалі. В ухвалі про затвердження мирової угоди в резолютивній частині докладно й чітко викладаються її умови, вирішується питання про розподіл між сторонами судових витрат. Цією ж ухвалою припиняється провадження у справі.

Затвердження судом мирової угоди з одночасним припиненням провадження у справі є одноактною (нерозривною) процесуальною дією і не може розглядатися як два самостійних акти – окремо щодо затвердження мирової угоди і щодо припинення провадження. Господарський суд не має права самостійно змінювати умови затвердженої ним мирової угоди сторін, навіть у випадку, коли на це є згода самих сторін.

Ст. 78 ГПК України не містить чіткої вказівки щодо перевірки господарським судом відповідності мирової угоди вимогам закону. Водночас правильно зазначає Вищий господарський суд України у п. 3.19 своєї постанови «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції» від 26.12.2011 р. № 18, що господарський суд не повинен затверджувати мирову угоду, якщо вона не відповідає закону, або за своїм змістом вона є такою, що не може бути виконана у відповідності з її умовами, або якщо така угода остаточно не вирішує спору чи може призвести до виникнення нового спору. Мирова угода не може вирішувати питання про права і обов'язки сторін, які можуть виникнути у майбутньому, а також стосуватися прав і обов'язків інших юридичних чи фізичних осіб, які не беруть участі у справі або, хоча й беруть таку участь, але не є учасниками мирової угоди. Укладення мирової угоди неможливе і в тих випадках, коли ті чи інші відносини однозначно врегульовані законом і не можуть змінюватись волевиявленням сторін.

Господарський суд повинен мати право не затверджувати мирову угоду, що певною мірою не відповідає принципу диспозитивності, проте слугує гарантією захисту інтересів інших осіб. Адже мирова угода не може бути направлена проти прав та законних інтересів інших осіб та суперечити чинному законодавству.

З цього приводу цікавим є досвід Німеччини. Так, § 160 ЦПК цієї країни визначає, що про укладення мирової угоди має зазначатися у протоколі судового засідання. При цьому для укладення мирової угоди необхідна наявність певних передумов: 1) дотримання вимог, передбачених цивільним процесуальним правом для вчинення процесуальних дій, а також вимоги, що пред'являються матеріальним правом для укладення цивільно-правової угоди; 2) мирова угода повинна бути укладена в суді під час розгляду спору; 3) мирова угода укладається тільки за згодою сторін; 4) мирова угода може включати тільки ту частину предмета спору, щодо якої сторони розпорядилися [17, 317]. Як бачимо, в процедурі укладення мирової угоди німецьке законодавство не вимагає взагалі визнання її судовою. Відповідно до ч. 1 ст. 106 ГПК України ухвала господарського суду про затвердження мирової угоди може бути оскаржена в апеляційному порядку окремо від рішення місцевого господарського суду.

Зазначимо, що мирова угода може бути укладена і у процесі виконання судового рішення, що передбачено ст. 121 ГПК України. Зокрема, така ухвала подається на затвердження господарському суду, який прийняв відповідне судове рішення. Про затвердження мирової угоди господарський суд виносить ухвалу.

Особливістю мирової угоди, укладеної на стадії виконання судового рішення, є те, що в результаті її затвердження, провадження у справі не може бути припинено на підставі ст. 80 ГПК України. Відпо-

відне затвердження має безпосереднє значення лише для виконавчого провадження з погляду відстрочення, розстрочення чи зміни способу виконання судового рішення згідно з положеннями Закону України «Про виконавче провадження» від 21.04.1999 р. № 606-XIV [18, 78-83].

У мировій угоді передбачаються дві групи умов: обов'язкові та факультативні. Обов'язковими умовами є пункти щодо умов, розміру і строків виконання зобов'язань обома сторонами або однією стороною перед іншою. Крім обов'язкових умов, мирова угода може містити й факультативні умови, наприклад, про відстрочку або розстрочку виконання зобов'язань, уступку права вимоги, визнання боргу або зменшення його розміру тощо.

Умови мирової угоди повинні безпосередньо стосуватися предмета позову, що виключає зазначення в ній дій, коштів чи майна, які не відносяться до цього предмета. У зв'язку з цим не можуть включатися до мирової угоди умови щодо застосування неустойки (штрафу, пені) за невиконання її умов.

Умови мирової угоди мають бути чітко й неоднозначно викладеними з метою запобігання непорозумінню при їх виконанні у майбутньому. З цього приводу в юридичній літературі наголошувалося, що суд повинен звернути особливу увагу на чіткість і зрозумілість умов мирової угоди з тим, щоб вони не створювали спорів при їх виконанні [8].

Висновки. Мирова угода є матеріально-правовим способом захисту суб'єктивного права, у якій поєднуються матеріально-правові угоди і спеціально встановлені законом процесуальні дії, та характеризується такими ознаками: метою укладення мирової угоди є врегулювання спору між сторонами на основі взаємних компромісів; суб'єктами мирової угоди – сторони самого спору; предметом – коло прав і обов'язків сторін спору; мирова угода укладається в межах предмету спору, не порушує прав та законних інтересів інших осіб.

Господарським процесуальним законодавством не передбачена можливість зміни чи розірвання мирової угоди, відсутній чіткий порядок укладення і примусового виконання умов мирової угоди, мотивування відмови господарського суду затвердити мирову угоду, не врегульовано питання істотних умов цієї угоди, що не сприяє широкому застосуванню такого правового механізму врегулювання спорів як мирова угода, що й має бути враховано законодавцем при модернізації ГПК України.

Література:

1. Рекомендация Комитета Министров Совета Европы государствам-членам относительно путей облегчения доступа к правосудию от 14.05.1981 г. № R (81)7 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_133

2. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14.05.1992 р. № 2343-ХІІ у редакції Закону України від 22.12.2011 р. № 4512-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2343-12>
3. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.
4. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, 19-20, 21-22. — Ст. 144.
5. Васильовский Е. В. Учебник гражданского процесса / Е. В. Васильовский. — М.: Зерцало, 2003. — 464 с.
6. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. — СПб, 1907. — 815 с.
7. Дернбург Г. Пандекты. Обязательное право / Г. Дернбург. — 3-е изд. — М., 1911. — 412 с.
8. Фединак Л. Мирова угода як спосіб врегулювання цивільно-правових спорів: окремі питання / Л. Фединак // Право України. — 2003. — № 4. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://pravoznaves.com.ua/period/chapter/2/25/881>
9. Фурса С. Я. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар: у 2 т. / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, С. В. Щербак; за заг. ред. С. Я. Фурси. — К.: Фурса С. Я.; КНТ, 2007. — 1088 с.
10. Рожкова М. А. Основные понятия арбитражного процессуального права / М. А. Рожкова. — М.: Статут, 2003. — 400 с.
11. Рожкова М. А. Мировая сделка: использование в коммерческом обороте / М. А. Рожкова. — М.: Статут, 2005. — 572 с.
12. Советский гражданский процесс / под ред. М. А. Гурвича. — М.: Высшая школа, 1975. — 399 с.
13. Беяневич О. А. Процесуальні аспекти укладення мирової угоди в господарському суді / О. А. Беяневич // Вісник господарського судочинства. — 2007. — № 2. — С. 135-139.
14. Господарський процесуальний кодекс України від 06 листопада 1991 р. № 1798-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 6. — Ст. 56.
15. Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції: постанова Вищого господарського суду України від 26.12.2011 р. № 18 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0018600-11>
16. Господарське процесуальне право: підручник / за ред. О. П. Подцерковного, М. Ю. Картузова. — Х.: Одісея, 2012. — 400 с.
17. Гражданский процесс зарубежных стран / С. А. АLEXИНА, А. Г. ДАВТЯН, М. Э. МИРЗОЯН, В. Ю. КУЛАКОВА. — М.: Велби, Проспект, 2008. — 480 с.
18. Святогор О. Застосування мирової угоди в господарському процесі та виконавчому провадженні: окремі аспекти / О. Святогор // Право України. — 2003. — № 1. — С. 78-83.

Zgama A. A. Некоторые аспекты заключения мирового соглашения в хозяйственном процессе

Аннотация. В статье исследуются вопросы правовой природы мирового соглашения в хозяйственном процессе, проанализирован порядок его заключения, определяются условия и особенности утверждения мирового соглашения хозяйственным судом.

Ключевые слова: хозяйственный процесс, хозяйственное процессуальное законодательство, хозяйственный суд, мировое соглашение, полномочия, диспозитивность.

Zgama A. Some aspects of conclusion of amicable agreement in commercial proceeding

Summary. The paper examines the problems connected with the legal nature of amicable agreement in commercial proceeding, the order of its conclusion is analyzed, terms and features of claim of amicable agreement are determined by commercial court.

Keywords: commercial proceeding, commercial procedure legislation, commercial court, amicable agreement, powers, disposition.

*Кужко О. С.,
к. ю. н., доцент кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету*

ПІДСТАВИ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІДВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В ДОГОВОРІ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖУ

Анотація. Стаття присвячена з'ясуванню підстав звільнення від відповідальності в договорі перевезення вантажу за національним законодавством України, а також згідно міжнародним звичаям; розмежування категорій «непереборна сила», «випадок» та «форс-мажор»; можливості застосуванню форс-мажорного застереження у договорі перевезення вантажу у міжнародному та національному сполученні.

На підставі проведеного аналізу сформульовані загальні висновки щодо необхідності визначення підстав звільнення від відповідальності у договорі перевезення вантажу, з чітким зазначенням видів форс-мажору, шляхів та строків повідомлення, а також доказів щодо наявності обставин непереборної сили, а також їхнього впливу на виконання сторонами своїх зобов'язань по договору.

Ключові слова: договір перевезення вантажу, відповідальність за договором, підстави звільнення від відповідальності, форс-мажор.

Постановка проблеми. Сучасний стан діючого законодавства у сфері перевезення характеризується наявністю термінологічної плутанини щодо підстав звільнення від відповідальності сторін за договором перевезення вантажу, неврегульованості з боку порядку встановлення форс-мажорних обставин, а також можливості застосування правил та звичаїв міжнародного обігу. У практиці договірних відносин досить давно застосовується поняття «форс-мажор» (фр. *Force majeure*, вища сила), «непереборна сила», «випадок» – надзвичайна подія, яке неможливо передбачити і запобігти, обставина, за яку зобов'язана сторона не відповідає. Насамперед, необхідно зауважити, що чіткого розмежування цих понять на законодавчому рівні не існує. Наразі відсутня чітка регламентація таких категорій як у Цивільному кодексі України (далі за текстом статі – ЦК України) [1], так і в Господарському кодексі України (далі за текстом статі – ГК України) [2].

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Питанням щодо підстав звільнення від відповідальності сторін у договорі взагалі, та у договорі перевезення вантажу зокрема, в юридичній літературі приділена певна увага. Його досліджували В. В. Вітрянський, В. О. Єгізаров, О. С. Юффе, Н. С. Ковалевська, В. В. Луць, С. С. Олексієв, Г. П. Савічев, К. К. Ячков, та деякі інші. Але навіть на сучасному рівні правозастосування немає чітко виділеної позиції щодо розмежування вищезазначених понять, в тому числі з'ясування практичної можли-

вості та порядку застосування договірному врегулювання сторонами форс-мажорних застережень, що як наслідок призводить до неправильного застосування існуючих норм права.

Викладення основного матеріалу. Як би не намагалися сторони договору максимально чітко виконувати свої зобов'язання, в реальному житті все ж відбуваються події, на які вони вплинути не в силах. Для таких випадків передбачені цілком законні застереження, що допомагають пом'якшити або уникнути відповідальності за невиконання відповідних домовленостей.

У ст. 617 ЦК України закріплено, що особа, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання, якщо вона доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили. Не вважається випадком, зокрема, недодержання своїх обов'язків контрагентом боржника, відсутність на ринку товарів, потрібних для виконання зобов'язання, відсутність у боржника необхідних коштів.

Натомість у ч. 2 ст. 218 ГК України зазначено, що в разі, якщо інше не передбачено законом або договором, суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання виявилось неможливим унаслідок дії непереборної сили, тобто надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності. Наступним кроком законодавець стверджує, що такими обставинами (тобто непереборною силою) не вважаються порушення зобов'язань контрагентами правопорушника, відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язань товарів, відсутність у боржника необхідних коштів (у науковій літературі останні іменуються комерційним ризиком). Тобто у ГК України не проводиться розмежування між поняттями «випадок» і «непереборна сила». Адже ГК України у ст. 218 не виділяє «випадок» як підставу звільнення від відповідальності, на відміну від ЦК України. Поняття «форс-мажор», як таке відсутнє в обох кодексах, хоча в національному законодавстві, що стосується зовнішньоекономічної діяльності відбувається дещо інша картина.

Відповідно до ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» [3] суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовніш-

ньоекономічного договору (контракту) мають право використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації, правила міжнародних органів та організацій, якщо це не заборонено прямо та у виключній формі цим та іншими законами України. При цьому Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів) затверджене Наказом Мінекономіки 06.09.2001 року № 201 [4], передбачає в своїй формі форс-мажорні обставини – що є відомостями про те, за яких випадків умови договору (контракту) можуть бути не виконані сторонами (стихійні лиха, воєнні дії, ембарго, втручання з боку влади та інше).

На теоретичному рівні теж немає чітко виділеної позиції щодо розмежування зазначених понять.

О. С. Йоффе розумів під непереборною силою таке зовнішнє чи внутрішнє ставлення до події, що характеризується шкідливою діяльністю, якій, будучи надзвичайною за своїм характером, неможливо запобігти господарсько-допустимими для цієї особи засобами. Він таким чином об'єднував «випадок» та «непереборну силу» за ознакою відсутності вини правопорушника [5, 432]. З точки зору А. Лобкова, форс-мажорними в законодавстві і договірній практиці визнаються: а) непереборна сила; б) надзвичайна обставина, яку неможливо передбачити чи запобігти; в) подія, яку неможливо передбачити, запобігти чи усунути будь-яким способом; г) непередбачувана обставина, що порушує плани; д) законодавчі акти і заборонні рішення органів державної влади [6]. Г. Бобовник зазначає, що форс-мажор (*force-majeure* (фр.), або «обставини непереборної сили») – термін, що використовується для позначення причин невиконання договірних зобов'язань за тих умов, коли ці причини не залежать від виконавця. Тобто йдеться про ототожнення понять «непереборна сила» і «форс-мажор» [7]. Досліджуючи поняття «форс-мажор», І. Е. Красько, наводячи аргументи щодо розмежування непереборної сили, форс-мажору та випадку, зазначив, що, подібно до непереборної сили, форс-мажор – це зовнішня стосовно діяльності зобов'язаних за договором сторін обставина, яка не залежить від їх волі і бажання. Але форс-мажорні обставини суб'єктивні, бо вони пов'язані з волею людини, групи людей і виникають у результаті їх волевиявлення [8, 32]. О. Г. Братель припускає можливість об'єднання перелічених понять під поняття «надзвичайна ситуація».

На наш погляд, вдалою виявляється позиція О. В. Дмитрієвої, відповідно до якої головною ознакою відповідальності без вини виступає ознака неможливості запобігти вчиненню будь-якого порушення. При цьому «випадок» має суб'єктивний характер, а «непереборна сила» – об'єктивний характер. Поняття «форс-мажор» виникає із зарубіжної практики та відповідає правилам застосування договірної свободи. У цивільному законодавстві зарубіжних країн не міститься визначення поняття «непереборна сила»,

тому в договорах необхідно його якимось конкретизувати. ЦК України робить це шляхом перелічення обставин, які можуть виникнути після укладення договору та призвести до неможливості його виконання [9, 106].

Якщо звернутися до практики ділового обігу, яка в останні часи відіграє у процесах перевезення велику роль, можемо дійти висновку, що сторони вирішують це питання у договорі самостійно, в більшості випадках користуючись міжнародними звичаями, в тому числі рекомендаціями Міжнародної торгової палати «Форс-мажорні обставини та складнощі» 421Е [10], відповідно до яких звільнення від відповідальності за невиконання або неналежне виконання зобов'язань можливо:

– якщо таке невиконання стало результатом перешкоди, що знаходиться поза контролем сторони;

– якщо від сторони не можна було розумно очікувати в момент укладання контракту прийняття до уваги даної перешкоди чи її наслідків для виконання контракту;

– якщо сторона не могла розумно уникнути або подолати таку перешкоду або, принаймні, її наслідки.

При цьому вищезгадана перешкода може відбутися унаслідок поїменованих нижче подій, перелік яких не є вичерпним:

а) оголошена чи неоголошена війна, громадянська війна, заворушення та революції, акти піратства, саботаж;

б) стихійні лиха, урагани, циклони, землетруси, цунамі, повені, руйнування в результаті блискавки;

в) вибухи, пожежі, руйнування машин, заводів і будь-яких установок;

г) бойкоти, страйки та локауту в будь-якій формі, уповільнення роботи, заняття підприємств або їх приміщень, зупинки в роботі, що відбуваються на підприємстві сторони, яка просить про звільнення від відповідальності;

д) дії влади, законні чи незаконні, за винятком тих, щодо яких відповідна сторона прийняла на себе ризик згідно з умовами контракту.

Необхідно зауважити, що коло обставин, що застосовуються в договорах перевезення вантажу, є майже стандартними та містять вказівки на такі обставини, які на території України уявляються майже неможливими (наприклад, землетрус у північних областях України), або якщо виникнення їх можливе, зрозуміло, що вони не можуть вплинути на виконання договору. Перелічені фактори зводять значення договірної форс-мажору практично до нуля. Обов'язкового та закритого переліку обставин, що виключають відповідальність, як було зазначено вище, ані національна, ані міжнародна законодавча база не містить. Ці обставини напрацьовуються сторонами правочинів самостійно, вони враховують конкретну ситуацію та необхідність цих обставин. До таких обставин у договорі перевезення вантажу відносять події і явища,

такі як повені, воєнні дії, землетруси, пожежі, аварії на транспорті, публікації нормативних актів, що мають характер заборони тощо. Узагальнюючими ознаками цих обставин є непередбачуваність та об'єктивна невідворотність, звідси – не можна розглядати як непереборну силу такі обставини, як відсутність коштів, порушення контрагентами зобов'язань із поставки сировини, комплектуючих тощо. Крім цього, як форс-мажорні обставини в договорі перевезення вантажу неможливо зафіксувати викрадення вантажу під час його слідування від відправника до одержувача. Нести відповідальність за викрадений вантаж буде сторона, в обов'язки якої входило забезпечення доставки вантажу і яка повинна була забезпечити належну охорону, тару, найняти професійного перевізника і т. ін.

Необхідно чітко встановлювати строки очікування на можливість виконання договору після закінчення форс-мажору. Це цілком залежатиме від властивостей товару (строк придатності, необхідність у цьому товарі з перебігом часу та ін.). Звичайно строки коливаються від 3-х днів до 3-х місяців.

Також необхідно ретельно зазначити органи, які підтверджують настання форс-мажору в тій чи іншій країні та порядок повідомлення про початок та закінчення форс-мажору, з обов'язковим указуванням часових відрізків такого повідомлення.

Ст. 6 Закону України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» від 23.09.1994 року [11] зазначає, що підтвердженням форс-мажорних обставин є відповідна довідка Торгово-промислової палати України (далі за текстом статті – ТПП України) або іншої уповноваженої організації (органу) країни розташування сторони договору (контракту) або третьої країни відповідно до умов договору.

Згідно зі ст. 14 Закону України «Про торгово-промислові палати України» [12] ТПП України засвідчує обставини форс-мажору відповідно до умов зовнішньоторговельних угод і міжнародних договорів України, а також торговельні та портові звичаї, прийняті в Україні.

Під час здійснення перевезення чи під час організації перевезення вантажу перевізник може приймати на себе обов'язки транспортного експедитора та взаємодіяти з різними перевізниками. На міжнародному рівні, наприклад, під час здійснення морських перевезень, клієнти користуються послугами різних морських ліній. Кожна морська лінія, що займається перевезеннями, випускає свій транспортний документ – коносамент, який має свої спеціальні умови стосовно інших. Зміст форс-мажорних обставин у цьому випадку залежатиме від власної практики перевізника.

Проведене дослідження дозволяє зробити наступні **висновки:**

На сучасному стані розвитку цивільного законодавства законом чи договором, з застосуванням правил та рекомендацій міжнародної практики можуть бути

передбачені інші умови відповідальності або звільнення від неї при здійсненні підприємницької діяльності, різновидом якої є транспортна діяльність спрямована на перевезення вантажу. Але в усіх випадках за наявності такої форми вини, як умисел, положення договору про звільнення від відповідальності будуть нікчемними (ч. 3 ст. 614 ЦК України).

Разом з тим, простого посилання на існування форс-мажору, в тому числі на популярну останнім часом «надмірну економічну неможливість виконання зобов'язання» не є достатнім. По-перше, сторона, що посилається на форс-мажор, повинна або прописати такі умови невиконання у договорі, або посилатися на ст. 617 ЦК України. По-друге, сторона повинна надати переконливі докази одночасної наявності умов (їхньої сукупності), передбачених договором або законом, для визнання відповідного факту судом, або органом, що надає підтвердження існування форс-мажорних обставин.

З огляду на вищезазначене, для правильного застосування механізму форс-мажорного застереження та його правомірності, необхідно, щоб форс-мажорна підстава була наявною, на неї було посилання в договорі, вона дійсно впливала на виконання зобов'язання, а також була підтверджена уповноваженим органом, з обов'язковим попередженням іншої сторони про неможливість виконання в період її дії.

Усі інші проблеми, пов'язані з дослідженням договору перевезення вантажу, виходять за межі цієї статті і становлять перспективні напрямки подальших наукових розвідок.

Література:

1. Цивільний кодекс України: за станом на 16 травня 2013 року // Верховна Рада України. — Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
2. Господарський кодекс України: за станом на 16 травня 2013 року // Верховна Рада України. — Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 462.
3. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України за станом на 06.11.2012 року // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 29. — Ст. 377.
4. Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів): за станом на 28.09.2011 року // Наказ Міністерства економіки щодо питань європейської інтеграції України № 201. — Офіційний вісник України. — 2001. № 39. — Ст. 1784.
5. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. — М.: Юрид. лит., 1975. - 880 с.
6. Лобков А. Підприємницький ризик, форс-мажор і договірні зобов'язання / А. Лобков [Електронний ресурс]. — Режим доступу до сайту: <http://www.putevoditel.kz>.
7. Бобовик Г. Податкові борги: щоб не бути в «мінорі» від форс-мажора / Г. Бобовик // Бізнес-партнер [Електронний ресурс]. — Режим доступу до журналу: <http://www.stpp.org.ua>.
8. Красько І. Е. Корпоративне право. Вибрані статті / І. Е. Красько. — К., 2004. — С. 64.
9. Дмитриева О. В. Ответственность без вины в гражданском праве / О. В. Дмитриева. — Воронеж: ВВШ МВД РФ, 1997. — С. 85-94, 106 — 110.

10. «Форс-мажорные обстоятельства», публикация № 421(Е), серия: «Издания Международной торговой палаты». — М.: Консалтбанкир, 1997.
11. Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті: Закон України за станом на 02.12.2012 року // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 40 (04.10.94). — ст. 364.
12. Про торгово-промислові палати України: Закон України за станом на 16.10.2011 року // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 13. — Ст. 52.

Кужко А. С. Основания освобождения от ответственности в договоре перевозки груза

Аннотация. Статья посвящена выяснению оснований освобождения от ответственности в договоре перевозки груза по национальному законодательству Украины, а также согласно международным обычаям; разграничение категорий «непреодолимая сила», «случай» и «форс-мажор»; возможности применения

форс-мажорной оговорки в договоре перевозки груза в международном и национальном сообщениях.

Ключевые слова: договор перевозки груза, ответственность по договору, основания освобождения от ответственности, форс-мажор.

Kyzhko A. Grounds for exemption from liability in a contract of carriage of cargo

Summary. The article is devoted to clarification of the grounds for exemption from liability in a contract of carriage of goods by national legislation and according to international customs; separation of categories of «force majeure», «case» and «force majeure»; the possibility of application of the force majeure clause in the contract of transportation of cargo in the international and national communication.

Keywords: contract of carriage of goods; responsibilities under the contract; the grounds for exemption from liability; force majeure.

*Костова Н.І.,**к. ю. н., асистент**кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету*

ПРАВОВА ПРИРОДА ВІДНОСИН, ЯКІ ВИНΙΚАЮТЬ ПРИ СТВОРЕННІ АКЦІОНЕРНОГО ТОВАРИСТВА

Анотація. В статті розглядаються проблеми визначення правової природи відносин, які виникають при створенні акціонерних товариств. Особлива увага приділяється питанню відносинам, які мають не лише теоретичне, а й практичне значення, яке дозволить визначити їх місце в системі правових відносин, встановити особливості їх правового регулювання, порядок та способи захисту прав та інтересів учасників таких відносин.

Ключові слова: правова природа відносин, корпоративні правовідносини, акціонерні товариства, учасники корпоративних відносин.

Постановка проблеми. Звернення до проблеми визначення правової природи відносин, які виникають при створенні акціонерних товариств, обумовлена декількома причинами. З'ясування особливостей таких відносин має не лише теоретичне, а й практичне значення, так як дозволить визначити їх місце в системі правових відносин, встановити особливості їх правового регулювання, порядок та способи захисту прав та інтересів учасників таких відносин.

У наукових дослідженнях, присвячених проблемам корпоративного права, висловлюються протилежні точки зору щодо визначення природи правовідносин, які виникають при створенні господарських товариств, в тому числі й акціонерних.

Відповідно до першої точки зору, відносини, які виникають при заснуванні юридичних осіб, в тому числі й акціонерних товариств, визнаються корпоративними відносинами.

Відповідно до другої, наголошується на тому, що до моменту державної реєстрації не існує юридичної особи, відповідно не виникають корпоративні права, а тому недоречним є віднесення до корпоративних тих відносин, які виникають при створенні товариства.

У зв'язку з цим для визначення правової природи відносин, які виникають при створенні акціонерних товариств, вважається необхідним проаналізувати поняття та особливості корпоративних правовідносин.

Як слушно зазначає В. А. Васильєва, на сьогоднішній день жоден із видів суспільних відносин не зумовив такого розмаїття визначень, поглядів та дискусій, як корпоративні правовідносини і, відповідно, їх елементи – суб'єктивні корпоративні права. При цьому корпоративні правовідносини В. А. Васильєва

визначає, як врегульовані нормами права суспільні відносини, які виникають між засновником (учасником) юридичної особи і самою юридичною особою в результаті реалізації ними засновницьких прав [1, 24].

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Численні дискусії навколо природи корпоративних відносин обумовлені, зокрема, відсутністю належного правового регулювання. Так, офіційне визначення корпоративних відносин закріплено у Господарському кодексі України в статті 167 відповідно до якої це відносини, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав. Цивільний кодекс України не надає визначення корпоративних відносин, не виокремлює їх як різновид правовідносин, які регулюються цивільним правом. Разом з тим, Цивільний кодекс України регулює питання реалізації окремих корпоративних прав, відносини, які виникають при створенні, діяльності та ліквідації господарських товариств.

Метою статті є закріплення в предметі цивільного права корпоративних відносин, вимагає від законодавця створення цілого ряду норм та інститутів, які дозволять забезпечити баланс корпоративних інтересів різних суб'єктів, їх захист, стабільність внутрішньо корпоративних зв'язків, недопустимість зловживання правами та втрати корпоративного контролю з урахуванням специфіки внутрішньо корпоративних відносин та впливу на зовнішні господарські відносини.

Викладення основного матеріалу. Як зазначає В. А. Васильєва, за законом будь-які суспільні відносини, об'єктом яких є корпоративні права, слід вважати корпоративними. На перший погляд достатньо було б і одного кваліфікуючого критерію при умові чіткості щодо самого поняття корпоративних прав. Перелік корпоративних прав носить дискретний характер і це в свою чергу ускладнює ситуацію із кваліфікації відносин. Тому більшість дослідників звертаються до аналізу суб'єктного складу корпоративних відносин [2, 56].

Щодо сфери існування корпоративного правовідношення в юридичній літературі склалося одразу кілька теорій (підходів).

О. Р. Кібенко зазначає, що все те, що так чи інакше пов'язано з діяльністю господарських товариств, під-

падає під регулювання норм корпоративного права. Причому пропонується поділ корпоративних правовідносин на два види: внутрішні й зовнішні. Внутрішніми є відносини, які виникають всередині господарського товариства, а зовнішніми – які виникають у процесі здійснення ним підприємницької діяльності. Внутрішні корпоративні правовідносини, у свою чергу, поділяються на три групи: 1) відносини між учасниками товариства; 2) відносини між господарським товариством і його учасниками; 3) відносини між різними органами господарського товариства. Зовнішні корпоративні відносини, на переконання Кібенко О. Р., можуть бути приватноправового або ж публічно-правового характеру. Основну масу приватноправових корпоративних відносин складають відносини цивільні й трудові; публічно-правові корпоративні відносини можуть проявлятися в адміністративних, фінансових, кримінально-правових та багатьох інших [3, 288].

Корпоративні правовідносини – це засновані на участі в корпоративних організаціях (акціонерному товаристві, товаристві з обмеженою і додатковою відповідальністю) відносні цивільні правовідносини майнового характеру, які виникають між корпоративною організацією і її учасниками і пов'язані з реалізацією і захистом суб'єктами цих правовідносин, належних їм корпоративних прав і виконанням покладених на них корпоративних обов'язків.

Специфіка корпоративних відносин, які існують між юридичною особою, її учасником (учасниками), а також іншими особами, які здійснюють функції її органів, полягає у тому, що їх учасники, виступаючи самостійними та незалежними суб'єктами цивільного обігу, які мають власну волю, набувають по відношенню один до одного права корпоративної влади та приймають на себе обов'язки корпоративного підпорядкування, при цьому об'єм та зміст цих прав та обов'язків визначається законом, засновницькими документами юридичної особи та відповідними договорами [4, 3].

Слід звернути увагу, що в наведених підходах до визначення поняття та особливостей корпоративних правовідносин серед суб'єктів корпоративних відносин зазначено, зокрема, учасників товариства, саме товариство. Про засновників, як учасників корпоративних правовідносин, не зазначається.

О. М. Вінник визначає корпоративні відносини як такі, що виникають у процесі створення, функціонування та припинення господарських товариств за участю безпосередніх (засновники, учасники, саме товариство, його органи) та опосередкованих учасників (кредитори, споживачі, наймані працівники, облігаціонери товариства, територіальна громада, держава в особі уповноважених органів) і забезпечують збалансовану реалізацію інтересів зазначених осіб [5, 32].

Отже, наведене свідчить, що для виокремлення корпоративних відносин, важливе значення має чітке визначення об'єкту, з приводу якого вони виникають. Корпоративними слід визнавати правовідносини, які виникають щодо здійснення та захисту корпоративних прав. Таке обмеження, на нашу думку, дозволить відокремити від корпоративних інші цивільні, господарські відносини, які пов'язані з діяльністю господарського товариства, чи його учасників, акціонерів, але при цьому не пов'язані з корпоративними правами.

Окрім визначення кола відносин, які слід відносити до корпоративних, не менш дискусійним є питання моменту, з якого такі відносини виникають, а саме чи є відносини між засновниками корпоративними, чи це цивільні зобов'язальні відносини.

В. М. Кравчук зазначає, що окремі відносини, які входять до складу корпоративних, є зобов'язальними (наприклад, відносини щодо сплати внесків до статутного капіталу), а отже й цивільними, окремі – управлінськими (наприклад, відносини щодо скликання та проведення загальних зборів учасників), окремі – трудовими (наприклад, відносини між головою виконавчого органу й товариством), окремі – фінансовими (наприклад, відносини щодо емісії цінних паперів)» [6, 464].

Виділення організаційного характеру майнових, а головне корпоративних відносин, багато в чому може сприяти вивченню і розумінню корпоративної дійсності. Концепція організаційних засад здатна стати основою для пояснення розуміння корпоративних відносин, які значно ускладнилися, а її вивчення повинне одержати подальший розвиток у більшості сучасних юридичних осіб [7, 19].

Цивільно-правовим організаційним відносинам властиві всі ознаки, притаманні категорії правовідносин взагалі й притаманні цивільним правовідносинам як категорії приватного права. Звідси випливають ще й такі характерні риси організаційних цивільних правовідносин:

По-перше, вони не є самодостатніми, а обслуговують інші, основні цивільні правовідносини, виступаючи засобом впорядкування останніх;

По-друге, зазначений зв'язок організаційних цивільних правовідносин з іншими цивільними правовідносинами може мати неоднакове значення і неоднакову конкретну спрямованість у залежності від того, про який конкретний етап у розвитку майнових або особистих немайнових цивільних відносин йдеться;

По-третє, зв'язок організаційних цивільних правовідносин з іншими цивільними правовідносинами за своїм змістом може бути неоднаковим. В одних випадках організаційні правовідносини виступають як своєрідна організаційна передумова формуван-

ня, зміни або припинення того чи іншого цивільно-правового зв'язку суб'єктів, у інших – організаційно-правові відносини є одним із елементів цивільних правовідносин, які вже існують [8, 9-16].

Досліджуючи організаційні корпоративні відносини О.І. Харитонова виділяє такі ознаки організаційних відносин:

По-перше, специфіка нормативного підґрунтя організаційних відносин зумовлена вирішальним значенням для їхнього регулювання актів цивільного та іншого законодавства.

По-друге, специфічним є суб'єктний склад цивільних організаційних відносин, оскільки тут одним із суб'єктів завжди має бути носій владних повноважень. Саме владний характер одного із суб'єктів відносин надає цим відносинам особливого змісту, зумовлюючи конструкцію, яка дозволяє одному із суб'єктів застосовувати засоби владного правового тиску.

По-третє, об'єктом цивільно-правових організаційних відносин є суспільні відносини, які підлягають організації (впорядкуванню) у сфері господарювання.

По-четверте, змістом цивільних управлінських (організаційних) відносин є права і обов'язки, які виникають у процесі регулювання і залежать від функції останнього. У свою чергу, зазначені функції також відображають специфічні риси цивільно-правових управлінських організаційних відносин.

Організаційні корпоративні цивільні правовідносини, це побудовані переважно на засадах формальної або фактичної субординації регулятивні цивільні правовідносини, що виникають у процесі створення, функціонування та припинення корпорацій (юридичних осіб) між їхніми учасниками, котрі виступають як учасники цивільних відносин [9, 127].

Висновки. Аналізуючи наведені підходи до характеристики правовідносин, які виникають при створенні господарських товариств, можна зробити висновок, що переважно підкреслюється їх подвійна природа. Зокрема, зазначається про організаційний характер таких відносин та їх корпоративну природу.

Разом з тим, висловлюються й протилежні точки зору, коли поява корпоративних відносин пов'язується виключно з фактом реєстрації товариства.

На нашу думку, більш доречним все ж таки є виокремлення правовідносин, які виникають при створенні господарських товариств, в тому числі акціонерних товариств, з поміж інших цивільно-правових відносин. Особливо це стосується відносин, які виникають при створенні акціонерних товариств, що обумовлено розподілом між засновниками акцій та їх оплатою ще на стадії створення товариства. Незважаючи на те, що акціонерне товариство не зареєстровано, у засновників виникає сукупність прав,

пов'язаних з акціями, та обов'язків як організаційного, так і майнового характеру. Звісно, не всі відносини, які виникають при створенні акціонерних товариств, можуть бути віднесені до корпоративних.

При заснуванні акціонерних товариств його засновники виступають учасниками різних відносин, і цивільно-правових і адміністративно-правових. Всі ці відносини виникають у зв'язку з вчиненням дій, спрямованих на створення товариства, але не всі вони можуть бути віднесені до корпоративних. Так, відносини, які виникають у зв'язку зі здійсненням державної реєстрації є публічно-правовими відносинами, учасником яких виступає суб'єкт владних повноважень. Такі відносини не є корпоративними, так само як і відносини, пов'язані із реєстрацією Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій. Такі відносини є невід'ємною складовою процесу створення товариства, однак не можуть, на нашу думку відноситись до корпоративних.

Що стосується приватноправових відносин, які виникають у зв'язку із створенням акціонерних товариств, вважається на необхідне розділити їх також на дві категорії.

По-перше, це відносини, які виникають між засновниками товариства (сторонами договору про створення акціонерного товариства). Саме ці відносини, пов'язані із майновою та організаційною участю засновників у створенні товариства, слід розглядати як корпоративні відносини.

По-друге, це відносини, які виникають між засновниками та третіми особами. Хоча ці відносини також спрямовані на забезпечення створення акціонерного товариства, вони не можуть визнаватись корпоративними, так як їх учасників не об'єднує спільна мета – заснування юридичної особи, а також майнова участь у формуванні статутного капіталу товариства. Такими є відносини, які виникають із договорів про придбання майна, оренду приміщень тощо.

Правовідносини, які виникають у зв'язку зі створенням акціонерного товариства відрізняються такими характерними ознаками.

По-перше це мета, з якою учасники вступають у такі відносини, а саме створення акціонерного товариства.

По-друге, особливості регулювання. Поряд з нормативно-правовими актами важливе значення у визначенні прав та обов'язків засновників, порядку вчинення дій по створенню товариства може відігравати договір про створення товариства.

По-третє, суб'єктний склад таких відносин. В першу чергу відносини по створенню акціонерних товариств виникають безпосередньо між засновниками акціонерного товариства, які й виступають основними їх учасниками до припинення таких відносин у зв'язку

із реєстрацією товариства або відмовою засновників від подальшого заснування товариства. Відповідно до ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» засновниками акціонерного товариства визнаються держава в особі органу, уповноваженого управляти державним майном, територіальна громада в особі органу, уповноваженого управляти комунальним майном, а також фізичні та /або юридичні особи, що прийняли рішення про його заснування. Засновниками акціонерного товариства можуть бути одна, дві чи більше осіб.

Слід зазначити, що у законодавстві встановлено певні обмеження, щодо можливості виступати засновником товариства.

Щодо юридичних осіб, виходячи з положень ст. 4 Закону «Про акціонерні товариства», можуть бути визначені наступні обмеження:

– по-перше, акціонерне товариство не може бути створено одним засновником учасником – підприємницьким товариством, учасником якого є одна особа;

– по-друге, акціонерне товариство не може бути створено та мати у своєму складі лише акціонерів – юридичних осіб, єдиним учасником яких є одна й та ж особа.

Щодо фізичних осіб – засновників слід зазначити наступне. Відповідно до ст. 32 Цивільного кодексу України неповнолітня особа з чотирнадцяти років може бути учасником (засновником) юридичних осіб, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи. На нашу думку визнання за особою права виступати засновником, починаючи з чотирнадцяти років не може бути оцінено лише з позитивної сторони. І хоча акціонер товариства несе ризик від участі в товаристві лише в межах здійсненого вкладу, що унеможливує звернення стягнення на майно акціонерів за боргами товариства, не призведе до додаткових майнових витрат, крім зроблених на придбання акцій, все ж таки участь у товаристві не обмежується лише фінансовими активами.

Що стосується змісту правовідносин, які виникають у зв'язку зі створенням акціонерних товариств, як і в інших цивільно-правових відносинах, корпоративних відносинах, це права та обов'язки учасників таких відносин. Вступаючи у відносини по заснуванню товариства, засновники в першу чергу реалізують право на створення юридичної особи, яке включає можливість визначення організаційно-правової форми юридичної особи, визначення мети та напрямків діяльності, структури управління тощо. Поряд з правом заснувати товариство, засновники також наділені правом відмовитись від участі у створенні товариства, яке не обмежується на законодавчому рівні. Засновники мають право здійснювати дії по заснуванню товариства самостійно або призначити уповноважену

особу. Приймати участь у голосуванні на установчих зборах (це право по суті співпадає з правом участі у загальних зборах акціонерного товариства).

Обов'язки засновників товариства можуть бути поділені на дві категорії:

Мають майновий зміст – обов'язок своєчасно внести внески в рахунок оплати акцій, вносити кошти на покриття витрат, пов'язаних із створенням товариства.

Мають організаційний (управлінський) зміст, передбачають участь у зборах засновників, в установчих зборах, вчинення дій по створенню товариства на виконання доручень інших засновників товариства, належне виконання умов договору про створення товариства.

Відносини, які виникають при створенні акціонерних товариств, можуть бути поділені на декілька категорій: по-перше, відносини, які виникають безпосередньо між засновниками акціонерного товариства (є приватноправовими, мають корпоративну природу); по-друге, відносини, які виникають між засновниками та третіми особами щодо вчинення дій із заснування товариства, наприклад, відносини представництва (є приватноправовими, цивільними, не мають корпоративної природи); по-третє, відносини, які виникають між засновниками та органами державної влади (є публічно-правовими, не мають корпоративної природи).

Література:

1. Васильєва В. А. Корпоративні правовідносини як вид суспільних відносин / В. А. Васильєва // Юридична Україна. — 2003. — № 10. — С. 24-26.
2. Васильєва В. А. Корпорації як суб'єкти корпоративних відносин / В. А. Васильєва. — Івано-Франківськ, 2010. — С. 56-62
3. Кибенко Е. Р. Корпоративное право Украины: учеб. пособ. / Е. Р. Кибенко. — Х.: Эспада, 2001. — 288 с.
4. Козлова Н. В. Правосубъектность юридического лица по российскому гражданскому праву: дис. д-ра юрид. наук / Н. В. Козлова. — Москва, 2004. — С. 3.
5. Вінник О. М. Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах: автореф. дис. на здобуття наукового ступеня д-ра юрид. наук: 12.00.04 / О. М. Вінник. — К., 2004. — 32 с.
6. Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах: монографія / В. М. Кравчук. — Л.: Край, 2009. — 464 с.
7. Синенко А. Ю. Эмиссия корпоративных ценных бумаг, правовое регулирование: теория и практика / А. Ю. Синенко. — М., 2002. — С. 19.
8. Харитонов Є. О. Поняття та види цивільних організаційних правовідносин: постановка проблеми / Є. О. Харитонов, О.І. Харитонova // Актуальні проблеми держави і права: Збірник наукових праць. — Одеса, 2008. — Вип. 41. — С. 9-16.
9. Харитонova О.І. Організаційні корпоративні правовідносини: до проблеми визначення поняття / О.І. Харитонova // Охорона корпоративних прав: матер. Всеук. наук.-практ. семін. — Івано-Франківськ, 2011. — С. 125-130.

Костова Н. И. Правовая природа отношений, возникающих при создании акционерного общества

Аннотация. В статье рассматриваются проблемы определения правовой природы отношений, возникающих при создании акционерных обществ. Особое внимание уделяется вопросу отношений, которые имеют не только теоретическое, но и практическое значение, которые позволят определить их место в системе правовых отношений, установить особенности их правового регулирования, порядок и способы защиты прав и интересов участников таких отношений.

Ключевые слова: правовая природа отношений, корпоративные правоотношения, акционерные общества, участники корпоративных отношений.

Kostova N. The legal nature of the relationship arising from the creation of the joint stock company

Summary. The problems of determining the legal nature of the relationship arising from the creation of joint stock companies. Particular attention is paid to the relationships are not only theoretical but also practical, which will determine their place in the system of legal relations, to determine the features of their legal regulation, order, and ways to protect the rights and interests of the participants in such relationships.

Keywords: legal nature of the relationship, corporate relationships, joint stock companies, the participants of corporate relations.

ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ВИРІШЕННЯ ПРОБЛЕМ РЕАЛІЗАЦІЇ РЕГУЛЯТИВНОГО ВПЛИВУ АНАЛОГІЇ ЗАКОНУ

Анотація. В статті розглядаються існуючі наукові точки зору на проблеми застосування аналогії закону у цивільному праві України. Автор виокремлює питання, що залишаються дискусійними як в теорії, так і в практиці, здійснює їх критичний аналіз.

Ключові слова: аналогія закону, аналогія права, прогалина, правова доктрина.

Постановка проблеми. Обґрунтування необхідності застосування аналогії закону у правозастосуванні з метою подолання прогалин нараховує багатомісячну історію, зокрема, починаючи з часів Древньої Греції та Стародавнього Риму і закінчуючи сьогоднішнім, мислителі спрямовують розумові зусилля на досягнення істинних причин «несправедливості законів» та намагаються створити досконалу законодавчу модель регулювання суспільних відносин. Огляд літератури з аналогії закону можна здійснювати за різними класифікаційними критеріями: в залежності від історичного проміжку часу, галузевої приналежності дослідження. Зазначимо, що дане дослідження не претендує на виявлення усіх точок зору стосовно обраної тематики, оскільки обмежене галузевою специфікою застосування аналогії закону. Тому, обираючи напрямки дослідження, враховувались дискусійні питання, що не знайшли свого остаточного вирішення та мають значення для формування моделі здійснення регулятивної дії аналогії закону у цивільному праві України.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Оскільки аналогія закону не поставала предметом окремих монографічних та дисертаційних досліджень, вирішення даного питання має нагальне значення для подальших досліджень. **Метою** даної статті є систематизація існуючих наукових праць з проблем застосування аналогії закону та виокремлення питань, що залишаються полемічними як в теорії, так і в практиці.

Викладення основного матеріалу. Синтез існуючих точок зору надав змогу виділити наступні дилеми у побудові юридичної конструкції аналогії: 1. Чи можлива наявність прогалин у праві? 2. В яких формах можуть виражатись прогалини у законі? 3. Що являє собою сфера правового регулювання взагалі, та цивільно-правового регулювання зокрема? 4. Які чинники детермінують появу прогалин у законі? 5. Яка класифікаційна система прогалин склалась на сьогоднішній день? 6. Значення аналогії закону та ана-

логії права у здійсненні суддівської правотворчості? 7. Термінологічне навантаження формулювань «подолання прогалин» та «поповнення прогалин»? 8. Як розуміння юридичної природи аналогії закону впливає на її місце у механізмі правового регулювання? 9. Чи можливе застосування аналогії закону у сфері публічного права? 10. Які умови застосування аналогії закону? 11. Коло суб'єктів, що можуть реалізовувати регулятивний вплив аналогії закону з метою подолання прогалин? Отож, зупинимось на огляді точок зору стосовно визначених питань, вирішення яких надасть нам можливість з'ясувати підхід законодавця до концепції Цивільного кодексу України, зокрема позитивізму або все ж таки природно-правової, та особливості застосування аналогії закону як засобу подолання прогалин у цивільному праві України.

1. Природно-правова концепція Цивільного кодексу України через призму наявності «прогалин у законі» та «відсутності прогалин у праві».

Погляди науковців на застосування аналогії закону як засобу подолання прогалин залежать від позицій останніх стосовно можливості наявності прогалин у праві. Прихильниками безпрогальності права були М. А. Унковський [1, 5], Р. Ієрінг [2, 29, 26], Є. В. Васьковський [3, 96], які стверджували, що на будь-яке питання можна знайти відповідь у існуючій юридичній матерії (системі закріплених правових норм). Протилежного підходу дотримувався В. В. Лазарєв, який зауважував, що при характеристиці «прогалин у праві» та «прогалин у законі» можна говорити про відсутність нормативного акту або його неповноту, яка виражається у відсутності окремих норм, і навпаки, відсутність нормативного акту може представляти собою відсутність однієї норми [4, 10]. Можна помітити ототожнення зі сторони автора цих двох понять та виділення лише прогалин у законі, оскільки він вказує на відсутність частини або закону в цілому. Дослідження даного питання також відобразились в роботах таких вчених як Недбайло П.Є. (Применение советских правовых норм. – М.: Юридическая литература, 1960), Забігайло В. К. (Проблемы «пробелов в праве». Критика буржуазной теории. – К.: Наукова думка, 1974), Акімова В.І. (Понятие пробела в праве // Правоведение. – 1969. – № 3), Піголкіна О. С. (Обнаружение и преодоление пробелов права // Советское государство и право. – № 3),

Уранського Ф. Р. (К вопросу о понятии и видах пробелов в праве // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. – 2005. – № 5), Ліхачьова В. М. (Пробелы в современном международном праве. – Казань: Издательство Казанского университета, 1985), Кауфман М. (Пробелы в уголовном праве: понятие и виды // Уголовное право. – № 6. – 2006) та ін. Отож, вирішення питання стосовно визначення існування «прогалін у праві» або «прогалін у законі» надасть повну картину підходу «законодавця-позитивіста» або «законодавця-природника» до регулювання цивільних правовідносин.

2. *Форми вираження прогалін у законі.*

Незважаючи на достатню кількість монографічних досліджень, присвячених проблемам визначення правової природи прогалін, однозначної відповіді щодо форм їх вираження немає. Одні зазначають про повну або часткову відсутність нормативних вказівок (В. В. Лазарев [5, 37], С.І. Вільнянський [6, 34]), другі вказують на нерегульованість відносин (А. Т. Боннер), треті – на розпливчатість, двозначність, неповноту, суперечливість (А. С. Піголкін [7, 101, 102, 106], Є. В. Васильовський [8, 257]). Таким чином, нагальним питанням є тлумачення частини 9 ст. 8 ЦПК України, яка закріплює дефекти правового регулювання.

3. *Рамки сфери правового та цивільно-правового регулювання: реальність чи ілюзорність?*

Сфера правового регулювання визначалась науковцями за допомогою різних критеріїв, а саме через: сферу фактичного регулювання, встановленого законодавцем (В. К. Забігайло [9, 11], В.І. Леушин [10, 8]); загальну норму (А. Т. Боннер [11, 71]); природу суспільних відносин (В.І. Акімов [12, 110]); загальні принципи права (П.С. Недбайло [13, 456]). Така поліінтерпретація сфери правового регулювання за відсутності аргументованості обраної позиції негативно впливає на формування правової свідомості та правової культури правозастосовця, діяльність якого направлена на забезпечення захисту прав, свобод й інтересів учасників цивільних правовідносин та не дає чіткої відповіді, коли суспільні відносини підпадають під правовий вплив.

4. *«Поповнення» та «усунення» прогалін у законі: чи є суддя творцем права?*

Необхідно зазначити, що науковці в своїх роботах з питань прогалін у праві, використовують різну термінологію стосовно усунення прогалінності. Так, в ряді робіт зустрічається поняття поповнення прогалін судами (С. С. Алексєєв, І. Я. Фойницький, І. Сабо, В.І. Акімов), у той час як інші застосовують термін подолання прогалін (В. В. Лазарев, М. М. Вопленко, А. С. Піголкін). В етимологічному значенні слово «поповнення» означає «добавити те, чого не вистачає, відшкодувати». В результаті можна прийти до висновку, що ті науковці, які застосовують термін поповнення, є прибічниками визнання судової практики у якості

джерела права, оскільки поповнення передбачає собою усунення прогалін, а подолання усуває прогалін лише для конкретного випадку. Прибічниками визнання судової практики в якості джерела права були також С. А. Муромцев [14, 43], Г. В. Демченко [15], М. М. Коркунов [16, 297, 299], Т. М. Яблочков [17, 143], С. М. Братусь і А. Б. Венгеров [18, 46]. С.І. Вільнянський зазначав, що суддівська правотворчість проявляється лише у випадках застосування аналогії права [6, 106]. На противагу підтримки суддівської правотворчості В. Д. Мордачев вказує на те, що аналогія закону є лише тлумаченням правових норм, простим застосуванням старого закону до нового випадку [19, 61]. Така позиція обґрунтовується приналежністю нашої країни до континентальної системи, в якій джерелом права виступає нормативно-правовий акт, а судова практика розглядається законодавцем лише як процес правозастосування та її результат. Але з огляду на поступове зближення англосаксонської та романо-германської правових сімей, визнання обов'язковості рішень Європейського суду з прав людини та роз'яснень Верховного Суду України, судова практика вже не тільки фактично, але й формально застосовується судовими органами у якості джерела права, що підкреслює значення набутих результатів досліджень вказаних науковців.

5. *Класифікаційна характеристика прогалін у праві (позитивному) та чинники, що детермінують їх появу.*

Дані питання знаходяться між собою у дуалістичній єдності, оскільки кожен вид прогалін у законі безпосередньо пов'язаний або із низьким рівнем законодавчої техніки (неповні, первинні прогалін), або з динамізмом розвитку суспільних відносин (повні, вторинні прогалін). В рамках окремих досліджень окреслені проблеми досліджували С. С. Алексєєв, С.І. Вільнянський, Ф. А. Григор'єв та О. Д. Черкасов, В. М. Ліхачьов, В.І. Леушин, В. С. Нерсисянц, О. М. Тарнопольська та ін.

6. *Аналогія закону: шлях до пізнання місця в механізмі правового регулювання.*

Зауважимо, що не всі прибічники наявності прогалін у праві вважали за можливе використання аналогії у якості засобу подолання прогалін (І. А. Покровський [20, 92]). Проблематики визначення правової природи аналогії закону торкалися як у галузевих науках, так і в теорії, зокрема Печений О. (Деякі проблеми застосування аналогії в цивільному праві // Вісник академії правових наук України. – № 2(49)), Дормешкіна І. О. (Применение аналогии закона при защите в судебном порядке трудовых прав), Шиндяпина Є. Д., Бошно С. В. (Соотношение аналогии права и аналогии закона // Юрист. – 2006. – № 7), Морозов Б. П. (Аналогия при применении уголовно-правовых норм // Закон и право. – № 11. – 2008), Божок В. А. (Институт аналогии в гражданском и арбитражном процессуальном праве:

дисс. канд. юрид. наук: 12.00.15. – М., 2006), Боннер А. Т. (Применение аналогии при рассмотрении судом гражданских дел // Советское государство и право. – № 6. – 1976) та ін. Не вирішеним залишилось питання щодо правової суті аналогії закону, полеміка якого зводиться до визначення її як інституту (Карташов В. М., Майданик Р. А.); юридико-технічного засобу подолання прогалин (Погрібний С. О.).

7. *Межа умов та допустимості (випадків обмеження) застосування аналогії закону у цивільному праві України.*

Серед прихильників позиції «прогальності» права дискусії в основному точаться навколо меж та умов застосування аналогії закону. Умови застосування аналогії закону в більшості досліджень розглядаються лише шляхом визначення їх переліку, без з'ясування змісту кожної (Поленина С. В. Аналогия в гражданском праве // Советское государство и право. – № 5. – 1969; Иоффе О. С. Избранные труды: в 4 т. – Т. 1: Советское гражданское право / О. С. Иоффе. – СПб: Юридический центр Пресс, 2004; Трубицына Т. А. Институт аналогии в Российском праве // Право и политика. – № 1. – 2007; Леушин В. И. Способы применения права при пробелах в советском законодательстве // Проблемы применения советского права. – Свердловск, 1973; Пиголкин А. С. Обнаружение и преодоление пробелов права // Советское государство и право. – № 3) та тільки в деяких роботах теоретиків були спроби розкриття кожної з умов застосування аналогії закону (Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. – М.: Юридическая литература, 1974; Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. – М.: Юрид. лит., 1980). Серед цивілістів в рамках окремих статей даного питання торкались лише Р. Майданик (Застосування цивільного законодавства за аналогією // Юридична Україна. – 2009. – № 7) та Спасибо-Фатєєва І. В. («Трансцендентна судова мімікрія», або про принципи права, аналогію закону та права у судовій практиці // Вісник академії правових наук України. – 2003. – № 4 (34)). Так, Майданик Р. вважає, що умовами застосування аналогії закону є існування прогалини в законодавстві; наявність законодавчого регулювання схожих відносин; застосування аналогічного закону не повинно суперечити їх суті. Дійсно, умовами застосування аналогії закону є наявність прогалини та схожого законодавчого регулювання відносин, але відсутність суперечливості регулювання сутності відносин є скоріше не умовою, а межею застосування аналогії закону. Найбільш відповідними законодавству, на наш погляд, видались умови застосування аналогії закону, які запропонував Харитонов Є. О. у своїй монографії «Нариси теорії цивілістики (поняття та концепти)», зокрема: відносини сторін повинні знаходитись у сфері дії цивільного права, тобто є цивільними правовідносинами; вказані цивільні відносини не врегульовані Цивільним

кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором; існують норми, що регулюють схожі за змістом цивільні відносини.

Межі застосування аналогії закону у цивільному праві, окрім наукового дослідження Фидарова В. В. (О допустимости применения аналогии закона и аналогии права в сфере реализации правовых санкций // Право и политика. – № 10. – 2007), не служили предметом окремих наукових пошуків, в більшості випадків їх розглядали як умови застосування аналогії закону (Пиголкин А. С. Обнаружение и преодоление пробелов права // Советское государство и право. – № 3; Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. – М.: Юридическая литература, 1974; Трубицына Т. А. Институт аналогии в Российском праве // Право и политика. – № 1. – 2007), тому у виборі напрямків дослідження даного питання ми керувались наявними законопроектами та відповідними роз'ясненнями Міністерства Юстиції України.

8. *Застосування аналогії закону у сфері публічного права.*

У зв'язку з тим, що цивільні правовідносини є неоднорідними за своєю природою та можуть містити елементи публічності, виникає потреба у з'ясуванні можливості застосування аналогії закону у галузях публічного права. Застосування аналогії закону в сфері публічного права має як своїх противників (Таганцев М. С., Карташов В. М.), так і прибічників (Морозов Б. П., Кауфман М. О., Наумов О. В., Тенчов Е., Елькінд П., Строгович М. С., Люблінський П. І., Великий Д., Вовк І., Ульотова Г. Д., Божок В. О., Власенко Н. А.). Це цілком зрозуміло, оскільки застосування аналогії закону в галузях публічного права визивають численні дискусії та полеміку. Для цивільного права дана проблема має вирішальне значення, оскільки, по-перше, для доктрини та практики залишаються незрозумілими підстави застосування аналогії закону до цивільно-правових відносин, що мають публічно-правовий характер, по-друге, постає питання щодо можливості застосування за аналогією норм господарського, земельного та ін. законодавства у випадку наявності прогалини у актах цивільного законодавства та навпаки, оскільки зазначені галузі характеризуються як приватно-публічні, по-третє, оскільки ЦПК та ГПК України не закріплює можливості процесуальної аналогії, а потреба в ній існує, виникає неоднозначне застосування міжгалузевої аналогії закону.

9. *Співвідношення міжгалузевої аналогії закону та субсидіарного застосування цивільних норм.*

Питання застосування міжгалузевої аналогії тісно пов'язано із субсидіарним застосуванням цивільних норм. Розробкою співвідношення міжгалузевої аналогії та субсидіарного застосування норм займалися такі науковці як Ашихміна А. В. (О применении права при пробелах в трудовом законодательстве // Проблемы советского трудового права. – Свердловск, 1975. – Вып,

46), Бару М.І. (О субсидиарном применении норм гражданского права к трудовым правоотношениям // Советская юстиция. – 1963. – № 14), Єршов В. (Отношения, регулируемые гражданским правом // Российская юстиция. – 1996. – № 1), Авдюков М. Г. (Принцип законности в гражданском судопроизводстве. – М., 1970), Леушин В.І. (Способы применения права при пробелах в советском законодательстве // Проблемы применения советского права. – Свердловск, 1973), Грось Л. (Субсидиарное применение норм материального права // Советская юстиция. – 1988. – № 24), Лазарев В. В. (Применение советского права. – Казань, 1972), Лазарев В. В. (Пробелы в праве и пути их устранения. – М., 1974), Калмиков Ю. Х. (Вопросы применения гражданско-правовых норм. – Саратов, 1976), Некрасова О. В. (Застосування цивільного законодавства до сімейних правовідносин: автореф. дисс. на здобуття наук. Ступеня канд. юр. наук: 12.00.03. – 2008), Полєніна С. В. (Субсидиарное применение норм гражданского законодательства к отношениям смежных отраслей // Советское государство и право. – 1967. – № 4) та ін. В рамках своїх досліджень деякі вчені виключають можливість субсидіарного застосування норм, вказуючи, що норми однієї галуззі застосовуються для врегулювання відносин іншої галуззі тільки за аналогією закону [4, 141; 21, 14-15], інші виокремлюють міжгалузеву аналогію та субсидіарне застосування норм [22, 48].

10. Різноплановість аналогії закону та аналогії права.

Обґрунтування вченими застосування аналогії у якості засобу подолання прогалін в різні часи обумовлене оновленням існуючого законодавства. Першим таким поштовхом до роздумів була судова реформа 1864 року, яка на законодавчому рівні закріпила можливість судовим органам вирішувати справи при неясності або неповноті закону на підставі загального змісту закону, до вказаного моменту такі справи передавалися з однією судовою інстанцією до іншої. Наукова доктрина в основному позитивно відреагувала на такі зміни (Є. М. Трубецької, О. С. Іоффе, І. Г. Ошанський).

Деякі науковці, виявляючи позитивне відношення до застосування аналогії закону у якості засобу подолання прогалін, вважають за неможливе або небажане застосування аналогії права, оскільки вона у меншій мірі відповідає вимогам укріплення законності і створює більше можливостей для проявлення суб'єктивного розсуду посадових осіб (Сабо І., Сергєєвський М. Д.). На сьогоднішній день критерії відмежування аналогії закону від аналогії права в цілому знайшли своє розкриття (І. В. Спасибо-Фатєєва, С. С. Алексєєв, О. Печений, Р. З. Лівшиц, Є. Г. Комісарова), але ретроспективний досвід законодавчого закріплення аналогії закону та аналогії права не виступав в якості предмету окремих досліджень.

11. Суб'єкти використання й застосування аналогії закону.

В літературі поза увагою залишилися питання суб'єктів використання та застосування аналогії закону. В більшості наукових робіт є лише вказівка на певні суб'єкти застосування аналогії закону без належної аргументації та без урахування специфіки цивільного права (Лобанов Г. А. Применение законодательства по аналогии // Юрист. – 1999. – № 10; Боннер А. Т. Законность и справедливость в правоприменительной деятельности. – М., 1992; Белоносов В. О. Критерии допустимости аналогии в уголовном процессе // Государство и право. – 2001. – № 7; Аналогия в уголовном процессе России: монография. – Самара, 2000; Ашихмина А. В. Применение аналогии в трудовом законодательстве // Советское государство и право. – 1984. – № 4 та ін.). Лише в роботах Батлера Є. О. (Непоименованные договоры. – М.: Экзамен, 2008) та Брагінського М.І., Вітрянського В. В. (Договорное право. – Книга 1: Общие положения. – 3-е изд. – М.: Статут, 2008) зазначено питання знаходить певної обґрунтованої вказівки. Зокрема серед суб'єктів використання аналогії закону в рамках розгляду непоименованих договорів виокремлюються фізичні та юридичні особи [23, 173].

Висновки. Отже, незважаючи на те, що в правовій доктрині в достатній мірі приділяли увагу дослідженню проблеми застосування аналогії закону, в цивілістичній літературі це питання не віднайшло належного розкриття та залишається дискусійним.

Література:

1. Унковский М. А. О неясности законодательства, как общественном бедствии, и о ближайших путях к его устранению / М. А. Унковский. – СПб: Типография В. Тимофеев, 1913. – 23 с.
2. Иеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития / Р. Иеринг. – СПб: Тип. В. Безобразова и Ко, 1875. – 321 с. – репринтная копия.
3. Васильковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов. Для начинающих юристов / Е. В. Васильковский – М.: Бр. Башмаковы, 1913. – 152 с.
4. Лазарев В. В. Применение советского права / В. В. Лазарев. – Казань: Изд-во Казанского университета, 1972. – 200 с.
5. Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения / В. В. Лазарев. – М.: Юридическая литература, 1974. – 184 с.
6. Вильянский С. И. Толкование и применение гражданско-правовых норм / С. И. Вильянский // Методические материалы ВЮЗИ. – М., 1948. – 264 с.
7. Пиголкин А. С. Толкование нормативных актов в СССР / А. С. Пиголкин. – М.: Государственное издательство Юридической литературы, 1962. – 166 с.
8. Васильковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васильковский. – М.: Центр ЮрИнфоРм, 2002. – 507 с.
9. Забигаило В. К. Проблемы «пробелов в праве». Критика буржуазной теории: автореферат дисс. на со-

- искание ученой степени канд. юрид. наук / В. К. Забигайло. — Киев, 1972. — 30 с.
10. Леушин В. И. Динамичность советского права и исполнение пробелов в законодательстве: автореферат дисс. на соискание ученой степени канд. юр. наук: 12.00.01 / В. И. Леушин. — Свердловск, 1971. — 25 с.
 11. Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе / А. Т. Боннер. — М.: Юрид. лит., 1980. — 160 с.
 12. Акимов В. И. Понятие пробела в праве / В. И. Акимов // Правоведение. — 1969. — № 3. — С. 110-113. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. — М.: Изд-во Юридической литературы, 1960. — 511 с.
 13. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. — М.: Изд-во Юридической литературы, 1960. — 511 с.
 14. Муромцев С. А. Очерки общей теории гражданского права / С. А. Муромцев. — Ч.1. — М.: Тип. А. И. Мамонтова, 1877. — 316 с. — репринтная копия.
 15. Демченко Г. В. Неясность, неполнота и недостаток уголовного закона / Г. В. Демченко // Журнал министерства юстиции. — СПб: Октябрь, 1904. — 34 с.
 16. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов. — СПб: типография Пазовского, 1908. — 360 с. — 232 с.
 17. Яблочков Т. М. Практический комментарий на Устав гражданского судопроизводства. Основы гражданского процесса / Т. М. Яблочков. — Т. 1. — Ярославль, 1913. — 406 с.
 18. Братусь С. Н. Понятие, содержание и форма судебной практики / С. Н. Братусь, А. Б. Венгеров. — М.: Госюртздат, 1975. — 576 с.
 19. Мордачев В. Д. Преодоление пробелов в праве / В. Д. Мордачев // Известия высших учебных заведений. Северо-Кавказский регион. Общественные науки. — 2004. — № 1. — С. 60-63.
 20. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. — М.: Статут, 2003. — 351 с.
 21. Ершов В. Отношения, регулируемые гражданским правом / В. Ершов // Российская юстиция. — 1996. — № 1. — С. 13-15.
 22. Леушин В. И. Способы применения права при пробелах в советском законодательстве / В. И. Леушин // В кн.: Проблемы применения советского права. — Свердловск, 1973. — С. 42-59.
 23. Батлер Е. А. Непоименованные договоры / Е. А. Батлер. — М.: Экзамен, 2008. — 222 с.

Клим С. И. Доктринальные подходы к решению проблем реализации регулятивного воздействия аналогии закона

Аннотация. В статье рассматриваются существующие научные точки зрения на проблемы применения аналогии закона в гражданском праве Украины. Автор выделяет вопросы, которые остаются дискуссионными как в теории, так и в практике, осуществляет их критический анализ.

Ключевые слова: аналогия закона, аналогия права, пробел, правовая доктрина.

Klim S. Doctrinal approaches to the solution of problems in the regulatory impact analogy implementation of the law

Summary. The article discusses the existing scientific point of view on the problem of application the analogy of law in the civil law of Ukraine. Both in theory and in practice the author identifies the issues that remain under discussion, carries out their critical analysis.

Keywords: analogy of the law, analogy of law, gap, legal doctrine.

*Мартыненко И. Э.,
к. ю. н., доцент, заведующий кафедрой
гражданского права и процесса
Гродненского государственного университета
имени Янки Купалы (Республика Беларусь)*

ПРАВОВАЯ ОХРАНА АРХЕОЛОГИЧЕСКОГО НАСЛЕДИЯ УКРАИНЫ

Аннотация. В статье рассматриваются особенности правовой охраны археологического наследия Украины. Приводятся источники правового регулирования, анализируются нормативные акты, сформулирован вывод о необходимости изучения в университетах юридических аспектов охраны культурного наследия.

Ключевые слова: культурное наследие, памятник, археология, культурные ценности, охрана, СНГ.

Постановка проблемы. Археологическое наследие Украины – это совокупность объектов археологического наследия, находящихся под охраной государства, и связанные с ними территории, а также движимые культурные ценности (археологические предметы), которые происходят с объектов археологического наследия.

Украина принадлежит к числу трех государств-участников СНГ, которые приняли специальный закон об охране археологического наследия. Такие законы введены в действие в Республике Узбекистан и Республике Молдова. В остальных странах Содружества вопросы охраны и использования объектов археологического наследия решаются в общем законе об охране историко-культурного наследия и на уровне правительственных постановлений.

Законодательство Украины об охране археологического наследия состоит из Конституции Украины, Земельного кодекса Украины, Законов «Об охране культурного наследия» и «Об охране археологического наследия», международных договоров по вопросам охраны археологического наследия, согласие на обязательность которых дано Верховной Радой Украины (к их числу относится *Европейская конвенция об охране археологического наследия* (пересмотренная) [1], Конвенции ЮНЕСКО «Об охране подводного культурного наследия») [2], других нормативно-правовых актов.

Анализ последних исследований. В юридической науке проблема правовой охраны археологического наследия фактически не исследована, в связи с чем, предлагаем вначале обратиться к понятийному аппарату.

Изложение основного материала. Итак, археологическое наследие – это совокупность материальных объектов, возникших в результате жизнедеятельности человека, сохраняющихся в естественных условиях наземной поверхности, в земных недрах и под водой, требующих для выявления и изучения применения

археологических методов. В сравнении с другими категориями объектов историко-культурного наследия археологическое наследие обладает меньшей степенью защищенности от воздействий естественного (природного и временного факторов) и антропогенного характера (градостроительная деятельность, земляные работы, распашка земель для нужд сельского хозяйства). И если утраченный памятник архитектуры еще возможно восстановить по чертежам, фотографиям либо другим материалам, то утрату любого памятника археологии можно сравнить с безвозвратной потерей важнейшего исторического документа.

Археологическими памятниками являются: стоянки каменного века; пещерные жилища; древние и средневековые поселения, крепости; могильники; захоронения; эпиграфические памятники; археологические культурные слои.

К числу объектов археологического наследия относятся и так называемые гидроархеологические памятники. На государственном учете состоит 5 объектов *подводного культурного наследия*: *поселение Акра*, IV в. до н. э. – IV в. н. э., памятник археологии местного значения, расположен в 4 км на юго-восток от с. Заветное Ленинского района Автономной Республики Крым; *корабельные стоянки в бухте Лимена-Кале*, VIII – XV вв., расположены в западной части Новосветской бухты на глубине 5 – 7,5 м; *корабль, XI – XIII вв.*, памятник археологии и истории местного значения, расположен в 20 км к северу от мыса Форос; *пароход «Ленин»*, 1941 г., памятник археологии и истории местного значения, расположен – траверс мыса Сарыч; *фрагменты транспорта Германии «Santa-Fe» с грузом военной техники*, 1943 г., памятник истории местного значения, расположен – траверс порта г. Евпатории, Каламитский залив [3, 879].

Важнейшим правовым понятием, имеющим не только научное, но и практическое значение, является *культурный слой*.

Культурный слой – это верхний слой земных недр, сформированный в процессе антропогенной деятельности, представляющий собой совокупность материальных остатков и переработанных в процессе хозяйственной деятельности земных слоев. Археологический культурный слой принципиально невосста-

новим, и именно этот факт определяет особый подход к его государственно-правовой охране, выявлению и использованию.

В культурном слое сосредотачиваются важнейшие источники информации. Главный отличительный признак культурного слоя – присутствие так называемых **артефактов**, то есть различных антропогенных включений, остатков человеческого воздействия на почву. Это могут быть и отдельные предметы и сооружения, и предметы быта, как целые, так и их обломки (например, посуда), отпечатки и многое другое.

Культурный слой – это уникальный объект, имеющий двойственную природу: естественную и антропогенную. Он образован в результате совместного действия природных факторов и человека и, таким образом, включает как природный, так и антропогенный компоненты. Поэтому его можно определить как целостное природно-историческое тело, представленное вещественными остатками искусственного происхождения (артефактами) и органо-минеральным субстратом (заполнителем), имеющим природные и антропогенные составляющие.

Антропогенный компонент – это разнообразные остатки человеческой деятельности, дошедшие до нас как в виде отдельных предметов или целостных объектов (остатки сооружений, печи, горны, очаги, различные углубления – ямы, скопления культурных остатков), так и в виде ее следов (различные отпечатки, химические новообразования искусственного происхождения, возникшие на месте или привнесенные извне; различные изменения текстуры вмещающей породы, такие, например, как утаптывание и втаптывание различных микроскопических частиц природного и не природного происхождения на местах оживленных передвижений и активной деятельности).

Природный компонент культурного слоя составляет почвенно-литологический субстрат, образованный из почвенного горизонта и (или) литологического слоя, на месте которого сформировался культурный слой. И чем древнее культурный слой, тем больше в нем природной и меньше антропогенной составляющей [4, 7].

Культурный слой, таким образом, является особым **природно-историческим образованием**, имеющим определенное историческое развитие и несущий важную информацию о жизнедеятельности древнего человека.

В составе культурного слоя нашли отражение реальный исторический процесс и своеобразие материальной жизни общества. Именно поэтому изучение культурного слоя является средством познания исторического процесса. Ценность культурного слоя заключается в тех исторических выводах, которые можно сделать на основании его анализа [5, 48].

Культурные слои можно подразделить на две категории: древние и современные.

Древние культурные слои возникают с первых лет существования поселения или города, в зависимости от силы и длительности антропогенного воздействия могут достигать мощности от нескольких сантиметров до десятков метров, а по площади охватывать десятки квадратных километров. Древние культурные слои могут быть как полностью законсервированными, то есть в настоящее время не подверженными антропогенному воздействию, а могут в той или иной степени трансформироваться под воздействием человека в результате строительства или по иным причинам.

Современные культурные слои формируются в последние десятилетия как на древних культурных слоях, так и на естественных почвах и горных породах.

Предметы, обнаруженные в результате археологических раскопок, являются важнейшим видом культурных ценностей. Материальные остатки, извлеченные в результате археологических раскопок, подразделяются на четыре категории.

Первая категория – артефакты, то есть объекты, созданные или подвергнутые обработке людьми. К их числу относятся орудия труда и украшения: каменные орудия, одежда из тканей, бронзовые украшения, глиняные сосуды, а также предметы, случайно или преднамеренно образовавшиеся в процессе изготовления определенных изделий: отходы производства (например, отколовшиеся от каменного ядра при изготовлении орудия), обрезки ниток, оставшиеся после ткацких работ, кусочки шлака и различные побочные продукты производственных процессов).

Вторая категория – археологические объекты, включающие обусловленные человеческой деятельностью нарушения грунтового слоя или созданные человеком сооружения (например, яма, выкопанная в земле для хранения продуктов или для мусора, каменные фундаменты построек, туннели рудников, земляные насыпи и гробницы и др.).

Третью категорию составляют биологические остатки – любые материалы, некогда принадлежавшие к живой природе (необработанные кости, раковины улиток, обугленные зерна и древесина и др.). Если какие-то материалы животного или растительного происхождения служили для изготовления артефактов, то из них образуются технические отходы (например, осколки кости, получившиеся при вырезании из нее охотничьего орудия).

Четвертую категорию составляют почвенные и иные геологические отложения, скопившиеся на площади памятника. Среди них имеются важные *экофакты*, позволяющие получить информацию о его природной среде и истории его образования. Отложения могут содержать также следы истлевших материалов.

Как и все другие объекты культурного наследия Украины, археологические памятники и предметы подлежат государственному учету, независимо от подчинения и формы собственности. Государствен-

ний учет осуществляется специально уполномоченным центральным органом исполнительной власти в сфере охраны культурного наследия и *включает*: выявление, фиксацию, определение научной и культурной ценности, картографирование и паспортизацию объектов археологического наследия, составление списка и свода археологических памятников, учет и инвентаризацию археологических коллекций, независимо от ведомственной принадлежности и формы собственности.

Законом «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины по охране культурного наследия» от 9 сентября 2010 г. определен **порядок предоставления разрешений, согласований органами охраны культурного наследия**. Согласно ст. 7-1 Закона «Об охране археологического наследия» разрешения и согласования предоставляются органами охраны культурного наследия, решение по этому поводу в течение одного месяца со дня представления физическим или юридическим лицом соответствующих документов.

Приобретение субъектом хозяйствования права на проведение определенных действий для осуществления хозяйственной деятельности, в отношении которых Законом «Об охране археологического наследия» предусмотрено получение разрешения или согласования, по декларативному принципу запрещается.

Виды и принципы научных исследований археологического наследия определены в ст. 9 Закона «Об охране археологического наследия». Принципами научного исследования археологического памятника являются:

- проведение, где это возможно, исследований, которые не разрушают археологическое наследие (неразрушающие методы исследования);
- причинение наименьшего вреда объектам археологического наследия и предотвращение того, чтобы объекты археологического наследия оставались раскрытыми после завершения полевых исследований без обеспечения их надлежащей сохранности, консервации и рационального использования;
- осуществление научной фиксации всех этапов исследования и всех выявленных находок и других материальных остатков;
- публикация результатов научного исследования археологического памятника.

Научные исследования археологического наследия включают:

- изучение историко-архивных данных об объектах археологического наследия;
- полевые исследования, предусматривающие проведение земляных работ (раскопки и разведки), исследования, которые не предусматривают проведение земляных работ (разведки без осуществления земляных работ, геомагнитная съемка, аэрофотосъемка и т. п.);

– все виды послеполевых исследований.

Право на проведение научных исследований археологического наследия предоставляется исключительно археологам, которые имеют практический опыт проведения археологических работ (раскопок, разведок), выполняют требования законодательства Украины об охране культурного наследия. Проведение археологических разведок, раскопок, других земляных работ на территории памятника, охраняемой археологической территории, в зонах охраны, в исторических ареалах населенных мест, а также исследование остатков жизнедеятельности человека, находящихся под земной поверхностью, под водой, осуществляется по **разрешению**, выданному центральным органом исполнительной власти в сфере охраны культурного наследия.

Порядок выдачи разрешений определен постановлением Кабинета Министров Украины от 13 марта в 2002 г. № 316 и заключается в следующем.

Во-первых, разрешение на проведение археологических разведок, раскопок выдает Министерство культуры на имя физического лица – научного работника при наличии у него квалификационного документа (открытого письма), выданного Институтом археологии Национальной академии наук, копия которого остается в Министерстве культуры. Запрещается передавать право на проведение отмеченных в разрешении работ другому лицу. Иностранцы граждане и лица без гражданства могут принимать участие в археологических разведках, раскопках в составе национальных или общих экспедиций.

Во-вторых, разрешение выдается согласно заявлениям государственных учреждений и организаций, которые осуществляют деятельность, связанную с археологическими исследованиями.

На проведение земляных работ на участках с неисследованным археологическим культурным слоем или отдельными неисследованными объектами культурного наследия должно быть получено специальное разрешение на проведение археологических разведок и раскопок.

В-третьих, Министерство культуры в течение месяца со дня поступления заявления принимает решение о выдаче разрешения или мотивируемый отказ в его выдаче.

В-четвертых, к началу работ научный работник, который получил разрешение на проведение археологических разведок, раскопок, должен зарегистрировать его в соответствующем органе охраны культурного наследия и органе исполнительной власти по месту раскопок. Без регистрации разрешения проведение работ запрещается.

В-пятых, разрешение на проведение археологических разведок, раскопок действительно в течение текущего года, разрешение на проведение других земляных работ – на срок их проведения, но не более одного года.

В соответствии с ч. 4 ст. 10 Закона «Об охране археологического наследия» проведение археологических разведок, раскопок, других земляных и подводных работ для поиска объектов археологического наследия или связанных с ними движимых предметов при отсутствии предусмотренного законом разрешения, в частности, на использование металлоискателей, детекторов неоднородности грунта или любого другого поискового оборудования или соответствующей технологии, является незаконным.

Важным документом является *научный отчет исследователя археологического наследия*. Археолог, который осуществляет археологические исследования на территории Украины, предоставляет до начала следующего полевого сезона научный отчет о выполненных в предыдущем полевом сезоне археологических работах органу, выдавшему разрешение, и определенным Кабинетом Министров Украины государственным архивным учреждениям или архивным подразделениям государственного научного учреждения. Научные отчеты подлежат бессрочному хранению.

Рассмотрим *правовой статус археологической экспедиции*. Археологическая экспедиция по правовому статусу может быть как отдельным подразделением юридического лица (научного учреждения, учебного заведения, музейного учреждения и т. п.), так и юридическим лицом государственной или коммунальной формы собственности, уставная деятельность которой предусматривает проведение научного исследования археологического наследия.

Руководство деятельностью археологической экспедиции в сфере исследования археологического наследия осуществляет *археолог*, получивший квалификационный документ и разрешение на проведение соответствующих работ на объекте археологического наследия.

Археологическая экспедиция может образовываться, согласно ч. 3 ст. 14 Закона «Об охране археологического наследия» в редакции Закона от 9 сентября 2010 г.:

– Институтом археологии Национальной академии наук Украины;

– научными учреждениями Национальной академии наук Украины, в которых имеются археологические отделы;

– высшими учебными заведениями III или IV уровня аккредитации государственной формы собственности в рамках программ подготовки студентов;

– администрациями историко-культурных заповедников, музеями государственной и коммунальной формы собственности, в штате которых работают археологи, которые имеют соответствующую квалификацию, подтвержденную квалификационным документом.

Следует отметить, что археологические экспедиции, отряды и группы находятся под охраной госу-

дарства. Центральные и местные органы исполнительной власти, органы местного самоуправления, предприятия, учреждения, организации и граждане должны оказывать помощь и содействие в проведении археологических исследований.

Рассмотрим *особенности реализации прав на научное исследование и получение научного результата*. Полученная в результате археологических исследований научная информация является объектом права интеллектуальной собственности, согласно законодательству Украины.

Основаниями возникновения права интеллектуальной собственности на полученную в результате археологических исследований научную информацию являются: получение такой информации в результате полевых или других археологических исследований; создание информации своими силами и за свой счет; выполнение любого договора, который содержит условия перехода права собственности на информацию к другому лицу.

Право интеллектуальной собственности на полученную в результате археологических исследований научную информацию регулируется также Законами Украины «О научно-технической информации», «Об авторском праве и смежном праве» и др.

Право собственности на научную информацию, полученную или созданную несколькими гражданами или юридическими лицами, определяется договором, заключенным между совладельцами этой информации.

Археолог, осуществивший археологические исследования, имеет *исключительное право на публикацию полученной в результате полевых и послеполевых исследований научной информации*.

Согласно ст. 18 Закона «Об охране археологического наследия» в редакции Закона от 9 сентября 2010 г., находки, полученные в результате археологических исследований (недвижимые и движимые предметы, которые были связаны с объектом археологического наследия и обнаруженные во время археологических исследований), являются *государственной собственностью*. Они подлежат учету и классификации.

С момента обнаружения и до передачи на хранение, согласно законодательству Украины, *находки охраняются государством наравне с объектами музейного фонда Украины*. Находки подлежат передаче на хранение в фонды музеев, являющихся государственной собственностью и принадлежащих к государственной части музейного фонда Украины. В случае, если исследованные элементы археологического наследия остаются на месте (*in situ*), археолог вместе с соответствующим органом охраны культурного наследия принимают меры по их консервации или музеефикации.

На юридических и физических лиц, в пользовании или владении которых находятся археологические объекты, возлагаются законом следующие обязанности:

- соблюдать все правила охраны и использования археологических объектов или предметов;
- выполнять все необходимые работы производственного характера согласно разрешению;
- немедленно информировать о вновь обнаруженных объектах или предметах в пределах территории, которую они используют для своей деятельности;
- содействовать и не препятствовать любым работам по выявлению, учету и изучению археологических объектов или предметов.

Отметим *принципы и виды международного сотрудничества Украины*, которые реализуются в сфере охраны археологического наследия. Согласно ст. 22 Закона «Об охране археологического наследия», государство заботится о налаживании и развитии сотрудничества с иностранными государствами и международными организациями для предотвращения незаконных археологических раскопок, незаконных ввоза, вывоза и передачи права владения на движущиеся предметы, происходящие из объектов археологического наследия. Государство создает необходимые правовые и экономические условия для осуществления в сфере охраны археологического наследия свободных и равноправных отношений с иностранными научными учреждениями и организациями, иностранными и международными научными обществами и объединениями, если эти отношения не противоречат законодательству Украины.

Выводы. Археологическое наследие Украины является неотъемлемой составляющей археологического наследия Европы и всего человечества. В качестве недвижимой части наследия археологические памятники – наиболее уязвимое звено системы историко-культурного наследия, нуждающееся в особом подходе при организации процесса их выявления, изучения, сохранения и популяризации. Отнесение объекта к археологическому наследию не связывается с содержательной стороной объекта. Памятники архитектуры, изобразительного искусства, письменности, предметы религиозного культа и др., то есть все артефакты культуры, могут рассматриваться как археологическое наследие только по факту своего нахождения в земле или под водой. Поэтому можно утверждать об абсолютной условности (искусственности) выделения археологической группы наследия или памятников.

Считаем, что в странах СНГ целесообразно организовать обучение в учреждениях образования и в системе повышения квалификации кадров по раз-

личным правовым аспектам охраны, использования и восстановления историко-культурного, в том числе археологического, наследия. В этом плане может быть полезен образовательный проект «*Международная и национальные правовые системы охраны историко-культурного наследия стран СНГ*» [6, 233], завершившийся подготовкой одноименного учебника.

Литература:

1. О ратификации Европейской конвенции об охране археологического наследия (пересмотренной): Закон Украины от 10.12.2003 г. № 1369-IV.
2. О ратификации Конвенции об охране подводного культурного наследия: Закон Украины от 20.09.2006 г. № 164-V.
3. Мартыненко И. Э. Международная и национальные правовые системы охраны историко-культурного наследия государств-участников СНГ: учеб. пособие / И. Э. Мартыненко. — Москва: Зерцало-М, 2012. — 943 с.
4. Сычева С. А. Руководство по изучению палеоэкологии культурных слоев древних поселений (Полевые исследования: схема описания и отбор образцов) / С. А. Сычева [и др.]. — М., 1998. — 74 с.
5. Авдусин Д. А. Полевая археология в СССР / Д. А. Авдусин. — М.: Высшая школа, 1980. — 228 с.
6. Мартыненко И. Э. Новая образовательная программа в сфере правовой охраны историко-культурного наследия стран СНГ / И. Э. Мартыненко // Памятниковедческие взгляды молодых ученых XXI ст.: сборник научных статей по памятникоохранной работе. — Харьков: Курсор, 2010. — Выпуск 1. — С. 233.

Мартыненко І. Е. Права охорона археологічної спадщини України

Анотація. У статті розглядаються особливості правової охорони археологічної спадщини України. Наводяться джерела правового регулювання, аналізуються нормативні акти. сформульовано висновок про необхідність вивчення в університетах юридичних аспектів охорони культурної спадщини.

Ключові слова: культурна спадщина, пам'ятник, археологія, культурні цінності, охорона, СНД.

Martynenko I. Legal protection of the archaeological heritage of Ukraine

Summary. In the article to the legal protection of the archaeological heritage of Ukraine. The author on the basis of research of scientific and standard sources states features of the legislation on protection of historical and cultural heritage, gives classification of monuments, formulates a conclusion about need of studying of legal aspects of protection of monuments of culture for education establishments.

Keywords: cultural heritage, monument, archaeological, cultural values, conservation, CIS.

*Некит Е. Г.,**к. ю. н., доцент кафедры гражданского права
НУ «Одесская юридическая академия»*

ПРАВО ДОВЕРИТЕЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В ГРАЖДАНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ФРАНЦИИ

Аннотация. Статья посвящена исследованию особенностей правового регулирования отношений доверительной собственности во Франции. Сделан вывод о том, что в странах романо-германской правовой семьи институт доверительной собственности приобретает специфические черты. Во Франции в таких случаях обращаются к институту доверительной собственности в «континентальном» смысле, когда «расщепления» собственности не происходит, и в отношениях доверительной собственности с третьими лицами фигурирует лишь один юридический собственник (доверительный).

Ключевые слова: доверительный, собственность, управляющий, имущество, бенефициарий.

Постановка проблемы. Переход к рыночной экономике в Украине сопровождался значительным реформированием всего гражданского законодательства. В процессе реформ особое внимание необходимо было уделить вопросам обеспечения эффективного управления хозяйственной деятельностью и имуществом, поскольку именно в этой сфере возникли проблемы после отказа от административно-плановой системы хозяйствования. Решение было найдено посредством обращения к опыту зарубежных стран в вопросах управления собственностью, в результате чего в законодательстве Украины появился институт доверительной собственности.

Становление института доверительной собственности в Украине происходило в несколько этапов. Попытка украинского законодателя на начальном этапе имплементировать институт доверительной собственности в его англо-американской интерпретации привела к возникновению проблем на практике и, в результате, было принято решение обратиться к концепции доверительного управления имуществом. Однако позже происходит вторичное обращение к доверительной собственности, но уже в несколько иной форме.

Основной причиной нежизнеспособности траста в украинском законодательстве является невозможность «расщепления» правомочий собственника между двумя субъектами, как это предусматривает англо-американская модель доверительной собственности. Однако это не означает, что институт доверительной собственности не может существовать в континентальных правовых системах, о чем свидетельствует опыт европейских стран, в частности, Франции.

Актуальность темы исследования заключается в том, что опыт европейских стран, в частности, Фран-

ции, в вопросах управления собственностью может быть полезен с точки зрения его заимствования с целью совершенствования и унификации национального законодательства.

Анализ последних исследований по данной тематике позволяет сделать вывод о наличии значительных пробелов в правовом регулировании отношений доверительной собственности. В частности, на сегодняшний день практически нет публикаций, посвященных исследованию особенностей правового регулирования указанных отношений в европейских странах.

С учетом изложенного, **целью данной статьи** является изучение института доверительной собственности во Франции, выявление особенностей его правового регулирования, поиск путей совершенствования национального законодательства путем заимствования наиболее удачных решений европейского законодателя.

Изложение основного материала. Основы доверительных операций с имуществом во Франции зачастую усматривают в средневековом институте фидеикомисса. Как отмечает Е. М. Абдулхакова, институт доверительного управления существовал в древнем праве Франции, куда, в свою очередь был реципирован из римского права. Однако французские фидеикомиссы совершенно отличались от римских. Суть французского фидеикомисса сводилась к родовому владению землей. При этом фидеикомиссар в течение некоторого времени пользовался всеми выгодами, предоставляемыми имуществом, обязываясь в нетронутом виде передать это имущество третьему лицу. Этот институт был сознательно забыт создателями Гражданского кодекса Франции по идеологическим и экономическим причинам – он позволял сохранить целостность семейной собственности, придавая имуществу свойство неотчуждаемости в руках управляющего. Институт фидеикомисса делал возможным сохранение влияния и мощи семей феодалов, поэтому был запрещен [1, 39].

На сегодняшний день отношения по управлению имуществом могут сопровождаться либо не сопровождаться установлением доверительной собственности на передаваемое в управление имущество. Без установления доверительной собственности регулируются отношения, связанные с управлением имуществом при опеке, безвестном отсутствии, а также назначении управляющего имуществом сособственников.

Так, согласно ст. 113 Гражданского кодекса Франции (далее – ФГК) [2], в случае безвестного отсутствия лица, судья имеет право назначить одного или нескольких родственников или других лиц для представительства безвестно отсутствующего, осуществления его прав, совершения любого акта, который может его касаться, а также для управления всем или частью его имущества. При этом судья определяет порядок оплаты расходов по управлению имуществом и выплаты вознаграждения управляющему (ст. 114 ФГК).

В случае установления опеки над несовершеннолетним во Франции опекун осуществляет управление имуществом подопечного. Отличительной особенностью французского законодательства является так называемое «возложенное законом управление имуществом», которое возникает в случае, если родительские права осуществляет только один из родителей несовершеннолетнего (ст. 389 ФГК).

Особым случаем управления имуществом является назначение одного или нескольких управляющих для управления имуществом, находящимся в общей собственности. В данном случае речь идет о так называемых соглашениях об осуществлении общих прав, что закреплено титулом IX bis ФГК. Так, согласно ст. 1073-5 ФГК, сособственники имеют право назначить одного или нескольких управляющих имуществом, которые могут быть избраны как из их числа, так и из числа иных лиц. Такой управляющий представляет сособственников, в пределах своих полномочий, при заключении сделок и в суде, управляет общим имуществом. Однако право распорядиться имуществом он имеет только в тех случаях, когда это необходимо с целью нормальной эксплуатации общего имущества, или когда речь идет о вещах, которые трудно сохранить, либо которые подвержены порче. Любое договорное условие, расширяющее полномочия управляющего, считается несуществующим (ст. 1873-6 ФГК).

Управляющий общим имуществом имеет право на получение за свой труд вознаграждения, один раз в год представляет сособственникам отчет о своем управлении, а за недостатки, допущенные в управлении имуществом, несет ответственность как поверенный (ст. 1873-10, ст. 1873-11 ФГК).

Отметим, что приведенные положения об управлении имуществом имеют определенное сходство с правовым регулированием доверительного управления имуществом в странах постсоветского пространства, особенно в отношении случаев, когда последнее возникает по основаниям, предусмотренным законом.

Случаи управления имуществом с установлением доверительной собственности регламентируются специальным Законом Франции «О фидуции» от 19 февраля 2007 года [3]. Проект этого закона долгое время обсуждался, проводились консультации с правоведами, банкирами, нотариусами, адвокатами. Показателем того, насколько сложным было его введение

в действие, является тот факт, что утвержден Советом Министров и зарегистрирован в Национальной Ассамблее проект закона был 20 февраля 1992 года, а вступил в силу закон только 19 февраля 2007 года, то есть спустя 15 лет.

Закон восстановил в Гражданском кодексе Франции раздел XIV «Фидуция». Закрепленное законом определение фидуции практически совпадает с устоявшимся в мировой практике определением доверительной собственности. Так, согласно ст. 2011 ФГК, фидуция – это сделка, посредством которой один или несколько учредителей передают имущество (существующее или подлежащее приобретению в будущем), или его часть, фидуциарию (фидуциариям), которые отделяют его от собственного имущества для осуществления с определенной заранее целью действий в пользу одного или нескольких бенефициариев. При этом возникает так называемая целевая собственность. Все сделки, осуществляемые с переданным в целевую (доверительную) собственность имуществом являются предметом самостоятельного учета у фидуциария.

Фидуция может возникать как на основании договора, так и в силу закона. Фидуция носит срочный характер. Учредителями фидуции по законодательству Франции могут быть только юридические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность (коммерческие общества). В качестве фидуциариев, в свою очередь, могут выступать либо кредитные учреждения, либо инвестиционные компании, либо страховые предприятия. Иными словами, как учредитель, так и фидуциарий, должны отвечать ряду установленных законом требований (ст. 2014, ст. 2015 ФГК). В этом заключается существенное отличие французского закона от законодательств стран постсоветского пространства, поскольку в первом случае в качестве сторон отношений по управлению имуществом может выступать весьма ограниченный круг лиц.

Еще одним значительным отличием французского законодательства является тот факт, что как учредитель, так и фидуциарий могут быть одновременно бенефициарием или одним из бенефициариев (ст. 2016 ФГК). Такой подход, вероятно, обусловлен тем обстоятельством, что французская фидуция предусматривает возможность передачи имущества в доверительную собственность в целях обеспечения выполнения обязательств, при этом фидуциарий выступает кредитором по основному обязательству и, соответственно, получает право управлять этим имуществом в свою пользу.

К существенным условиям договора фидуции французский закон относит:

- 1) перечень имущества. Если речь идет о будущем имуществе, оно должно быть делимым;
- 2) срок договора, который не может превышать 33 года с момента подписания контракта;
- 3) личность учредителя (учредителей);

- 4) личность одного или нескольких фидуциариев;
- 5) личность выгодоприобретателя (выгодоприобретателей) или правила, позволяющие их определять;
- 6) миссия (цель) фидуциария и перечень полномочий в отношении переданного в целевую собственность имущества.

Договор фидуции, под угрозой недействительности, подлежит регистрации в налоговом органе по месту нахождения фидуциария, либо в налоговом органе нерезидентов, если фидуциарий не является гражданином Франции (ст. 2019 ФГК). Если при фидуции передается недвижимое имущество, об этом делается соответствующая отметка в регистре недвижимого имущества (ст. 2019 ФГК).

Фидуциарий, совершая сделки с доверенным имуществом, обязан делать отметку о том, что выступает в таком качестве (ст. 2121 ФГК). В отношениях с третьими лицами фидуциарий считается наделенным самыми широкими полномочиями по распоряжению доверенным имуществом, за исключением случаев, когда третьим лицам было известно об ограничении его полномочий (ст. 2023 ФГК).

В случае несостоятельности фидуциария, на имущество, являющееся объектом фидуции, не обращается взыскание. Обязательства, связанные с фидуцией, удовлетворяются за счет доверенного имущества. При этом в случае недостаточности имущества для удовлетворения указанных обязательств, взыскание может быть обращено на иное имущество учредителя, за исключением случая, когда ответственность по долгам, связанным с фидуциарным имуществом, полностью или частично возлагается на фидуциария. Договор фидуции может предусматривать ограничение ответственности учредителя только доверенным имуществом. Однако это допустимо только в том случае, когда кредиторы прямо выражают свое согласие с таким условием. За ошибки, допущенные фидуциарием в процессе деятельности по достижению цели фидуции, последний отвечает личным имуществом (ст. ст. 2024-2026 ФГК).

Если фидуциарий не справляется со своими обязанностями или подвергает опасности доверенное ему имущество, учредитель фидуции или выгодоприобретатель вправе требовать назначения временного фидуциария или замены фидуциария (ст. 2027 ФГК).

Договор фидуции может быть отменен учредителем, пока не принят выгодоприобретателем. После подтверждения его выгодоприобретателем, договор может быть изменен или отменен только с согласия последнего, либо в соответствии с требованиями справедливости (ст. 2028 ФГК). С помощью данного положения обеспечивается защита интересов третьих лиц, становящихся выгодоприобретателями по договору.

Прекращается договор фидуции истечением срока его действия, достижением цели до истечения срока договора либо отменой учредителем определенного в

договоре выгодоприобретателя. Также договор прекращается по условиям, предусмотренным договором, или решением суда в случае отказа выгодоприобретателей от договора и отсутствия при этом в договоре условий продолжения его дальнейшего действия. Такая же ситуация имеет место в случае ликвидации учредителя фидуции. После прекращения договора имущество возвращается учредителю (ст. 2029, ст. 2030 ФГК).

Таким образом, характерные черты доверительной собственности по законодательству Франции сводятся к следующему.

Во-первых, французский закон ограничивает сферу фидуциарных отношений рамками предпринимательской деятельности, поскольку обеими сторонами договора фидуции могут быть только лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность.

Во-вторых, требования, предъявляемые к фидуциарию, дают гарантию его компетентности, поскольку предполагают у него наличие лицензии на соответствующий вид деятельности.

В-третьих, установление срока действия договора в 33 года позволяет обеспечить выполнение долгосрочных целей деятельности фидуциария, одновременно пресекая возможность злоупотреблений в виде прикрытия сделок по отчуждению собственности.

Наконец, очевидным плюсом с точки зрения защиты интересов учредителя доверительной собственности является возможность ограничить ответственность по обязательствам, связанным с фидуцией, только доверенным имуществом. Защита интересов кредиторов при этом обеспечивается положением о том, что такое ограничение ответственности возможно только в случае прямо выраженного на это согласия кредитора. В целом, положения об ответственности представляются весьма рациональными, поскольку, с одной стороны, позволяют обеспечить защиту кредиторов, а с другой – обеспечивают как возможность ограничения ответственности учредителя, так и возможность привлечения к ответственности фидуциария за допущенные им ошибки при осуществлении деятельности в рамках договора фидуции. Отдельное внимание следует обратить на то, что существенным условием договора фидуции является цель, для достижения которой имущество передается в доверительную собственность. Данное условие является позитивным примером того, как защитить интересы собственника, который передает свое имущество в доверительную собственность и предотвратить случаи мошенничества со стороны управляющего (доверительного собственника).

Примечательно, что во Франции, законодатель, обеспечив детальное регулирование отношений доверительной собственности, сумел обойтись без традиционного атрибута траста в англо-американском праве – «расщепления» собственности или «двойственной» собственности, неизвестной континентальному праву.

Как известно, в английском праве исторически сложилось так, что при установлении траста возникают фигуры двух собственников – доверительного собственника, который рассматривается как «собственник по общему праву» и бенефициария, который является «собственником по праву справедливости». При этом часть правомочий, а именно правомочия распоряжения и управления выделенным имуществом, принадлежит одному лицу (доверительному собственнику), а другая часть правомочий – получение выгод от эксплуатации имущества – другому лицу или лицам (бенефициариям). Юридически эта конструкция опосредуется тем, что титул по общему праву (legal title) относительно имущества переходит к доверительному собственнику, и весь груз собственности возлагается на него, а титул по праву справедливости (equitable title) передается бенефициарю.

Такая специфика траста обусловлена историей развития английского права. Следствием деления английского права на общее право и право справедливости является возможность существования «расщепленной» собственности. Если в континентальной правовой системе право собственности рассматривается как абсолютное и неделимое, которое соединяет в себе «триаду» правомочий (владение, пользование и распоряжение), то в английском праве принцип неделимости правомочий, которые входят в состав права собственности, отсутствует [4, 34-36].

Исследователи французского института доверительной собственности подчеркивают, что при установлении фидуции не происходит «расщепления» собственности. Высказываются мнения о том, что при фидуции у фидуциария возникает особое право собственности на переданное ему в управление имущество, однако оно отличается от «абсолютного» права собственности тем, что фидуциарий ограничен в своих действиях относительно имущества распоряжениями учредителя. В отличие от англо-американского траста, фидуция является «ограниченной договорной собственностью» («limited contractual ownership»), которая используется лишь для достижения цели, установленной учредителем, и защищена от кредиторов фидуциария [5].

Выводы. Таким образом, следствием невозможности «разделения» собственности в континентальном праве является невозможность «вживления» в него траста в том виде, в котором он существует в англо-американском праве. Поэтому в странах романо-германской правовой семьи институт доверительной собственности приобретает специфические черты. Во Франции в таких случаях обращаются к институту до-

верительной собственности в другом, «континентальном» ее понимании, когда «расщепления» собственности не происходит, и в отношениях доверительной собственности с третьими лицами фигурирует лишь один юридический собственник – доверительный, который использует переданное ему имущество с определенной целью, после достижения которой право собственности на это имущество переходит к первичному (фактическому) собственнику – учредителю.

Литература:

1. Абдулхакова Е. М. Фидуций в романо-германском праве / Е. М. Абдулхакова // Международное публичное и частное право. – 2004. – № 1. – С.38 –39.
2. Le code civil des Francais. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://droit-finances.commentcamarche.net/legifrance/38-code-civil/>.
3. Loi instituant la fiducie: Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 parue au JO n° 44 du 21 février 2007. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.senat.fr/dossierleg/pp104-178.html/>.
4. Жданов А. А. Возникновение и эволюция доверительной собственности в Общем праве / А. А. Жданов // История права и государства. – 2001. – № 7. – С. 189 –198.
5. Adelle J.-Fr. Introduction of Fiducie: Impact on Assignment of Receivables as Security / J.-Fr. Adelle. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=f3b70b56-da1e-49b0-89ac-8f128be98432/>.

Некіт К. Г. Право довірчої власності в цивільному законодавстві Франції

Анотація. Стаття присвячена дослідженню особливостей правового регулювання відносин довірчої власності у Франції. Зроблено висновок про те, що в країнах романо-германської правової сім'ї інститут довірчої власності набуває специфічних рис. У Франції в таких випадках звертаються до інституту довірчої власності в «континентальному» значенні, коли «розщеплювання» власності не відбувається, і у відносинах довірчої власності з третіми особами фігурує лише один юридичний власник (довірчий).

Ключові слова: довірчий, власність, керівник, майно, бенефіціарій.

Nekit K. The right of trust ownership in the civil code of France

Summary. The article is devoted to research of features of legal regulation of the relations of trust property in France. The conclusion is drawn that in the Roman-Germanic legal family institution of trust property acquires specific features. In France in such cases address to institute of trust property in «continental» sense when «splitting» of property doesn't happen, and only one legal owner appears in the relations of trust property with the third parties (trustee).

Keywords: trust, ownership, trustee, property, beneficiary.

*Чанишева А. Р.,**к. ю. н., доцент кафедри цивільного права
НУ «Одеська юридична академія»*

ПОРУКА ЯК АКЦЕСОРНЕ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

Анотація. У статті обґрунтовується існування додаткових (акцесорних) зобов'язань у цивільному праві України. Дається характеристика поруці як акцесорному зобов'язанню за цивільним законодавством України.

Ключові слова: цивільне законодавство, акцесорні зобов'язання, порука.

Постановка проблеми. Поняття акцесорних (додаткових) зобов'язань не вживається у чинному цивільному законодавстві України, але існування таких зобов'язань непрямо законодавство визнає. Так, коли у ст. 266 ЦК України йдеться про основну і додаткову вимоги, то вже це дає підставу стверджувати, що тут визнається можливість існування основних і додаткових зобов'язань, бо вимога складає зміст зобов'язання (первинно такий зміст складають суб'єктивне право та кореспондуючий йому обов'язок, а на певному етапі суб'єктивне право набуває ознаки вимоги, а обов'язок – боргу).

Метою даної статті є загальна характеристика поруки як акцесорного зобов'язання за цивільним правом України.

Викладення основного матеріалу. Та обставина, що цивільне законодавство України визнає поняття акцесорного (додаткового) зобов'язання, підтверджується і ст. 548 ЦК України. Тут називається основне зобов'язання і визначається його зв'язок із правочином щодо забезпечення його виконання. Поряд з основним зобов'язанням у контексті цієї статті цілком доцільним було вживання терміну акцесорне (додаткове) зобов'язання. Але законодавець надав переваги вишуканій словесності перед юридичною чіткістю нормативного тексту і став вживати то термін «зобов'язання» (основне), то термін «правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання» (основного).

Що стосується науки, то тут термін «акцесорні (додаткові) зобов'язання» вживається досить часто. Прагнення уникнути вживання такого терміну не помічається.

Цей термін вживають В. А. Белов, В. В. Вітрянський, О.І. Харитонова і Є. О. Харитонов. Проте, слід визнати, що більш вживаними в науці є терміни «охоронні зобов'язання», «забезпечувальні зобов'язання».

Коло акцесорних (додаткових) зобов'язань цивільне законодавство не визначає. Із змісту ст. 266 ЦК України можна дійти висновку про те, що до таких належать зобов'язання щодо сплати неустойки.

Більше інформації про коло зобов'язань, які законодавець непрямо визнає акцесорними (додатковими), можна отримати із змісту ст. 548 ЦК України. Із цієї статті випливає, що додатковими є всі забезпечувальні зобов'язання (у тому числі зобов'язання, що входять до змісту застави та притримання).

Викладене погоджується з положеннями, що розроблені наукою цивільного права. Зокрема, О.І. Харитонова і Є. О. Харитонов пишуть, що «додаткові (акцесорні) зобов'язання виникають тільки за наявності основного зобов'язання і нерозривно пов'язані з ним (наприклад, правовідносини поруки, завдатку, застави)».

В. А. Белов дійшов висновку про те, що забезпечувальні правовідносини «не завжди набувають форми акцесорних зобов'язальних правовідносин». На регулятивній стадії свого існування зобов'язання забезпечувального призначення виникають тільки при заставі. У решті випадків регулятивним обов'язкам, наприклад, поручителя, кореспондує, на думку В. А. Белова, право кредитора очікувати здійснення поручителем дій, що будуть забезпечувати виконання основним боржником забезпеченого порукою зобов'язання.

Не маючи тут можливості детально аргументувати свою позицію, зауважимо лише, що заперечення зобов'язального характеру забезпечувальних відносин є повністю неприйнятними.

Виходячи із опрацьованого в науці розуміння акцесорних (додаткових) зобов'язань, до них слід віднести зобов'язання забезпечувального характеру (поруку, завдаток, делькредере, неустойку, а також заставу і притримання в тій частині, в якій вони мають форму зобов'язань), зобов'язання в яких реалізується цивільна відповідальність за порушення зобов'язання (відшкодування збитків, міри відповідальності, що передбачені ч. 2 ст. 625 ЦК України).

Порука є додатковим (акцесорним) зобов'язанням. Прямо чи непрямо це визнається практично всіма науковцями, що звертались до проблеми поруки. Але момент виникнення таких зобов'язань законом чітко не визначений. З цим пов'язана і невизначеність змісту зобов'язань, про які йдеться. За таких умов російський професор-цивіліст В. А. Белов дійшов висновку про те, що порука є гарантійними правовідносинами, що належить до категорії зобов'язань (цивільних) [1, 827].

Зміст цих правовідносин складають право очікування кредитора за основним (забезпеченим

порукою) зобов'язанням на здійснення поручителем дій, які будуть мати своїм наслідком виконання боржником основного зобов'язання, і обов'язок поручителя здійснити все можливе для досягнення цієї мети [1, 825].

Що стосується права очікування, то воно не може ототожнюватись з вимогою, яка входить до змісту зобов'язання.

У концепції, що розроблена В. А. Беловим і претендує на фундаментальність, знайшла логічну довершеність ситуація невирішеності низки теоретичних проблем зобов'язального права, доповнена традицією недостатньої уваги юридичної науки до букви закону, що тепер уже подається як подолання позитивістського підходу та прагнення створити мета-теорію, що буде правильною при будь-яких змінах у законодавстві.

В. А. Белов повністю правий, коли називає класичним визначенням зобов'язання через вказівку на право вимоги кредитора і кореспондуючий йому обов'язок боржника [1, 21, 22]. Але ж це визначення суперечить цивільному законодавству Російської Федерації, яке названий науковець досліджує. Суперечить воно і цивільному законодавству України. Зобов'язання виникає з підстав, встановлених ст. 11 ЦК України (ч. 2 ст. 509 ЦК України). Таке ж правило закріплене в ч. 2 ст. 307 ЦК РФ.

Оскільки підставами виникнення цивільних прав та обов'язків (отже, і цивільних зобов'язань) визнаються перш за все договори (п. 1 ч. 2 ст. 11 ЦК України; п. 1 ч. 1 ст. 8 ЦК РФ), то слід визначити, що з моменту, коли договір вважається укладеним, виникає і зобов'язання. Проте, право вимоги з цього моменту виникає у кредитора далеко не завжди, бо зазвичай договором передбачається термін чи строк виконання або встановлюється, наприклад, що оплата товарів, робіт, послуг здійснюється після передання товарів, результатів робіт, надання послуг. До настання цього моменту право вимоги виникнути не може. Це добре усвідомлює законодавець, який, зокрема, у ч. 2 ст. 1281 ЦК України використовує термін «настання строку вимоги». Отже, є період після виникнення зобов'язання, коли до його змісту право вимоги не входить.

Аналогічно і укладення договору поруки ще не означає, що у кредитора за забезпеченим порукою зобов'язанням виникло право вимоги до поручителя. Виходить, що право очікування, про яке пише В. А. Белов і яке, на його думку, входить до змісту правовідносин поруки, нічим не відрізняється від суб'єктивного права, що складає зміст зобов'язання від моменту його виникнення до тієї стадії його розвитку, коли воно перетворюється в право вимоги.

У той же час не можна стверджувати, що до перетворення суб'єктивного права в право вимоги цивільне зобов'язання взагалі не має ніякого змісту, а має лише потенційну юридичну силу, яка почне проявлятися

пізніше. Боржник, за загальним правилом ст. 531 ЦК України, має право виконати свій обов'язок достроково.

Крім того, сторони до настання строку виконання зобов'язання (як і після цього) можуть пред'явити вимогу про розірвання договору, що тягне припинення зобов'язання (за наявності передбачених законом або договором підстав).

Подібно до цього із закону впливає право поручителя виконати зобов'язання, що забезпечене порукою, а кредитор за основним зобов'язанням зобов'язаний прийняти таке виконання. Цей висновок зроблено виходячи із положення п. 3 ч. 1 ст. 512 ЦК, відповідно до якого кредитор у зобов'язанні може бути замінений іншою особою внаслідок виконання обов'язку боржника поручителем: раз допускається заміна боржника в результаті таких дій поручителя, то останній вправі так діяти. Це і є той випадок, коли згідно з ч. 1 ст. 527 ЦК України закон допускає відступлення від загального правила про виконання боржником зобов'язання особисто.

Поручитель позбавляється цього права тоді, коли із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту випливає неможливість виконання зобов'язання іншою особою.

Спроби довести, що поручитель зобов'язаний здійснити виконання зобов'язання замість боржника, крім випадків, коли основне зобов'язання належить до групи непередаваних, не ґрунтується на законі [2, 575]. В. А. Белов на додаток до викладеного пише про обов'язок поручителя зробити все можливе для виконання забезпеченого порукою основного зобов'язання, починаючи від вербального та майнового впливу на боржника за основним зобов'язанням і закінчуючи самостійним виконанням цього зобов'язання. «Зробити все можливе» – в цьому вся сутність поруки, яку В. А. Белов не визнає зобов'язанням якраз із-за невизначеності регулятивного обов'язку, що кореспондує праву кредитора, яке він називає правом очікування [1, 825-827]. У пошуках змісту обов'язку поручителя він іде ще далі, вважаючи, що невизначеність обов'язку поручителя дає підстави для роздумів про те, зобов'язаний поручитель тільки «стояти над душою» боржника, чи він зобов'язаний також забезпечити боржника засобами (коштами) для виконання зобов'язання [1, 816].

Це ж слід сказати і про спроби довести наявність у поруки стимулюючої функції [2, 576]. Неприйнятною є і думка про те, що за відсутності стимулюючої функції, порука втрачає ознаку способу забезпечення виконання зобов'язання: раз законодавець встановив правову конструкцію поруки і відніс її до категорії способів виконання зобов'язань, то можуть існувати і такі способи виконання зобов'язань, що не мають стимулюючої функції. Навпаки, у випадках, коли забезпечене порукою основне зобов'язання передбачає

жорстку відповідальність боржника, порука буде «заспокоювати» боржника.

Спроби побачити хоч і погано визначений, але багатий регулятивний зміст у правовідносинах поруки, обумовлені традицією, що склалась впродовж більше ніж 150 років після того, як у Німеччині університетські професори перестали залучатись до здійснення правосуддя. З того часу у науковців не стало стимулів ретельно вчитуватись у законодавчий текст. Ось і в даному випадку регулятивний зміст зобов'язання поруки законодавець визначає цілком задовільно. Цей зміст є небагатим, але ж він є, і на нього вказує законодавець, про що вище уже йшлося.

Що стосується формули «поручитель поручається» (ч. 1 ст. 553 ЦК), то вона є невизначеною тільки за умови, що ми пробуємо зрозуміти її зміст без зв'язку з іншими законодавчими положеннями. Якщо ж такий зв'язок враховувати, то наведена формула стає цілком визначеною. Відповідно до ч. 2 ст. 554 ЦК «поручитель відповідає перед кредитором у тому ж обсязі, що і основний боржник, включаючи сплату основного боргу, процентів, неустойки, відшкодування збитків» (якщо інше не встановлене договором поруки).

При цьому слід враховувати, що в науковій літературі переконливо доводиться, що слова «особа відповідає» дуже часто використовуються для позначення кола обов'язків особи [3, 205-208]. Отже, слова «поручитель відповідає» не означають нічого іншого, крім зазначення на обов'язки боржника. Тому для виникнення цих обов'язків поручителя не треба шукати в його діях складу правопорушення. І не треба ставити запитання про те, в який спосіб із правопорушення, якого припустився основний боржник, виникає відповідальність поручителя. Умову виникнення від-

повідальності поручителя законодавець визначив у ч. 1 ст. 554 ЦК. Такою умовою є порушення боржником зобов'язання, забезпеченого порукою.

Ця відповідальність у ст. 556, 557 ЦК позначається як виконання поручителем зобов'язання, забезпеченого порукою.

Література:

1. Белов В. А. Гражданское право: учебник для бакалавров / В. А. Белов. — Т. IV. Особенная часть Относительные гражданско-правовая формы. — М.: Юрайт, 2013. — 1085 с.
2. Михальнюк О. В. Порука / О. В. Михальнюк // Договірне право України. Загальна частина. — К.: Юрінком Інтер, 2008. — 896 с.
3. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: в 4 т. / За ред. В. Г. Ротаня. — Т. 4. Методологія тлумачення нормативно-правових актів. — К.: Юридична книга, 2008. — 848 с.

Чаньшева А. Р. Поручительство как акцессорное обязательство по гражданскому праву Украины

Аннотация. В статье обосновывается существование дополнительных (акцессорных) обязательств в гражданском праве Украины. Дается характеристика поруке как акцессорному обязательству по гражданскому законодательству Украины.

Ключевые слова: гражданское законодательство, акцессорные обязательства, поручительство.

Chanysheva A. Guarantee as accessory liability in civil law of Ukraine

Summary. The article substantiates existence of supplementary (accessory) obligations in the civil law of Ukraine. The surety is being characterized as an accessory obligation according to the civil legislation of Ukraine.

Keywords: civil legislation, accessory obligations, suretyship.

*Бахрієва З. Р.,
аспірантка Таврійського національного
університету ім. В.І. Вернадського*

ОСОБЛИВОСТІ ПРИПИНЕННЯ ДОГОВОРУ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ

Анотація. У статті досліджуються особливості припинення договору купівлі-продажу та його наслідків. Пропонуються способи вирішення колізій між нормами чинного законодавства, регулюючими відносини у зв'язку з припиненням договорів купівлі-продажу.

Ключові слова: припинення договору купівлі-продажу, розірвання договору купівлі-продажу, відмова від договору купівлі-продажу.

Постановка проблеми. Важлива роль у правовому забезпеченні товарообігу в суспільстві належить цивільно-правовим договорам, пов'язаним з оплатним переданням майна у власність. Широкого застосування набув договір купівлі-продажу, за яким одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму (ст. 655 ЦК).

Стосовно останньої стадії існування договору купівлі-продажу (такою є припинення договору), треба відмітити, що правове регулювання відносин на цій стадії не вповні відповідає загальним положенням, якими регулюється припинення цивільно-правових договорів. Почасти це обумовлено особливостями окремих видів договорів купівлі-продажу (роздрібна купівля-продаж, купівля-продаж об'єктів нерухомості чи об'єктів приватизації, купівля-продаж у кредит тощо). Також є і чинники, що залежать від законодавця, який допустив існування прогалін в правовому регулюванні припинення таких договорів та визначенні наслідків їх припинення. Відтак існує суспільна потреба у більш адекватному врегулюванні відносин, пов'язаних з припиненням договорів купівлі-продажу. Тому звернення до цієї проблеми видається актуальним.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. У науці цивільного права здійснювались дослідження договору купівлі-продажу та його різновидів (І. О. Дзера, О. В. Дзера, К.І. Кучрук, Ю. В. Носік, Є. О. Рябоконт, Р. О. Стефанчук та інші науковці). Але залишається недослідженою проблема нормативно-правового врегулювання відносин сторін, що виникають у разі дострокового припинення договору купівлі-продажу.

Метою цієї статті є виявлення юридичних колізій у нормах чинного законодавства, здійснення спроби їх вирішення та розробка практичних рекомендацій для підвищення ефективності врегулювання відно-

син, що виникають у зв'язку з припиненням договорів купівлі-продажу.

Викладення основного матеріалу. У загальних положеннях про договори Цивільного кодексу України встановлені правила, якими передбачається право сторін змінити або розірвати договір, а також встановлюються підстави та порядок розірвання договору за ініціативою однієї із сторін договору. Передбачаються також наслідки припинення договорів (ст. 651 – 654 ЦК).

В ідеалі розірвання договору до того, як він має бути виконаний, допускається лише за згодою сторін. Проте, інше може бути встановлено договором або законом (ч. 1 ст. 651 ЦК). Розірвання договору купівлі-продажу за угодою сторін спеціально не передбачається. Але це не виключає застосування загальних норм ст. 651 – 652 ЦК. Домовленість або угода сторін – зовсім безконфліктна ситуація, що надає сторонам можливість без звернення до суду самостійно вирішити питання як про припинення договору, так і про правові наслідки припинення договору. При цьому моментом розірвання договору буде вважатися момент укладення правочину про розірвання договору. Але якщо сторони не домовляться про розірвання договору, за певних умов закон надає право зацікавленій стороні звернутися до суду з позовом про розірвання договору. У такому разі за наявності підстав договір розривається за рішенням суду.

В умовах світової економічної кризи такі явища як інфляція, різкі скачки курсу долару, що є валютою міжнародних розрахунків, зміна кон'юнктури ринку стали звичайними явищами. Це веде до того, що стороною може бути втрачений комерційний інтерес до виконання договору. Тому у зв'язку з необхідністю відновлення балансу інтересів сторін договору законодавцем передбачено розірвання договору в умовах істотної зміни обставин. Зрозуміло, що йдеться про зміну зовнішніх обставин, які не залежать від волі сторін. Але зміна обставин вважається істотною, якщо вони змінилися настільки, що, якби сторони могли це передбачити, вони не уклали б договір або уклали його на інших умовах (ч. 1 ст. 652 ЦК).

Договір може бути розірвано за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у разі істотного порушення договору другою стороною (ч. 2 ст. 651 ЦК), а також у разі односторонньої відмови від договору, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом (ч. 3 ст. 651 ЦК).

Як правило, можливість розірвання договору купівлі-продажу пов'язана з порушенням сторонами своїх договірних зобов'язань і реалізується шляхом звернення з позовом до іншої сторони договору. Так, відповідно до ст. 659 ЦК невиконання продавцем обов'язків передати покупцю товар або попередити покупця про права третіх осіб на товар дає право покупцю вимагати розірвання договору купівлі-продажу. Це законодавче положення тлумачиться у такий спосіб, що воно дає покупцю право звернутися до суду з позовом про розірвання договору [1, 15]. Мається на увазі, що право вимагати розірвання договору означає, зокрема і можливість пред'явити таку вимогу безпосередньо до продавця, який за таких умов може благорозумно погодитись на розірвання договору. У разі відмови продавця задовольнити таку вимогу покупця, останній має право звернутись з позовом про розірвання договору до суду. Покупець за наявності підстав, передбачених ст. 659 ЦК, вправі також безпосередньо звернутися з позовом до суду без попереднього звернення з відповідною вимогою до продавця. Суд за наявності підстав, передбачених ст. 659 ЦК, зобов'язаний такий позов задовольнити.

Але треба зауважити, що у разі порушення договору Цивільним кодексом встановлена низка правил, які дають стороні договору право на відмову від договору. При цьому, залишаються не завжди зрозумілими мотиви, з яких законодавець в одних випадках передбачає відмову від договору в односторонньому порядку, а в інших – надає стороні лише право на звернення до суду з позовом про розірвання договору.

У науковій юридичній літературі висловлювалась також думка, що термін «відмова від договору» означає право покупця в односторонньому порядку відмовитися від вже виконаного договору [2, 81].

На наш погляд, одностороння відмова більшою мірою захищає сторону, що заявляє про таку відмову, бо виключає необхідність звернення до суду. Сам факт відмови призводить до припинення договору, договір є розірваним унаслідок односторонньої дії сторони.

Так, покупець має право відмовитися від договору купівлі-продажу в односторонньому порядку, якщо продавець:

- відмовляється передати проданий товар покупцеві (ч. 1 ст. 665 ЦК);
- не передає покупцеві приналежності товару та документи, що стосуються товару та підлягають переданню разом з товаром відповідно до договору купівлі-продажу або актів цивільного законодавства (ст. 666 ЦК);
- у розумний строк не доукомплектував товар (п. 2 ч. 2 ст. 684 ЦК);
- передав покупцеві товар без тари та (або) упаковки чи в неналежних тарі та (або) упаковці (ст. 686 ЦК);

– не надає покупцеві можливості негайно одержати повну і достовірну інформацію про товар у місці його продажу (якщо договір укладений) (ч. 3 ст. 700 ЦК).

При порівняльному аналізі Цивільного кодексу РФ та Цивільного кодексу України щодо регулювання припинення договору купівлі-продажу, не можна не відмітити тотожність змісту норм, встановлених на захист прав покупця. Але виявляється, що замість терміну «відмова від договору» російський законодавець застосовує поняття «відмова від виконання договору», тобто у разі невиконання чи неналежного виконання договору однією стороною, другій стороні надається право відмовитися від виконання договору (ст. 463, 467, 475, 479, 482, 486, 489, 495, 503 ЦК РФ).

У вітчизняному законодавстві передбачається, що у разі невиконання однією із сторін свого обов'язку, або за наявності очевидних підстав вважати, що вона не виконає свого обов'язку у встановлений строк (термін) або виконає його не в повному обсязі, друга сторона має право зупинити виконання свого обов'язку або навіть відмовитися від його виконання повністю або частково (ч. 3 ст. 538 ЦК). Наприклад, невиконання обов'язку передати товар покупцеві може бути викликано ризиком невиконання у строк обов'язку іншою стороною (прострочення сплати товару).

Відмову від договору як підстави припинення договору, слід відрізнити від відмови від прийняття товару без мети припинення договору. У договорах купівлі-продажу це має місце у разі, якщо продавець передав весь або частину товару в асортименті, що не відповідає умовам договору. Наслідком цього порушення встановлене право покупця відмовитися від прийняття товару та його оплати, а якщо він оплачений, вимагати повернення сплаченої грошової суми (ч. 1 ст. 672 ЦК). Таким чином, відмова від товару сама по собі не є відмовою від договору, але порушення договору, що призвело до такої відмови, може стати підставою для його розірвання.

Продавець, у свою чергу, має право на відмову від договору, якщо:

- договором купівлі-продажу асортимент товару не встановлений або не був визначений у порядку, встановленому договором (ч. 2 ст. 671 ЦК);
 - покупець без достатніх підстав зволікає з прийняттям товару або відмовився від його прийняття (ч. 4 ст. 690 ЦК);
 - покупець відмовився прийняти та оплатити товар (ч. 4 ст. 692 ЦК);
 - покупець не здійснив у встановлений договором строк чергового платежу за проданий з розстроченням платежу та переданий йому товар (ч. 2 ст. 695 ЦК).
- Договором купівлі-продажу має бути встановлено право на відмову від договору будь-якої із сторін у разі, якщо сторона, яка зобов'язана страхувати товар, не застрахувала його (ч. 2 ст. 686 ЦК). Альтернативою є право сторони, яка не несе обов'язку застрахувати

товар, застрахувати його та вимагати відшкодування витрат на страхування. Як бачимо, ця підстава впливає із невиконання зазначеного обов'язку тією стороною, на яку він покладений.

Може скластися враження, що законодавець не підтримує принцип належного та реального виконання договору, надаючи сторонам у численних випадках саме право на односторонню відмову від договору. Але, як правило, у кожній статті, що передбачає право на відмову від договору з метою уникнення розірвання договору стороні надається право вчинити альтернативні дії на свій вибір. Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 672 ЦК покупцеві надається право прийняти частину товару, що відповідає умовам договору, і відмовитися від решти товару; відмовитися від усього товару; вимагати заміни частини товару, що не відповідає асортименту, товаром, в асортименті, який встановлено договором; прийняти весь товар.

Треба відмітити, що розірвання договору купівлі-продажу шляхом односторонньої відмови від договору в деяких випадках передбачається також за відсутності порушень. Так, із ч. 3 ст. 702 ЦК за договором купівлі-продажу за зразками покупець до передання товару має право відмовитися від договору за умови відшкодування продавцеві витрат, пов'язаних із вчиненням дій щодо виконання договору. Це відповідає ч. 3 ст. 651 ЦК, яка допускає встановлення договором або законом права на відмову від договору, не обмежуючи при цьому підстав, за яких може виникати таке право.

Важливою особливістю договорів купівлі-продажу є вимога до відповідності товару стандартам, технічним умовам, іншій технічній документації, яка встановлює вимоги до якості. Під поняттям «якість» слід розуміти сукупність властивостей, які відображають новизну, довговічність, надійність, економічність, ергономічність, естетичність, екологічність, безпеку експлуатації, споживання товару тощо та надають йому здатність задовольняти інтереси та потреби покупця [3, 21].

Таким чином, у разі істотного порушення вимог щодо якості товару встановлено право покупця на відмову від договору (ч. 2 ст. 678 ЦК). Стосовно договору роздрібної купівлі-продажу це право конкретизується у ч. 1 ст. 708 ЦК, відповідно до якої у разі виявлення покупцем протягом гарантійного або інших строків, встановлених обов'язковими для сторін правилами чи договором, недоліків, не застережених продавцем або фальсифікації товару покупець має право відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми.

Треба зауважити, що у ст. 708 ЦК для відмови від договору достатньо виявлення будь-яких недоліків, а у ст. 678 ЦК мова йде саме про істотне порушення вимог щодо якості товару, тобто про такі недоліки, які не можна усунути чи усунення яких пов'язане з непропорційними витратами або затратами часу, недоліки,

які виявилися неодноразово чи з'явилися знову після їх усунення (ч. 2 ст. 678 ЦК). Також, ч. 1 ст. 8 Закону України «Про захист прав споживачів» передбачається, що у разі виявлення протягом встановленого гарантійного строку істотних недоліків, які виникли з вини виробника товару (продавця, виконавця), або фальсифікації товару, підтверджених за необхідності висновком експертизи, споживач, в порядку та у строки, що встановлені законодавством і на підставі обов'язкових для сторін правил чи договору, має право за своїм вибором вимагати від продавця або виробника розірвання договору та повернення сплаченої за товар грошової суми або вимагати заміни товару на такий же товар або на аналогічний, з числа наявних у продавця (виробника), товар [4].

Таким чином виявляється юридична колізія у тому, що Закон «Про захист прав споживачів» встановлює право вимагати розірвання договору, а Цивільним кодексом встановлена відмова від договору. Це питання повинно бути вирішене у користь ст. 8 Закону «Про захист прав споживачів», оскільки він прийнятий пізніше. Крім того, п. 2 розділу V „Прикінцеві положення» цього Закону передбачає, що інші нормативно-правові акти застосовуються в частині, що не суперечить цьому Закону. Що стосується ст. 678 ЦК, то вона є загальною порівняно з ч. 1 ст. 8 Закону «Про захист прав споживачів», а тому це останнє законодавче положення підлягає переважному застосуванню.

Треба відмітити жорсткість норм, що регулюють договори купівлі-продажу об'єктів приватизації. Відповідно до ст. 27 Закону «Про приватизацію державного майна» договір може бути розірвано або визнано недійсним за рішенням суду у разі невиконання іншою стороною зобов'язань, передбачених договором купівлі-продажу, у визначені строки. Ще одна підстава розірвання договорів купівлі-продажу об'єктів приватизації – невиконання умов, зазначених у ст. 19 Закону «Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва». При цьому покупець, з яким розірвано договір купівлі-продажу, повертає об'єкт приватизації в державну власність за актом приймання-передачі, включаючи земельну ділянку, а також відшкодовує державі збитки, завдані невиконанням умов договору [5]. Але важливою прогалиною є те, що цими нормативними актами не вирішується доля здійснених покупцем капіталовкладень в приватизований об'єкт.

Вимагає уваги також розірвання договору купівлі – продажу товару в кредит, яким передбачається відстрочення або розстрочення платежу (ст. 694 ЦК). Дострокове припинення договору купівлі-продажу в кредит, перш за все, пов'язане з невиконанням сторонами своїх обов'язків. Серед основних обов'язків продавця – обов'язок передати товар, визначений договором купівлі-продажу (ст. 662 ЦК). Так, згідно з ч. 3 ст. 694 ЦК у разі невиконання продавцем обов'язку щодо передання товару, проданого в кредит, застосовуються

положення ст. 665 ЦК, тобто наслідком може бути відмова покупця від договору. Правовим підґрунтям для цього є загальне положення, яке встановлює, що шляхом односторонньої відмови від договору, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом, договір є відповідно розірваним (ч. 4 ст. 651 ЦК).

Основним обов'язком покупця за договором купівлі-продажу товару у кредит є оплата товару (частинами) в строк, встановлений договором. За порушення цього обов'язку законодавець встановлює досить жорсткі заходи. Так, якщо покупець прострочив оплату товару, проданого в кредит, продавець має право вимагати повернення неоплаченого товару (ч. 4 ст. 694 ЦК). Це явище є зрозумілим в рамках договору купівлі-продажу в кредит з відстроченням платежу, бо неоплачений товар має бути поверненим. Але щодо наслідків прострочення у здійсненні будь-якого чергового платежу за договором з розстроченням платежу, передбачається право продавця відмовитися від договору і вимагати повернення проданого товару (ч. 2 ст. 695 ЦК). Встановлення цього правила конкретизується положенням ч. 2 ст. 697 ЦК, яким передбачається право продавця вимагати повернення товару, якщо покупець прострочив оплату товару, а також у разі ненастання обставин, за яких право власності на товар мало перейти до покупця.

З одного боку, надання продавцю права відмовитися в односторонньому порядку від договору є засобом, який дисциплінує покупця, стимулює його вносити платежі у строк. Але моральною стороною проблеми є питання щодо випадків, коли прострочення чергового платежу викликане, наприклад, тяжкою хворобою або відсутністю у даному місці з поважних причин. Отже коли особа (покупець) з'явиться, до неї буде пред'явлена вимога про повернення товару, бо договір вже розірваний у односторонньому порядку. Також не встановлені наслідки у разі втрати покупцем дієздатності, чи взагалі, у разі його смерті. На наш погляд, за опікуном та спадкоємцями покупця слід визнати право продовжувати здійснювати виплати за товар, придбаний у кредит. Зрозуміло, що у таких випадках мають бути застосовані положення п. 6 ст. 694 ЦК, тому що продавець повинен мати право застави на цей товар.

У ЦК РФ питання вирішується більш сприятливо на користь покупця. Наприклад, щодо відмови продавця від договору встановлено виключення у випадках, коли сума платежів, отриманих від покупця, вже перевищує половину ціни товару (ст. 489 ЦК РФ). Зрозуміло, що у такому разі до покупця застосовуються міри відповідальності, встановлені стосовно праводносин купівлі-продажу з відстроченням платежу.

У науковій літературі зазначалось, що в таких випадках було б доцільним, зважаючи на принцип верховенства права, закріплений у ст. 8 Конституції

України, відійти від букви ч. 4 ст. 653 ЦК та вирішити питання про права та обов'язки сторін договору купівлі-продажу безпосередньо на підставі ч. 1 ст. 8 Конституції України та п. 6 ст. 3 ЦК в наступний спосіб. Витребуваний продавцем у покупця товар продавець має право реалізувати за справедливою ринковою ціною, а грошові суми, отримані від покупця в порядку оплати товару, продавець зобов'язаний повернути покупцеві за вирахуванням різниці між ціною, за якою товар було продано покупцеві, та справедливою ринковою ціною товару, за якою її реалізував продавець після витребування товару у покупця, та витрат продавця у зв'язку з реалізацією товару [6, 235].

Запропонований спосіб вирішення проблеми, про яку йдеться, є дуже вдалим, бо відповідає принципам добросовісності, справедливості та розумності (п. 6 ст. 3 ЦК), на відміну від правил про розірвання договору, встановлених ч. 4 ст. 694 та ч. 2 ст. 695 ЦК. Особливо, недоцільність встановлення односторонньої відмови продавця від договору виявляється, наприклад, коли прострочення платежу пов'язане з поважною причиною, що підтверджується доказами, а також, у разі, якщо сума платежів, отриманих від покупця, перевищує половину ціни товару.

Відповідно до ч. 4 ст. 653 ЦК сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов'язанням до моменту зміни або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом. Але, звертаючись до наслідків припинення договорів, треба відмітити, що важливою особливістю припинення договорів купівлі-продажу є той факт, що доля виконаного вирішується інакше, ніж це встановлено для інших цивільно-правових договорів. Законодавцем встановлений обов'язок повернення товару продавцеві та право покупця вимагати повернення сплаченої грошової суми (ст. ст. 666, 670, 672, 678, 684 ЦК). Таким чином, правила, встановлені цими статтями підлягають переважному застосуванню. Це також відповідає ст. 7.3.6 Принципів УНИДРУА про реституцію, відповідно до якої при припиненні договору кожна сторона може вимагати повернення всього, що вона поставила, за умови, що ця сторона одночасно повертає все, що вона отримала. Якщо повернення неможливе в натурі або це є неприйнятним, відповідне відшкодування має бути зроблене в грошовій формі, коли це є розумним. Проте, якщо виконання договору носить триваючий характер і предмет договору є подільним, повернення отриманого може витребуватися лише за час після того, як припинення набрало чинності [7].

Відповідно до ч. 2 ст. 11 Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів сторона, що виконала договір повністю або частково, також може вимагати від другої сторони повернення всього того, що було поставлене чи сплачене за договором. Якщо обидві сторони зобов'язані здійснити повернення отриманого, вони повинні це зробити одночасно [8].

Висновки. Таким чином, як у міжнародному, так і вітчизняному чинному законодавстві, стосовно розірвання договору купівлі-продажу передбачається повна реституція. Така позиція є зрозумілою. Якщо особа заплатила ціну, вона вправі вимагати товар чи повернення сплаченої суми, якщо він не отриманий. Але однією із особливостей припинення договорів купівлі-продажу в кредит є встановлення односторонньої реституції, тобто продавець вправі вимагати повернення товару, а покупець не має права на повернення здійснених виплат в рахунок платежу за товар.

Окрім того, продавець також має право отримати у вигляді компенсації проценти на суму, що відповідає ціні товару, проданого в кредит, за прострочення платежу від дня, коли товар мав бути оплачений до дня його фактичної оплати (ч. 5 ст. 694 ЦК).

Варто зауважити, що цивільне законодавство не вирішує питань, пов'язаних з якістю поверненого товару. Йдеться про можливе погіршення речі, бо в період дії договору покупець звичайно нею користується. За договором найму (оренди) такі наслідки вирішуються наступним способом. Так, відповідно до ст. 779 ЦК наймач зобов'язаний усунути погіршення речі, які сталися з його вини. У разі неможливості відновлення речі наймодавець має право вимагати відшкодування завданих йому збитків. Але погіршення речі, що сталися внаслідок нормального її зношення, не можуть кваліфікуватися як порушення наймачем будь-яких обов'язків. Наймач відповідає за погіршення речі згідно із загальним правилом ч. 1 ст. 614 ЦК за наявності його вини.

Тому, вирішуючи питання відшкодування збитків, завданих погіршенням поверненої речі у разі розірванні договору купівлі-продажу товару у кредит, за відсутністю спеціальних правил виникає необхідність застосування принципу верховенства права та засад добросовісності, справедливості та розумності, що входять до змісту зазначеного принципу та закріплені в п. 6 ст. 3 ЦК.

З огляду на викладене, слід зробити висновок про існування потреби в удосконаленні положень цивільного законодавства про припинення договорів купівлі-продажу, бо існуючі правила значною мірою не відповідають потребі ефективного врегулювання наслідків припинення договірних відносин. Тому необхідні подальші наукові розробки проблеми припинення договору купівлі-продажу та його наслідків.

Література:

1. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: в 4 т. / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. — Т. 3. — К.: А. С. К.; Севастополь: Ін-т юрид. дослідж., 2005. — 928 с.
2. Бородавський С. О. Щодо укладення, зміни і розірвання договору в цивільному праві України / С. О. Бородавський // Право України. — 2004. — № 12. — С. 80 — 82.
3. Договірне право України. Особлива частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова [та ін]; за ред. О. В. Дзери. — К.: Юрінком Інтер, 2009. — 1200 с.
4. Про захист прав споживачів: Закон України в ред. від 01.12.2005. — ОВУ. — 2006. — № 1-2. — Ст. 1. — Із змін. від 17.12.2009.
5. Про приватизацію державного майна: Закон України в ред. від 19.02.1997. — Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2002. — № 5 — С. 351; Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва: Закон України від 14.09.2000. — ОВУ. — 2000. — № 41. — Ст. 1733.
6. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: у 2-х т. / Відп. ред. В. Г. Ротань. — Т. 2. — 2-ге вид. — Х.: Фактор, 2010. — 784 с.
7. Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА). [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://lawstudents.net/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=250&page=5>.
8. Конвенція Організації Об'єднаних націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (Віденська конвенція) від 11.04.1980. — ОВУ. — 2006. — № 15. — Ст. 1171.

Бахриева З. Р. Особенности прекращения договора купли-продажи

Аннотация. В статье исследуются особенности прекращения договора купли-продажи и его последствий. Предлагаются способы решения коллизий между нормами действующего законодательства, регулиющими отношения в связи с прекращением договоров купли-продажи.

Ключевые слова: прекращение договора купли-продажи, расторжение договора купли-продажи, отказ от договора купли-продажи.

Bakhrieva Z. The features of termination purchase-sale contract

Summary. The features of stopping of bargain and sale and his consequences are probed in the article. The methods of decision of collisions are offered between the norms of current legislation, regulative relation in connection with stopping of bargains and sale.

Keywords: termination of a purchase-sale contract, dissolution of a purchase-sale contract, waiver from a purchase-sale contract.

Денисяк Н. М.,
викладач кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету

ІСТОРІЯ ВИНИКНЕННЯ, РОЗВИТОК ТА РЕФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ НОТАРІАТУ В УКРАЇНІ

Анотація. Стаття присвячена історії виникнення, розвитку і реформуванню інституту нотаріату в Україні. Аналізуються позитивні та негативні сторони нотаріату для української держави. У статті розглядаються проблеми, що виникають перед цим інститутом у сучасному громадському суспільстві. Вносяться пропозиції щодо вдосконалення вітчизняного законодавства, щодо регулювання діяльності інституту нотаріату в Україні.

Ключові слова: нотаріат, відносини, правопорушення, розвиток, суспільство, реформування нотаріату, нотаріальна діяльність, законні інтереси, юридична вірогідність, правова система, механізм держави, публічна влада, повноваження нотаріальних органів, зміцнення законності та правопорядку, державні органи, модель нотаріату.

Постановка проблеми. Актуальність теми обумовлена тим, що фундаментальне реформування відносин власності та інших майнових відносин стало об'єктивним фактором сучасного виділення ролі та значимості інституту нотаріату в Україні.

Метою статті є спроба проаналізувати етапи розвитку інституту нотаріату, його роль і значимість у здійсненні правозахисної та правоохоронної функції в системі правоохоронних органів.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Питанням проблематики розвитку, вдосконалення та реформування нотаріату займалися такі видатні науковці та вчені, як Полтавська Н., Радзівська Л., Пасічник С., Черниш В., Кузнєцов В., Ромоновська О., Фурса Є. І., Фурса С. Я., Аргунов В. та інші. Але проблема розвитку нотаріальної процедури, яка має забезпечити суспільні потреби та надати можливість нотаріусам задовольнити власні матеріальні та соціальні потреби дотепер вітчизняним законодавством не врегульовано.

Викладення основного матеріалу. Українська держава на сучасному етапі перебуває у стані реформування політичних, економічних та правових відносин. У зв'язку з цим українська влада повинна ретельно розробити та забезпечити напрям якісного суспільного розвитку держави. Одним з напрямів формування правового громадянського суспільства у сучасній Україні має стати впровадження системи латинського або «вільного» нотаріату. Слід зазначити, що говорити про запровадження цієї системи в вітчизняних реаліях почали ще на початку 1990-х років [8, 88-90].

Латинський нотаріат – це нотаріат, який утворюється у формі вільної професії, і в той же час він здійснює привселюдну соціально-правову функцію, отримавши делеговані йому державою публічні повноваження. Тобто «нотаріальна функція є державною, але виконує її нотаріус незалежно, не будучи підпорядкованим службовій ієрархії державної адміністрації чи будь-яким іншим державним органам. Нотаріус – це юрист, який має повноваження надавати вірогідності угодам, укладати тексти документів, які надають діям і угодам сторін правильної і належної форми та давати поради особам, які звертаються до нього за юридичною допомогою» [7, 7].

Видатні науковці та вчені, які займалися дослідженнями щодо проблематики розвитку, вдосконалення та реформування нотаріату, найвідоміші з них це – Полтавська Н., Радзівська Л., Пасічник С., Черниш В., Кузнєцов В., Ромоновська О., Фурса Є. І., Фурса С. Я., Аргунов В. та інші.

Головною метою реформування нотаріату в Україні має стати розвиток нотаріальної процедури, яка має забезпечити суспільні потреби та надати можливість нотаріусам задовольнити власні матеріальні та соціальні потреби.

Джерело виникнення нотаріату як різновиду адміністративної діяльності можна простежити з далекого минулого. Нотаріат виник як інститут цивільного права ще за часів республіки у Стародавньому Римі. Тоді в Римі існували писарі-канцеляристи, які періодично складали кадастр усіх земель в країні, переписували населення і його майно.

В Стародавньому Римі панував суворий формалізм, який вимагав дотримання формул всіма, хто звертався в судові установи, тому стали з'являтися особи, обов'язком яких було підведення правового випадку під ту чи іншу формулу. Дехто з них перебували на службі при посадових особах римського управління та суду. Окрім офіційних, існували також приватні писарі, які відігравали роль своєрідних власних юристконсулів у приватних осіб, які були, як правило рабами останніх, надавали їм юридичну допомогу.

Подальший розвиток цивільного обороту викликав у Стародавньому Римі появу табелеонів, яких можна назвати родоначальниками сучасного нотаріату. Вони не перебували на державній службі, а займалися складанням юридичних актів і судових документів у

вигляді вільного промыслу та отримували за це винагороду, передбачену законом.

Разом із світським інститутом табеліонів, що з часом набував і отримував більшого застосування, у сфері християнської церкви виникає подібна йому установа – нотаріат. Він почав своє існування при єпископах, а потім при абатах і інших церковних урядниках; під час їх бесід із населенням були присутні спеціальні особи, тобто нотаріуси, які були зобов'язані записувати такі бесіди і складати відповідні документи. Пізніше церковна влада почала застосовувати таку процедуру ведення справ і у світському житті [9].

Вивчаючи історію розвитку інституту нотаріату в Європі можна зробити висновок, що нотаріальні установи, які склалися під час правління Карла Великого, пустили глибоке коріння, а досягли певного розвитку лише в Італії, де вони знайшли сприятливий для себе ґрунт на основі римського права. У Франції та Німеччині нотаріальні установи проіснували недовго і вже згодом, прийшли до повного занепаду. Таке становище нотаріату в цих країнах продовжувалось до того часу, поки в XII ст. Франція, а у XIV ст. – Німеччина провели рецепцію нотаріального інституту у тому вигляді, в якому він існував на той час в Італії.

Реформа, яка вперше була проведена у французькому нотаріаті завдяки Людовіку IX Святому, яка передбачала запровадження 60 посад нотаріусів при Паризькій судовій палаті. У 1300 і 1302 роках Філіп IV Красивий залишив за собою право призначати нотаріусів та розповсюдив цей інститут на всій території Франції. Королівським указом 1304 року був створений реєстр, в який кожен нотаріус повинен був вносити заповіти, договори, а також розміри зборів за виконані ним дії.

Наполеоном Бонапартом у 1803 році був законодавчо введений нотаріат як необхідна складова громадянського суспільства. Він вважав, що поряд із судьями, які примирюють і вирішують спори, мають діяти особи, надаючи угодам громадян достовірного характеру та сили остаточного рішення і запобіжно скасовують всяку надію на успіх несправедливого вирішення серед «жадібних людей» [9].

В Російській імперії у першій половині XIX ст. не передбачався поділ влади на судову і нотаріальну, поки не було реалізовано Положення про нотаріальну частину, затверджене 14 квітня 1866 року. В основу проекту були покладені нотаріальні положення трьох держав: Франції від 16 березня 1807 року, Австрії від 21 травня 1855 року і Баварії від 1861 року. Нотаріат виокремлювався з відання судів для здійснення актів та інших несудових дій. У містах вводилися посади нотаріусів, на які призначалися чиновники на конкурсних засадах головою судової палати. Нотаріус повинен був перед призначенням на посаду скласти присягу та внести страхову заставу на випадок заподіяння шкоди клієнтам своїми некваліфікованими діями.

Після Жовтневої революції нотаріат реформується та переходить у статус державного. Після цього в Україні було прийнято декілька законодавчих актів про нотаріат, які регулювали діяльність державного нотаріату. 25 грудня 1974 року Верховною Радою Української РСР вперше в історії України було прийнято вищий акт державної влади, який регулював діяльність нотаріальних органів – Закон УРСР «Про державний нотаріат» (введений у дію з 1 травня 1975 року). Цей Закон розширював коло нотаріальних дій більше ніж до 20 різноманітних видів.

В період відсталості і розрухи господарства, пов'язаних з громадянською війною, коли правовідносини в сфері цивільного обороту були вкрай обмежені і потреби в нотаріаті практично не було, з'явилась тенденція до його повної ліквідації [11, 234].

Після проголошення незалежності Української держави настає і новий етап у розвитку інституту нотаріату, що обумовило потребу держави в утворенні міцної та стабільної системи захисту прав та законних інтересів своїх громадян. З переходом української незалежної держави до ринкових відносин, законодавчим визнанням рівноправності всіх форм власності, розвитком підприємницької діяльності і процесів приватизації виникла суспільна необхідність введення інституту приватного нотаріату і, відповідно, законодавчого закріплення положень, що давали б можливість вирішувати питання нотаріальної діяльності без допомоги державних органів.

Сучасне нормативне визначення нотаріату міститься в ст. 1 Закону України «Про нотаріат» від 02.09.1993 року, де встановлено, що нотаріат України – це система органів та посадових осіб, на яких покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчинять інші нотаріальні дії, передбачені законом з метою надання їм юридичної вірогідності [1].

Аналізуючи наведене нормативне визначення, українські дослідники нотаріату Л. Радзівська та С. Пасічник вказують, що зазначене поняття містить в собі суб'єктивну (вказує на систему нотаріальних органів) та об'єктивну (вказує на повноваження нотаріальних органів та посадових осіб) сторони діяльності нотаріату, а також мету вчинення нотаріальних дій, та виділяють наступні основні завдання нотаріату: захист і охорона прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб; зміцнення законності та правопорядку; запобігання можливим правопорушенням [4, 9-10].

Виходячи з вище зазначеного можна зробити висновки, законодавче визначення нотаріату трактується як певна організаційна система, визначальною ознакою якої є єдність спеціальних суб'єктів, об'єднаних спільністю завдань.

На сьогоднішня вітчизняне українське законодавство поклало на нотаріусів посвідчення угод відчуження

квартир, житлових будинків, коштовного майна, автотранспорту всіх видів, розширивши правові підстави набувачів цього майна. Набули чинності угоди, пов'язані з придбанням права власності на землю, землекористуванням і землеволодінням. Також нотаріат здійснює превентивне правосуддя, захищаючи права і законні інтереси громадян від можливих порушень у майбутньому, гарантуючи набувачам прав захист від усіляких несподіваностей, забезпечуючи правову безпеку громадянам та юридичним особам, що дозволяє запобігти суперечкам між сторонами цивільних правовідносин про право цивільне та сприяє виникненню між ними стабільних і передбачуваних відносин.

Українська правова держава формується, розвивається, зміцнюється та вдосконалюється завдяки діяльності нотаріату.

Український нотаріат ще знаходиться на етапі розвитку та реформування, тому що це постійний і невідпинний процес самовдосконалення. Цей нотаріат розвивається та перетворюється в напрямку до професійності, стабільності та фінансової незалежності.

Нотаріат, як складова правової системи, повинен відображати всі реальні процеси, що відбуваються в суспільстві, тобто, залишаючись незмінною за своїм визначальним призначенням, нотаріальна діяльність може змінювати та розширяти свої функції, відповідаючи вимогам та потребам сучасної громадськості.

Висновки. В Україні потрібно створити модель нотаріату континентального типу, як це вчинено в країнах Європи, тому, що нотаріат – це один з найважливіших інститутів механізму держави, який забезпечує життєдіяльність суспільства. Саме запровадження в Україні вільного нотаріату наблизить країну до «вільного» латинського нотаріату як оптимального, з точки зору його дієздатності, компромісу між передачею нотаріату основоположних для правової системи завдань публічної влади та виконанням цих завдань вільним, висококваліфікованим і діючим під власну економічну відповідальність професійним станом [11, 237].

Література:

1. Про нотаріат: Закон України від 2 вересня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 39. — Ст. 383.
2. Про внесення змін до ст. 45 Закону УРСР «Про державний нотаріат»: Закон України, прийнятий 28 січня 1993 р. № 2951-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 14. — Ст. 123; Голос України. — 1993. — 16 лют. (№ 29). — С.
3. Володина Ю. Пристальный взгляд на украинский нотариат (интервью с Президентом Украинской нотариальной палаты) / Ю. Володина // Юридическая практика. — 2002. — № 37 (247). — С. 4.
4. Радзівська Л. К. Нотаріат в Україні: навч. пос. / Л. К. Радзівська, С. Г. Пасічник. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — С. 9-10.
5. Фурса С. Я. Нотаріат в Україні. Загальна частина / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса. — К.: Вентурі, 1999. — С. 54.
6. Фурса С. Я. Нотаріальний процес: Теоретичні основи / С. Я. Фурса. — К.: Істина, 2002. — С. 188.
7. Фундаментальні принципи латинського нотаріату // Нотаріат для Вас. — 2001. — № 4. — С. 7.
8. Юридический советник семьи (нотариат и правовая помощь гражданину) // Народный депутат. — 1990. — № 14. — С. 88-93.
9. Ясінська Л. Е. Становлення та розвиток інституту нотаріату в Україні (історико-правовий аспект): автореф. дис. на здобуття наукового ступеня к. ю. н. / Л. Е. Ясінська. — Львів: Львівський національний університет імені Івана Франка, 2005. — 18 с.
10. Ясінська Л. Е. Виникнення та розвиток інституту нотаріату / Л. Е. Ясінська // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали ІХ регіональної науково-практичної конференції (13–14 лютого 2003 р.). — Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2003. — С. 113–114.
11. Трофименко Є. В. Минуле та сучасність нотаріату в Україні / Є. В. Трофименко // Актуальні проблеми держави і права, 2001 р. — Вип. 10.
12. Нотаріальний процес в Україні: навчальний посібник / За ред. Ф. М. Медвідя. — К.: Атіка, 2006. — С. 3.

Денисяк Н. Н. История возникновения, развитие и реформирование института нотариата в Украине

Аннотация. Статья посвящена истории возникновения, развития и реформирования института нотариата в Украине. Анализируются положительные и отрицательные стороны нотариата для государства. В статье рассматриваются проблемы, возникающие перед этим институтом в современном гражданском обществе. Вносятся предложения по совершенствованию отечественного законодательства, регулирующего деятельность нотариата в Украине.

Ключевые слова: нотариат, отношения, правонарушение, развитие, общество, реформирование нотариата, нотариальная деятельность, законные интересы, юридическая вероятность, правовая система, механизм государства, публичная власть, полномочия нотариальных органов, укрепление законности и правопорядка, государственные органы, модель нотариата.

Denisyak N. Short analysis of the origin, development and reformation history of Ukraine notaries institute

Summary. This article considers the definition of the short analysis of the origin, development and reformation history of Ukraine. Positive and negative notary sides of the state are analysed in this article. Civil society problems are also examined here. The propositions for improving legislation, regulating notary activities in Ukraine are presented.

Keywords: notary, relation, offense, development, society, reform notary, notarial activity, legitimate interests, law chance, legal system, mechanism of the state, public authority, powers of notaries, strengthening the rule of law, public bodies, model notary.

*Ільїна Ю. П.,
старший викладач кафедри цивільного
та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету*

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ НОТАРІУСА У ДЕЯКИХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ

Анотація. Ця стаття містить аналіз правового статусу нотаріуса в деяких зарубіжних країнах різних правових систем, в яких діє нотаріат латинського та англосаксонського типу. В роботі проводиться аналіз законодавства цих країн про нотаріат з метою вдосконалення вітчизняної нормативно-правової бази, що регулює нотаріальну діяльність.

Ключові слова: нотаріат, нотаріус, правовий статус, латинський тип, англосаксонський тип.

Постановка проблеми. Для того щоб вирішити питання, які відносяться до встановлення правового статусу нотаріуса у деяких зарубіжних країнах, необхідно, перш за все, проаналізувати та визначитися, яким шляхом та в якому напрямку йде розвиток сучасного нотаріату, яке місце займає нотаріус у цих процесах та в чому особливість його індивідуального правового статусу.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Це питання висвітлювали у своїх наукових працях такі правники як: Л. П. Ануфрієва, А. Асаулюк, К. А. Бекляшев, М. В. Бондарева, Р. Брук, К. Вербар, І. А. Гамаль, Р. Давід, Г. К. Дмитрієва, К. Жоффе-Спіноза, Т. К. Кравченко, Ж. Д. Мат'я, М. Мілорава, С. Паскаль, Ж.-Ф. Пієпу, В. Райман, І. Ф. Сидоров, Ж. А. Тальпіс, С. Я. Фурса, Ж. Ягр та інші.

Викладення основного матеріалу. Слід зазначити, що у світовій науці традиційно виділяють дві моделі сучасного нотаріату: нотаріат латинського та англосаксонського типу.

Нотаріат латинського типу сформувався в результаті тривалої еволюції правових ідей в країнах романо-германської правової системи. Внутрішнє право спочатку будувалося на адаптації римського права і ґрунтується на загальних правових концепціях. Завдяки цій спільності, за думкою І. А. Гамалія, організація нотаріату і порядок здійснення нотаріусами своїх повноважень, в цих країнах мають істотну схожість [1, 3].

Зокрема, серед основних системних ознак, які характеризують будь-який національний нотаріат латинського типу, можна назвати наступні:

– нотаріус – це публічна посадова особа, яка одержує повноваження від держави, реалізуючи їх від її імені і під її контролем;

– нотаріус – це особа вільної юридичної професії в тому сенсі, що самостійно організовує свою роботу, за

власний рахунок набуває необхідного майна і наймає помічників, несе повну майнову відповідальність за заподіяні збитки;

– основна функція нотаріуса – додання приватним угодам автентичного характеру, особливої доказової і законної сили, захист публічного інтересу;

– нотаріус за здійснення ним нотаріальних дій отримує оплату, яка ґрунтується на тарифі, розмір і порядок сплати якого встановлюються державою. Нотаріальна оплата є одночасно основним джерелом для самофінансування нотаріальної діяльності;

– нотаріуси об'єднуються в колективні органи: нотаріальні палати, що виконують адміністративні і контрольні функції. Членство нотаріусів у палатах є обов'язковим.

Як зазначає С. Я. Фурса, специфіка професії нотаріуса робить її досить парадоксальною і полягає в об'єднанні в одній особі двох різних, навіть протилежних якостей: і посадової особи, якій держава делегувала офіційну функцію, і особи, що здійснює ці функції у рамках ліберального статусу [2, 10].

Статус вільної професії передбачає, що клієнти ставляться до нотаріуса не як до представника влади, а як до цілком незалежного відповідального радника, нарешті, ліберальний статус передбачає, що нотаріус може бути керівником підприємства.

За твердженням Ж. А. Тальпіса, на сьогодні в Європі існує три основні моделі латинського нотаріату: німецька, французька та змішана [3, 38].

Для німецької моделі характерна незначна активність нотаріуса на всіх етапах нотаріального процесу. Його робота зводиться до розробки відповідного акту і його подальшого посвідчення. Нотаріус не грає значної ролі при підготовці здійснення нотаріальної дії: проведенні консультацій, переговорів, здобутті необхідних документів і так далі. Як наслідок, здійснення нотаріальних функцій носить у цій системі деколи надмірно формалізований, нетворчий характер. У цей же час, цей формалізм дозволяє добитися більшої одноманітності відносно використуваних процедур і вмісту отримуваних документів, унеможливує конкуренцію між нотаріусами. Таким чином, можна зазначити, що український нотаріат ближче саме до німецької моделі.

Французька модель, навпаки, передбачає ініціативність самого нотаріуса з моменту звернення

до нього зацікавленої особи. Нотаріус і його чисельні помічники повністю беруть на себе всі турботи клієнтів, починаючи від збору необхідних документів, проведення переговорів з іншими зацікавленими особами, складання і посвідчення документа і закінчуючи реєстрацією нотаріального акту в компетентних органах. Французька модель – це конвеєр з індивідуальним підходом, де нотаріус і працівники нотаріальної контори забезпечують здобуття бажаного клієнтом правового результату. Природно, що такий «гнучкий» підхід також не позбавлений недоліків. Ігнорування формалізму деколи занижує публічно-правову складову нотаріальної професії, здатне стати основою для одностороннього відношення нотаріуса до виконання своєї професії.

Змішана модель поєднує в різних пропорціях елементи обох вищеназваних систем. Вона існує в цілій низці Європейських держав як, наприклад, Іспанії, Нідерландах, Швейцарії та латиноамериканських країнах – Кубі, Португалії і ряді інших.

Нотаріат вільного (латинського) типу функціонує у всіх країнах Європейського союзу, за винятком Великобританії, Данії, Фінляндії та Швеції.

В інших країнах державні нотаріуси і нотаріуси, що займаються приватною практикою, існують одночасно. Призначаються нотаріуси на посаду, як правило, державою на конкурсній основі. До обов'язкової компетенції нотаріуса в більшості країн Латинського нотаріату відноситься посвідчення договорів купівлі-продажу нерухомого майна, договорів позики, забезпеченої заставою нерухомості (іпотекою), шлюбних контрактів, дарування тощо. Реальна роль нотаріату в різних країнах також неоднакова.

Розглянемо нотаріальне законодавство Естонської Республіки щодо встановлення правового статусу нотаріуса в цій країні. Після прийняття Конституції Естонії 28 червня 1992 року, уряд почав реформувати національне законодавство.

1 листопада 1993 набув чинності Закон Естонії «Про нотаріат» (далі – Закон Естонії) [4], який замінив діючу систему державного нотаріату латинським нотаріатом.

Відповідно до ст. 2 Закону Естонії, щодо правового статусу нотаріуса, не визначено чи існує державний, або приватний нотаріат. Зазначається, що нотаріус – це носій публічно-правових функцій, незалежна посадова особа, якій державою делеговані завдання із забезпечення безпеки правовідносин і запобігання правових спорів.

Таким чином, за законодавством Естонії, нотаріус – це особа, що є носієм публічно-правової посади, якій державою надано право засвідчувати за клопотаннями осіб обставини та події, що мають правове значення, та вчиняти інші службові дії, щоб забезпечити стабільність правопорядку. Нотаріус не є підприємцем або державним чиновником. Нотаріус виконує свої

службові обов'язки в якості особи вільної професії від свого імені і під свою відповідальність.

Як зазначає А. Асаулюк, законодавство про нотаріат у Словачії, яке ґрунтується на Законі Словачії «Про нотаріусів та нотаріальну діяльність», (далі – Закон Словачії) [5, 78-92], встановлює, що нотаріальні дії мають право вчиняти виключно нотаріуси.

У відповідних § 2, 5, 6 Закону Словачії передбачено, що нотаріус є особою, що визначена державою та уповноважена нею проводити нотаріальну діяльність, а також іншу діяльність (надання фізичним та юридичним особам юридичних послуг; складати документи; управляти майном та представляти інтереси особам у зв'язку з управлінням майном та інше) та здійснення нотаріальної діяльності не сумісне з підприємницькою діяльністю та іншою діяльністю з метою отримання прибутку.

Можна зробити висновок, що в Словачії, діє виключно державний нотаріат, та нотаріус має публічно-правовий статус, хоча § 16 Закону Словачії, передбачає, що він вчиняє дії від власного імені на власну відповідальність. Але, на жаль, чітке врегулювання питання щодо визначення правового статусу нотаріуса у цій країні також відсутнє.

Розглядаючи нотаріальну систему Франції, можна сказати, що ця система є частиною публічної системи правосуддя, та має назву «публічна нотаріальна служба». У Франції, як відзначає К. Вербар [6, 272], нотаріус – це встановлена державою посада, володар якої наділений правом посвідчувати юридичні акти.

На території Франції з 1945 року по сьогоднішній час діє Ордонанс «Про статус нотаріуса» [7]. Відповідно до якого, за висловлюванням С. Паскаля, нотаріус є посадовою особою, представником вільної професії та гарантом автентичності [8, 223].

Специфіка нотаріальної діяльності у Франції робить її досить парадоксальною і полягає в об'єднанні в одній особі двох різних, навіть протилежних якостей: і посадової особи, якій держава делегувала офіційну функцію, і особи, що здійснює цю функцію у рамках ліберального статусу.

З цим ліберальним статусом нотаріуса пов'язані певні наслідки. Нотаріус виступає майже як відповідальний радник. Це одночасно реалізується у наданні громадянам права вибору нотаріуса, а також у відповідальності останнього, яку суворо інтерпретує суд.

Статус вільної професії, за думкою І. Ф. Сидорова, передбачає, що клієнти, частіше, ставляться до нотаріуса не як до представника влади, а як до цілком незалежного відповідального радника [9, 16]. Це пов'язано з тим, що нотаріус повинен ретельно виконувати «зобов'язання по консультуванню», оскільки у разі неналежного виконання цих обов'язків, суди накладають на винну особу досить жорсткі санкції. Нотаріус несе необмежену особисту відповідальність

за свої дії та консультації: будь-яка помилка або недбалість, допущена ним або його співробітниками, обов'язково призводить до відшкодування ним збитків. Ця надзвичайно серйозна відповідальність визначає загальнонаціональний характер солідарності нотаріусів Франції.

Крім того, варто зазначити, що нотаріат Франції має одну суттєву відмінність від нотаріату інших європейських країн – посада нотаріуса може передаватися в якості спадку. В інших аспектах професійної діяльності нотаріату в цій країні, адміністративно-правове регулювання нотаріальної діяльності відповідає базовим принципам латинського нотаріату.

Статус нотаріуса у Федеративній Республіці Німеччині діє відповідно до «Федерального положення про нотаріат» від 16 лютого 1961 року [10] (далі – Федеральне положення).

Нотаріат у Німеччині відповідає латинському типу та має наступні ознаки. Нотаріус у цій країні виконує завдання попереджувального правосуддя та є органом попереджувального, тобто превентивного правосуддя, згідно із § I Федерального положення. З огляду, саме на превентивність нотаріальної діяльності, істотно розвантажуються суди Німеччини, оскільки виконання професійних обов'язків нотаріусів робить можливим вирішення виникаючих спорів між фізичними та юридичними особами без звернення до суду.

У відповідності до Федерального положення, нотаріус також виконує державні функції. Він займає делеговану від імені держави посаду та виконує певні державні обов'язки. Нотаріус наділений державними повноваженнями, має відповідні обмеження та підлягає державному нагляду у відповідності до § 2, 9 Федерального положення. Це полягає у значному службовому нагляді з боку Управління юстиції Німеччини, що тягне за собою чітке забезпечення належного виконання нотаріусом своїх професійних обов'язків.

З огляду на вищенаведене, не дивним є той факт, що на більшій частині Німеччини нотаріуси не є державними нотаріусами. Це підтверджує В. Райман, який зазначає, що в цій країні, єдине виключення становить земля Баден-Вюртенбург, де нотаріуси не тільки виконують свої професійні обов'язки від імені держави, а, в основному, є державними службовцями [11, 50].

Звернемося до нотаріату Іспанії, де відповідно до Закону «Про нотаріат» від 28 травня 1962 року [12] (далі – Закон Іспанії), нотаріусами працюють юристи високого класу, які нерідко паралельно займаються викладацькою діяльністю в університетах, а розробкою та укладанням договорів та виконанням супутніх формальностей зайняті в основному адвокати.

Згідно зі ст. 1 Закону Іспанії, нотаріус – це призначений державою службовець, який призваний засвічувати, у відповідності з чинними законами, договори та інші юридично важливі документи.

Слід зазначити, що в Іспанії діє як приватний, так і державний нотаріат та при вчиненні нотаріальних дій нотаріуси їх виконують від імені держави. Крім того, як зазначено у ст. 16 Закону Іспанії, нотаріус не може бути державним службовцем, займатися підприємницькою діяльністю та отримувати будь-який прибуток з іншої діяльності.

Слід зазначити, що в світі, крім нотаріату латинського типу, функціонує нотаріат англосаксонського типу, який доцільно було б розглянути, та з'ясувати питання щодо встановлення правового статусу нотаріуса.

Англосаксонська правова модель заснована переважно на судовому прецеденті, через що основна увага приділяється показам свідків, як засобу доказування, у тому числі, при дослідженні письмових доказів.

Основними ознаками, за якими може бути охарактеризований англосаксонський нотаріат, є:

- специфіка нормативного оформлення інституції нотаріату у відповідній країні;
- розуміння дефініції «нотаріус»;
- перелік вимог, що висуваються до претендентів на посаду нотаріуса;
- процедура допуску до професії;
- характеристика порядків вчинення нотаріальних дій, як загального, так і спеціального;
- компетенція нотаріальних органів.

Подібна якісна відмінність систем латинського нотаріату і нотаріату в англосаксонській правовій системі відмічалась відомим вченим компаративістом Р. Давидом [13, 74].

Тому цілком можна погодитися з Ж.-Ф. Пієпу і Ж. Ягром в тому, що в організації і роботі юристів в країнах англосаксонської правової системи більше свободи, але дух системи латинського нотаріату вимагає, щоб укладач угоди не перетворювався на того, хто її оспорюватиме або захищатиме при виникненні розбіжностей між сторонами [14, 38].

За твердженням Р. Давіда та К. Жоффре-Спінози, зазначений тип напрацьований в Сполучених Штатах Америки та Великобританії – країнах, системи нотаріальних органів, в яких є типовими представниками нотаріуси англосаксонського типу [15, 53].

Але, наприклад, можна зазначити, що в штаті Флорида (США) та в Лондоні (Великобританія) діють нотаріуси, які працюють за принципами латинського нотаріату.

Базисними факторами, що визначають особливості організації нотаріату в США, за думкою М. В. Бондаревої є відсутність його як єдиної спеціалізованої державної інституції, та виконання обов'язків, специфічних в країнах континентальної системи права для нотаріусів, уповноважених державою бути посадовими особами, діяльність яких пов'язана з юридичною практикою, або не пов'язана з нею [16, 153].

Відсутність федерального законодавства з врегулювання нотаріальної діяльності пояснює серйозні відмінності при визначенні правового статусу нотаріуса, переліку нотаріальних дій, які можуть ним вчинятися, інших особливостей організації та вчинення нотаріальної діяльності, правові аспекти якої знаходять відображення в модельному законодавстві, як зазначає авторка [17, 131] – Модельному законі США «Про нотаріат» та Уніфікованому законі США «Про нотаріальні дії», з огляду на законодавство окремих штатів.

Що стосується правового статусу нотаріуса, за Т. К. Кравченко, то в США він є доволі специфічним через застереження про неможливість надання нотаріусом консультацій правового характеру, складання проєктів угод, вчинення інших форм діяльності, здійснення яких визнається парафією професійних юристів [18, 24].

За висловлюванням М. Мілорава, схожими є правові засади нормативного оформлення нотаріальної діяльності у Великобританії [19, 52]. Але, як вказує Р. Брук, відсутній спеціальний нормативно-правий акт, який би врегулював діяльність нотаріату в цій країні, що дозволяє говорити про базування досліджуваної інституції на правових звичаях, головним чином, торгівельного права, судових прецедентах та статутах, що містять положення про порядок вчинення окремих нотаріальних дій [20, 10].

Проаналізовані особливості організації нотаріату та нотаріальної діяльності в двох країнах – США та Великобританії – дозволяють говорити про певну їх специфічність та своєрідність, проте безсумнівно видається подібність принципів організації досліджуваної інституції в цих країнах, схожість їх функцій та спрямованість компетенції нотаріусів, подібність процедур допуску до заняття нотаріальною діяльністю та його правового статусу.

Отже, що стосується правового статусу нотаріуса в країнах, де діє загальна (англосаксонська) система права, зокрема у Великій Британії та Сполучених Штатах Америки, слід зазначити, що в цих країнах статус нотаріуса не чітко врегульований на законодавчому рівні. Нотаріус здійснює свою діяльність, як особа, що має певну залежність від суб'єктів цивільних правовідносин, яким вона надає послуги від імені держави, крім того, нотаріус повинен враховувати у своїй діяльності не тільки вимоги Закону, а й правові звичаї та судові прецеденти.

Очевидно, що така модель організації нотаріату не може бути прикладом для вдосконалення системи нотаріату в Україні через розбіжності правового регулювання суспільних відносин на законодавчому рівні.

Висновки. Вважаємо, що прикладом достатньо повного та комплексного визначення правового статусу нотаріуса є дефініція, яка міститься в Законі Естонії «Про нотаріат», вона з певними застереженнями може

бути відтворена у Законі України «Про нотаріат». Такий висновок ґрунтується на тому, що естонський законодавець чітко визначив, що нотаріус є посадовою особою, яка здійснює делеговані державою публічно-правові функції і при цьому не є підприємцем, чи державним службовцем, однак забезпечує вірогідність юридичних фактів, правочинів, захист прав та свобод суб'єктів права та запобігання правовим спорам.

Література:

1. Гамаль І. А. Сучасний стан розвитку системи нотаріату в Україні / І. А. Гамаль // Актуальні проблеми державного управління. — 2008. — № 2 (34). — С. 3-7.
2. Фурса С. Я. Проблеми термінології у правовій системі України і нотаріальній науці / С. Я. Фурса // Підприємство, господарство і право: Щоміс. науково-практ. госп.-прав. журн. — 2002. — № 10. — С. 8-12.
3. Тальпис Ж. А. Латинский нотариат перед лицом глобализации / Ж. А. Тальпис // Российская юстиция. — 2003. — № 9. — С. 38-39.
4. Про нотаріат: Закон Естонської Республіки від 01.11.1993 р. // Офіційний веб-сайт Нотаріальної Палати Естонської Республіки. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.notar.ee/910>.
5. Асаулюк А. Короткий коментар до Закону Словачії «Про нотаріусів та нотаріальну діяльність» / А. Асаулюк // Мала енциклопедія нотаріуса. — 2006. — № 2 (26). — С. 75-92.
6. Вербар К. Определение публичного порядка во внутреннем праве России через французское право / К. Вербар // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. — 2002. — № 1. — С. 265-295.
7. Про статус нотаріуса: Ордонанс Франції від 02.11.1945 р. // Офіційний веб-сайт Світ Нотаріату. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://mirnot.narod.ru/index.html>.
8. Pascault S. Краткая презентация института нотариусов во Франции / S. Pascault // International symposium in Russia. М., July 6–8. — 2003. — С. 222-225.
9. Сидоров И. Ф. Принципы латинского нотариата — в жизнь / И. Ф. Сидоров // Юридическая практика. — 2005. — 31 мая (№ 22). — С. 16-17.
10. Про нотаріат: Федеральне положення Німеччини від 16.02.1961 р. // Офіційний веб-сайт Pandia. ru. Енциклопедія знань. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.pandia.ru>.
11. Райман В. Устройство немецкого нотариата / В. Райман // Нотариальный вестник. — 2004. — № 8. — С. 50-53.
12. Про нотаріат: Закон Іспанії від 28.05.1962 р. // Офіційний веб-сайт Світ Нотаріату. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://mirnot.narod.ru/ispania.html>.
13. Дмитриева К. Д. Международное частное право: учеб. для высш. уч. зав. / К. Д. Дмитриева, Л. П. Ануфриева, К. А. Бекляшева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Велби, Проспект, 2004. — 688 с.
14. Давид Р. Основные правовые системы современности: учеб. для высш. уч. зав. / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози; пер. с франц. В. А. Туманова. — М.: Международн. отношения, 1999. — 400 с.
15. Пиепу Ж.-Ф. Профессиональное нотариальное право: учеб. для высш. уч. зав. / Ж.-Ф. Пиепу, Ж. Ягр; пер. с франц. И. Г. Медведева. — М.: Юрист, 2001. — 224 с.
16. Бондарева М. В. Англосаксонський нотаріат: особливості організації та функціонування / М. В. Бонда-

- рева // Університетські наукові записки. — 2006. — № 3-4. — С. 153-159.
17. Бондарева М. В. Особливості організації нотаріату за законодавством Сполучених Штатів Америки / М. В. Бондарева // Право України. — 2006. — № 7. — С. 131-134.
18. Кравченко Т. К вопросу о модельном законодательстве / Т. Кравченко // Юриспруденція: теорія і практика. — 2005. — № 11. — С. 23-27.
19. Мілорава М. Нотаріат та нотаріальна діяльність у Сполучених Штатах Америки / М. Мілорава // Юриспруденція: теорія і практика. — 2005. — № 7. — С. 50-55.
20. Brooke R. Brooke's Notary / R. Brooke // Notarial Office and Practice in England and Overseas. — 10-th ed. — London, Stevens&Sons, 1988. — P. 11-13.

Ильина Ю. П. Особенности правового статуса нотариуса в некоторых зарубежных странах

Аннотация. Эта статья содержит анализ правового статуса нотариуса в некоторых зарубежных странах различных правовых систем, в которых действует нотариат латинского и англосаксонского типа. В работе проводится анализ законодательства этих стран о нотариате с целью совершенствования отечественной нормативно-правовой базы, регулирующей нотариальную деятельность.

Ключевые слова: нотариат, нотариус, правовой статус, латинский тип, англосаксонский тип.

Ilina J. Features of the legal status of notary in some foreign countries

Summary. This article provides an analysis of the legal status of a notary in some foreign countries of different legal systems, in which the Latin and common notary acts. This paper analyzes the laws of those countries on notaries in order to improve the national legal framework which regulates notary activities.

Keywords: notaries, notary, legal status, Latin, common.

*Журило С. С.,
асистент кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету*

ВИМОГИ ДО УСИНОВЛЮВАЧІВ ДІТЕЙ – ГРОМАДЯН УКРАЇНИ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню вимог до кандидатури усиновлювача, які висувуються діючим законодавством та умов, за яких особі має бути відмовлено у можливості усиновити дитину. Також приділено увагу розгляду особистісних характеристик майбутнього усиновлювача та їх вплив на формування подальшого світогляду усиновленої дитини.

Ключові слова: усиновлювач, усиновлений, сім'я, дитина.

Постановка проблеми. Інститут усиновлення є одним з основних інститутів сімейного права, адже він покликаний забезпечити захист прав та інтересів дітей, які залишилися без піклування батьків. Складність даного інституту зумовлена як процедурою розгляду відповідних справ, так і тим, що питання усиновлення є складним психологічним моментом, адже мова йде, з одного боку, про майбутнє дитини, її адаптацію в сім'ї усиновлювачів, а з іншого – про розуміння усиновлювачами майбутніх складностей щодо виховання дитини, взаємопорозуміння її з членами нової сім'ї тощо. Тому актуальність питань, пов'язаних з вимогами до кандидатури усиновителя не викликає сумніву.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Серед досліджень радянського періоду, присвячених питанням усиновлення, можна виділити роботи Б. С. Антимонова, М. В. Антокольської, Я. Р. Веберса, Є. М. Ворожейкіна, А. Г. Гойхбарга, О. С. Іоффе, С. А. Муратової, А. М. Нечаєвої, А. І. Пергамент, Г. Ф. Шершеневича та ін. Серед науковців, які приділяють увагу дослідженню питань усиновлення в незалежній Україні можна виділити таких, як: В. І. Борисова, О. О. Грабовська, І. В. Жилінкова, Л. М. Зілковська, З. В. Ромовська, С. Я. Фурса, Ю. С. Червоний, М. Й. Штефан та ін.

Викладення основного матеріалу. Проаналізувавши норми Сімейного кодексу України (далі – СК України), можна виділити конкретні вимоги до особи усиновлювача, які висуває законодавець та умови, за яких особа не може бути усиновлювачем. В літературі зазначені вимоги називають відповідно «позитивними» та «негативними» [1, 394].

Отже, ч. 1 ст. 211 СК України встановлює, що усиновлювачем дитини може бути дієздатна особа віком не молодше двадцяти одного року, за винятком, коли усиновлювач є родичем дитини [2].

Зазначимо, що спочатку СК України не містив вказівки на необхідність досягнення усиновлювачем двадцяти однорічного віку, а лише вказувалося

на необхідність настання повноліття усиновлювача. Вважаємо внесені зміни до СК України виправданими, адже особа, яка досягла двадцяти однорічного віку, має більший життєвий досвід, більші можливості для забезпечення належного утримання та виховання усиновленої дитини. Разом з тим, не будемо забувати, що дана вимога не стосується родичів дитини, які мають право усиновити її в молодшому ніж двадцять один рік віці. Також в ст. 211 СК України вказано, що особа повинна бути дієздатною. За загальним правилом (ст. 34 ЦК України) повна цивільна дієздатність настає у вісімнадцять років. Разом з тим, може мати місце ситуація, що родич дитини досяг повної цивільної дієздатності до досягнення повноліття. На нашу думку, в такому випадку усиновлення не може бути здійснено, адже усиновлення дитини – це велика відповідальність і усиновлювач повинен досягти певного життєвого досвіду.

Норма СК України (ч. 2 ст. 211) передбачає, що різниця у віці між усиновлювачем та усиновленим не може становити менше п'ятнадцяти років. А у разі усиновлення повнолітньої особи різниця у віці не може бути меншою, ніж вісімнадцять років. Встановлення даного правила говорить про бажання законодавця наблизити відносини усиновлення до біологічних відносин, які складаються у родині. Разом з тим, в науковій літературі існування такої імперативної норми вважається дуже суперечливим питанням. Зокрема, Л. М. Зілковська вказує, що різниця у віці між усиновлювачем і усиновленою дитиною встановлена законодавцем з метою створення між ними відносин як між батьками та дітьми, а мала різниця у віці може привести до того, що усиновлені діти не сприйматимуть своїх усиновлювачів як батьків і, як наслідок цього, між ними не можуть бути встановлені належні відносини як між дитиною та батьками. Тому зменшення 15-річної різниці у віці між усиновлювачем та усиновленою дитиною неприпустимо не лише у випадку усиновлення її сторонніми особами, а й родичами, зокрема братами та сестрами [3, 36]. З. В. Ромовська зазначає, що п'ятнадцятирічна вікова різниця – це крайня межа, відступ від якої за жодних обставин є неможливим [4, 36]. Іншої точки зору додержуються В. І. Борисова та Л. В. Панова, які вважають імперативну норму щодо різниці у віці не виправданою, коли це стосується усиновлення дитини мачухою або вітчимою, близькими родичами, за умови

що дитина знає, що усиновлювач не є її рідним батьком (матір'ю) тощо. На їх думку штучно звужується коло осіб, які могли б бути усиновлювачами [5, 201].

На нашу думку: 1) коли усиновлення здійснюється родичами, то скорочення різниці у віці є доцільним, адже інтереси дитини у даному випадку у тому, щоб не втратити зв'язок з рідними, та й піклування про дитину її близькими має буде кращим, ніж піклування усиновлювачами – чужими особами або виховання такої дитини у дитячому закладі; 2) недоцільно звужувати коло усиновлювачей за віковим принципом, не залишаючи за судом права в індивідуальних випадках знизити цей ценз.

Усиновити дитину має право як громадянин України, так і іноземець. Разом з тим, відповідно до ст. 213 СК України громадянин нашої держави має переважне право на усиновлення, тобто за наявності кількох осіб, які виявили бажання усиновити одну і ту ж дитину, переважне право на усиновлення має громадянин України.

Наступною «позитивною» вимогою усиновлення є правило про те, що усиновлювачами може бути подружжя. Дана вимога встановлена саме для реалізації пріоритету сімейного виховання дитини, яка позбавлена батьківського піклування. Зазначимо, що можливість подальшого розірвання шлюбу, визнання його недійсним не тягне за собою ніяких правових наслідків для факту усиновлення. Також, враховуючи наближення СК України правового регулювання фактичних шлюбних відносин до офіційно зареєстрованого шлюбу, особи, які не перебувають у шлюбі між собою, але проживають однією сім'єю за рішенням суду можуть бути усиновлювачами. Треба зазначити, що практичне використання даної норми викликає багато питань у зв'язку з нерегульованістю фактичних шлюбних відносин. Зокрема, законодавчо не зазначена тривалість спільного проживання жінки і чоловіка, необхідна для визнання їх фактичним подружжям. Тому перед судом у разі застосування такої норми при усиновленні постає також задача встановити чи існують між особами фактичні шлюбні відносини. Суду треба встановити такі факти, як: тривалість існування факту спільного проживання, спільне ведення домашнього господарства, відсутність зареєстрованого шлюбу у когось з осіб, між якими встановлюються фактичні шлюбні відносини тощо.

Слід зазначити, що вимоги, сформульовані в чинному законодавстві України, до осіб, які не можуть бути усиновлювачами (так звані «негативні» вимоги усиновлення), стосуються як громадян України, так і іноземних громадян, які мають намір стати батьками українській дитині.

Так, ст. 212 СК України встановлює, що не можуть бути усиновлювачами особи, які: 1) обмежені у дієздатності; 2) визнані недієздатними; 3) позбавлені батьківських прав, якщо ці права не були поновлені;

4) були усиновлювачами (опікунами, піклувальниками, прийомними батьками, батьками-вихователями) іншої дитини, але усиновлення було скасовано або визнано недійсним (було припинено опіку, піклування чи діяльність прийомної сім'ї або дитячого будинку сімейного типу) з їхньої вини; 5) перебувають на обліку або на лікуванні у психоневрологічному чи наркологічному диспансері; 6) зловживають спиртними напоями або наркотичними засобами; 7) не мають постійного місця проживання та постійного заробітку (доходу); 8) страждають на хвороби, перелік яких затверджений центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я; 9) є іноземцями, які не перебувають у шлюбі, крім випадків, коли іноземець є родичем дитини; 10) були засуджені за злочини проти життя і здоров'я, волі, честі та гідності, статевої свободи та статевої недоторканості особи, проти громадської безпеки, громадського порядку та моральності, у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, а також за злочини, передбачені статтями 148, 150, 150-1, 164, 166, 167, 169, 181, 187, 324, 442 Кримінального кодексу України (далі – КК України), або мають непогашену чи не зняту в установленому законом порядку судимість за вчинення інших злочинів; 11) за станом здоров'я потребують постійного стороннього догляду; 12) є особами без громадянства; 13) перебувають у шлюбі з особою, яка відповідно до пунктів 3-6, 8 і 10 зазначеної статті не може бути усиновлювачем. Також неможуть бути усиновлювачами інші особи, інтереси яких суперечать інтересам дитини [2].

Як бачимо, перелік обставин, у зв'язку з якими особа не може бути усиновлювачем не є вичерпаним.

В літературі слушно вказується на таку важливу прогалину законодавства, як те, що не виділено окремо положення про неможливість бути усиновлювачем особам, що подали завідомо неправдиві документи щодо усиновлення та особи, які бажають оформити усиновлення з метою отримання матеріальної чи іншої вигоди [6, 553]. Це положення частково відповідає ст. 216 СК України, яка закріплює заборону посередницької, комерційної діяльності щодо усиновлення дітей.

Зупинимося більш детально на характеристиці перелічених «негативних» вимог.

Зокрема, відповідно до ст. 36 ЦК України суд може обмежити цивільну дієздатність фізичної особи, якщо вона страждає на психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, а також якщо вона зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо і тим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище [7]. Оскільки над фізичними

особами, цивільна дієздатність яких обмежена в судовому порядку, встановлюється піклування, логічним є неможливість таких осіб бути усиновлювачами.

У той же час слід звертати увагу на усиновлення особами, стосовно яких прийнято рішення про скасування обмеження в дієздатності або рішення про визнання особи дієздатною. Дана обставина пояснюється тим, що подібні рішення суду не забороняють таким особам бути усиновлювачами, але і не дають гарантій того, що ці особи не схильні до рецидиву захворювання чи поверненню до відповідних звичок.

Відповідно до ст. 39 ЦК України фізична особа може бути визнана судом недієздатною, якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними [7]. Над недієздатною фізичною особою встановлюється опіка, і саме опікун виступає в інтересах такої особи та несе відповідальність за шкоду, завдану нею. Таким чином, недієздатна фізична особа не може бути усиновлювачем.

Якщо особа позбавлена батьківських прав і ці права не були поновлені, то логічним є заборона усиновлення такої особи. Адже не може визивати довіру особа, яка вже не виконала зобов'язання щодо усиновлення в минулому.

Важливою умовою усиновлення є наявність у усиновлювача постійного місця проживання та постійного заробітку (доходу), так як не може повноцінно здійснювати свої обов'язки щодо усиновлення особа, яка не отримує достатнього доходу для виховання дитини та постійного місця проживання. Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей» № 905 від 8 жовтня 2008 року громадяни України, які бажають усиновити дитину, звертаються з письмовою заявою до служби у справах дітей і до заяви додають відповідні документи, серед яких довідка про заробітну плату за останні шість місяців або копія декларації про доходи за попередній календарний рік, засвідчена органами державної податкової служби; копія документа, що підтверджує право власності або користування житловим приміщенням. Служба у справах дітей протягом 10 робочих днів після отримання документів здійснює відповідні дії, в тому числі готує акт обстеження житлово-побутових умов заявника, розглядає питання про можливість заявника бути усиновлювачем та готує відповідний висновок [8]. На суд покладений прямий обов'язок перевірити при встановленні рішення матеріальний стан усиновлювача, умови його проживання тощо.

Згідно з вказаною Постановою до заяви кандидата в усиновлювачі додається висновок про стан здоров'я заявника. Зокрема, не можуть бути усиновлювачами особи, які визнані у встановленому порядку інвалідами I і II групи, які мають органічні ураження нервової

системи, хворі СНІДом, відкритою формою туберкульозу тощо.

Зазначимо, що судимість означає офіційне посвідчення факту засудження особи за певний злочин і пов'язана з деякими елементами обмеження прав цієї особи. Відповідно до ст. 88 КК України особа визнається такою, що має судимість, з дня набрання законної сили обвинувального вироку і до погашення або зняття судимості [9]. Погашення або зняття судимості анулює всі правові наслідки, пов'язані з судимістю. Таким чином, при погашенні судимості формально знімається заборона для таких осіб бути усиновлювачами. У даному випадку необхідно визнати, що громадяни зі знятою судимістю можуть виконувати обов'язки батьків не гірше інших, але, разом з тим, скоєння одного разу злочину проти життя і здоров'я громадян накладає відбиток на психіку і подальше сприйняття світу особою, яка вчинила злочин, і одночасно, не можна забувати про скоєння в деяких випадках рецидиву злочинів. Отже, у випадках усиновлення дітей громадянами із погашеною судимістю необхідно виходити із критерію безпеки дитини.

Ще однією перешкодою для усиновлення є, як зазначалося вище, відсутність у особи громадянства. Для порівняння зазначимо, що законодавство Російської Федерації (далі – РФ) дозволяє особам без громадянства усиновлювати дітей з російським громадянством. В зв'язку з чим, робимо висновок, що законодавство України пішло по шляху більш жорсткого вибору кандидатів на усиновлення дітей-громадян України. Важливою є і норма щодо заборони бути усиновлювачем особі, яка перебуває у шлюбі з особою, яка знаходиться на обліку або на лікуванні у психоневрологічному чи наркологічному диспансері; зловживає спиртними напоями або наркотичними засобами тощо. Як приклад, можна зазначити, що СК РФ виокремлює вимогу, що усиновлювачами також не може бути подружжя, якщо один з них визнаний судом недієздатним або обмежено дієздатним. Вітчизняне законодавство не містить такої вимоги, але вважаємо, що, така норма була б корисною в нашій країні, адже усиновлення дитини в даному випадку не можна допускати з причини неминучого співжиття, контактування всиновленої дитини з недієздатною чи обмежено дієздатною особою, що може негативно вплинути на виховання та формування світогляду дитини.

Ще одним важливим моментом є те, що відповідно до ч. 3 ст. 211 СК України усиновлювачами не можуть бути особи однієї статі. Для порівняння зазначимо, що в РФ законодавчо не закріплена заборона особам нетрадиційної орієнтації усиновлювати дітей.

За останні роки в різних країнах значна увага приділялася дослідженню питання щодо виховання дітей гетеро сексуальними і гомосексуальними сім'ями, в результаті чого не було виявлено негативного впливу на психіку і виховання дітей одностате-

вого сімейного середовища. Разом з тим, достатньо часто в науковій літературі висловлюється думка про небажаність усиновлення дітей одностатевими сім'ями. Такої позиції притримується і вітчизняне законодавство.

Проаналізувавши особливості вимог вітчизняного законодавця до кандидатури усиновлювача, можна зробити **висновок**, що особа, яка бажає усиновити дитину, повинна відповідати встановленим законодавством вимогам, а також мати відповідні особисті якості, які дозволять не лише забезпечити усиновлену дитину такими необхідними речами, як їжа, одяг тощо, а й дадуть можливість привити їй такі важливі якості як доброту, турботу, відповідальність, гідність тощо.

Зазначимо, що не існує законодавчо закріпленого переліку особистих якостей, яким повинен відповідати кандидат в усиновлювачі. Однак, у всіх випадках необхідно виходити з інтересів дитини, а також з того, що усиновлювачі повинні мати можливість належним чином виконувати батьківські обов'язки, тому потенційний усиновлювач (усиновлювачі) за своїми особистісними характеристиками і умовами життя повинен володіти відповідними можливостями щодо забезпечення виховання та всебічного розвитку дитини. Виходячи з даних параметрів, вимоги до усиновлювача можна сформулювати, виключивши умови, за наявності яких особа (особи) усиновлювачем бути не може.

Література:

1. Стоянова Т. А. Правове регулювання законодавчих вимог до особи, що може бути усиновителем / Т. А. Стоянова // Актуальні проблеми держави і права. — 2009. — Вип. 46. — С. 394-400.
2. Сімейний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>
3. Зілковська Л. М. Правове регулювання усиновлення в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Л. М. Зілковська. — Одеса, 2002. — 177 с.

4. Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар / З. В. Ромовська. — К.: Ін Юре, 2003. — 567 с.
5. Борисова В.І. Сімейне право України / В.І. Борисова, Л. В. Панова. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 289 с.
6. Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України / За заг ред. С. Я. Фурси. — К.: Фурса С. Я.: КНТ, 2008. — 1247 с.
7. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/435-15/>
8. Про затвердження Порядку провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей: Постанова Кабінету Міністрів України № 905 від 8 жовтня 2008 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/905-2008>
9. Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/>

Журило С. С. Требования к усыновителям детей – граждан Украины

Аннотация. Статья посвящена исследованию требований к кандидатуре усыновителя, предъявляемым действующим законодательством и условий, при которых лицу должно быть отказано в возможности усыновить ребенка. Также уделено внимание рассмотрению личностных характеристик будущего усыновителя и их влияние на формирование дальнейшего мировоззрения усыновленного ребенка.

Ключевые слова: усыновитель, усыновленный, семья, ребенок.

Zhurylo S. Requirements to the adoptive parents of children-citizens of Ukraine

Summary. The subject of the article is legal analysis of the requirements for candidates (possible adopters) of children who are Ukrainian nationals. A person who is willing to adopt a child has to meet the requirements stipulated by the legislation and has to possess personal qualities needed for the proper upbringing of a child, which will not only providing the child with such essentials as food, clothes, etc. but the qualities which will instill into the child human values such as kindness, care, sense of responsibility, dignity and so on.

Keywords: family, adopter, adoptee, child.

*Карабань Я. А.,
здобувач кафедри цивільного права
НУ «Одеська юридична академія»,
суддя господарського суду Донецької області*

СТРОК (ТЕРМІН) ВИКОНАННЯ ГРОШОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Анотація. У статті аналізуються положення чинного законодавства України, що визначають строки (терміни) виконання цивільних грошових зобов'язань та порядок визначення моменту їх виконання. Обґрунтовується необхідність зміни законодавчого положення, що визначає момент виконання обов'язку повернення позики, та встановлення загальних правил про визначення моменту виконання грошового зобов'язання, які поширювались би на всі види цивільних грошових зобов'язань.

Ключові слова: грошові зобов'язання, строк виконання, момент виконання, позика, банківський рахунок.

Постановка проблеми. Більшістю цивільно-правових договорів передбачено передачу товарів, виконання робіт, надання послуг. Ці дії здійснюються за певну грошову винагороду або певну плату. Своєчасна оплата за угодою між сторонами дозволяє особі, на користь якої здійснюється платіж, в подальшому продовжувати свою нормальну господарську діяльність – продаж товарів, виконання робіт, надання послуг. З іншого боку, прострочення платежів створює перешкоди для виробничої чи іншої діяльності їх отримувачів. Це вимагає належного правового визначення строків платежів і термінів їх фактичного здійснення. Проте, це визначення не завжди є вдалим, що викликає потребу в додатковому науковому аналізі строків (термінів) виконання грошових зобов'язань. В науці цивільного права ця проблема досліджена недостатньо. Цим обумовлюється актуальність проблеми, якій присвячена ця стаття.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. До проблеми строків (термінів) виконання грошових зобов'язань звертались як радянські дослідники, так і сучасні науковці з України та Росії – Л. А. Лунц, О. П. Подцерковний, І. М. Опачий, В. А. Белов, Д. Г. Лавров, Новосолова Л. А., інші. Метою цієї статті є викладення результатів досліджень положень чинного цивільного законодавства України, які стосуються строків (термінів) виконання грошових зобов'язань, формулювань з урахуванням результатів досліджень інших науковців, теоретичних положень і розробка рекомендацій задля удосконалення чинного українського законодавства і практики його застосування.

Викладення основного матеріалу. Правовідносини щодо виконання грошових зобов'язань визначено за-

гальними правилами про строки виконання зобов'язань (ст. 530, 538 ЦК), положеннями Цивільного кодексу, іншими законами та нормативно-правовими актами, які стосуються окремих видів зобов'язань, а також цивільно-правовими договорами.

Обов'язкова попередня оплата за товари, роботи, послуги Цивільним кодексом України прямо не встановлена. Про попередню оплату товарів згадується тільки у ст. 693 і ч. 1 ст. 854 ЦК, які допускають її встановлення договором. Крім того, ч. 4 ст. 916 ЦК надає перевізникові право притримати переданий йому для перевезення вантаж для забезпечення внесення провізної плати та інших платежів, якщо інше не встановлено законодавством і не впливає із суті зобов'язання. Проте, це не спосіб встановити обов'язок попередньої оплати послуги щодо перевезення, бо право притримати, з урахуванням ч. 1 ст. 594 ЦК, означає право особи не передавати вже доставлену річ вантажоотримувачу. У Господарському кодексі встановлено положення про попередню, як правило, оплату енергії. Дія цього положення не виходить за межі господарських відносин та не поширюється на постачання енергії фізичними особами, котрі не виступають у таких відносинах як підприємці.

Звичайним для Цивільного кодексу є правило, згідно якого плата за товари, роботи, послуги вноситься після виконання умов договору щодо передачі товарів, результатів робіт або надання послуг. Так, загальне правило ч. 1 ст. 692 ЦК зобов'язує покупця «оплатити товар після його прийняття». Ч. 1 ст. 854 ЦК покладає на замовника обов'язок «сплатити підрядникові обумовлену ціну після остаточної здачі роботи». Відповідно до ч. 4 ст. 879 ЦК «оплата робіт проводиться після прийняття замовником збудованого об'єкта (виконаних робіт)». Дослівне тлумачення наведених законодавчих норм дає безглуздий результат, оскільки через десять років після відповідної події – це теж «після» неї. Тому ці положення слід тлумачити розумно, з урахуванням принципу верховенства права. Закон не встановлює обов'язку здійснити платіж негайно, однак ст. 530 ЦК встановлено семиденний строк на випадок, коли терміни виконання зобов'язання конкретно не визначені, а тому могли б бути занадто тривалими за відсутності погодженого строку, а ст. 692, 854, 879 та інші Цивільного кодексу строк здійснення платежу визначають. Отже, розумне тлумачення законодавчих положень дає підстави ствер-

джувати, що із них випливає обов'язок здійснити платіж в строк, що є середнім між негайним виконанням і виконанням впродовж семиденного строку. Зазвичай строки виконання грошових зобов'язань нормативно не встановлюються, тобто прерогатива визначення таких строків в основному залишається за сторонами договірних відносин. Проте, не всі сторони в договорі зазначають такі строки. Тоді застосуванню підлягає загальне правило ч. 2 ст. 530 ЦК, відповідно до якого боржник повинен виконати обов'язок (це поширюється і на грошові зобов'язання) у семиденний строк від дня пред'явлення вимоги. Це не єдине правило, що встановлює загальні (такі, що стосуються усіх цивільно-правових зобов'язань) правила про строки (терміни) виконання зобов'язань. Ще одну низку загальних положень про строки виконання зобов'язань законодавець розмістив у ст. 538 ЦК, досить нелогічно відірвавши ці правила від правил ст. 530 ЦК. Доцільно норми ст. 538 ЦК було б розмістити зразу після ст. 530 ЦК. В іншому випадку, навіть досвідчені фахівці не завжди помічають логічний зв'язок між правилами ст. 530 і 538 ЦК. Навіть у ґрунтовних дослідженнях О. П. Подцерковного, спеціально присвячених проблемам грошових зобов'язань, аналізуються положення ст. 530 ЦК, але про ст. 538 ЦК не згадано ні при аналізі визначених, ні при аналізі невизначених строків виконання грошових зобов'язань [1, 115-126; 2, 247-248]. Правові норми, що встановлені ст. 530 ЦК стосуються всіх зобов'язань, а тому є загальними у відношенні до правових норм, що встановлені ст. 538 ЦК, стосуються тільки взаємних зобов'язань, що ґрунтуються на одному й тому ж договорі, а тому є спеціальними.

Правда, у ст. 538 ЦК йдеться не про зустрічне виконання взаємних зобов'язань, а про зустрічне виконання одного й того ж зобов'язання, до змісту якого входять обов'язки всіх сторін договірних відношень. Виконання обов'язку однією стороною при цьому обумовлюється виконанням іншою стороною свого обов'язку. Формулювання ст. 538 ЦК виходить із широкого розуміння поняття зобов'язання як єдиного зобов'язального правовідношення, до змісту якого входять усі права та обов'язки, що виникли на підставі двостороннього договору. При зустрічному виконанні зобов'язання відповідно до ч. 2 ст. 538 ЦК сторони повинні виконувати свої зобов'язання одночасно. Оскільки обов'язок (зобов'язання) однієї із сторін двостороннього договору зазвичай є грошовим, останній, за загальним правилом ч. 2 ст. 538 ЦК, повинен виконуватись одночасно з виконанням зустрічного обов'язку (зобов'язання) іншою стороною.

Отже, сторона, якій відповідно до договору передані товари, результати робіт або надані послуги, повинна виконати зустрічне грошове зобов'язання одночасно, тобто негайно після отримання товарів, прийняття результатів робіт, отримання послуг з ура-

хуванням технічної можливості здійснення платежу (при безготівкових розрахунках для цього потрібен певний час з урахуванням необхідності оформлення розрахункових документів та режиму роботи банку, що обслуговує платника). Оскільки ст. 538 ЦК встановлює спеціальні правила стосовно правил, встановлених ст. 530 ЦК, сфера застосування ст. 530 ЦК істотно звужується. Зокрема, ст. 530 ЦК застосовується у випадках, коли договір купівлі-продажу встановлює обов'язок покупця здійснити попередню оплату але при цьому строк оплати не визначається. Таке прямо передбачено, зокрема ч. 1 ст. 693 ЦК.

Інша проблема, що стосується строку (терміну) виконання грошового зобов'язання, пов'язана з визначенням моменту його фактичного виконання. Якщо грошове зобов'язання виконується шляхом здійснення платежу готівкою, моментом виконання є момент передання (вручення) грошової суми платникам одержувачу платежу. При використанні реєстраторів розрахункових операцій цей момент фіксується у розрахунковому чеку.

При безготівкових розрахунках законодавець уникає того, щоб визначити у Цивільному кодексі момент виконання грошового зобов'язання. Сучасні технології дали можливість істотно скоротити тривалість безготівкового розрахункового процесу. Відповідно це послаблює актуальність проблеми визначення моменту виконання грошового зобов'язання. Але ця проблема залишається актуальною завжди, бо боржник за грошовим зобов'язанням може здійснити платіж, банк може на суму платежу зменшити суму коштів на поточному рахунку платника в банку, а далі ці кошти не перерахувати із-за своєї фінансової неспроможності. Те ж саме може трапитись і з Банком, що обслуговує отримувача коштів: він може кошти отримати, але не зарахувати їх на поточний рахунок отримувача коштів.

Дивно, що це питання не вирішене і Законом «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні». Ч. 30.1 ст. 30 цього Закону визначає лише момент завершення переказу. Таким є момент зарахування суми переказу на рахунок отримувача. Це свідчить про те, що проект названого Закону готували в Національному банку з орієнтацією на виконання ним своїх функцій. Тому в цьому Законі і йдеться про те, коли переказ грошей є завершеним. Розробників законопроекту зовсім не цікавив розподіл цивільно-правових обов'язків між учасниками переказу грошей, тому момент виконання платником грошового зобов'язання при безготівкових розрахунках цей Закон не визначає.

І все ж у Цивільному кодексі ми знаходимо одне положення, в якому чітко визначається момент виконання грошового зобов'язання. Відповідно до ч. 3 ст. 1049 ЦК «позика вважається повернутою в момент передання позикодавці речей, визначених родовими ознаками, або зарахування грошової суми, що пози-

чалася, на його банківський рахунок». Перша частина цитованого законодавчого положення стосується, зокрема передання в порядку повернення позики готівкових коштів (мається на увазі, що гроші, що передаються готівкою, є речами, визначеними родовими ознаками). Друга частина цитованого законодавчого положення стосується безготівкових розрахунків. Отже, до зарахування грошової суми, перерахованої через банки позичальникові в порядку повернення позики, на поточний рахунок позичальника в банку, що його обслуговує, позика відповідно до ч. 3 ст. 1049 ЦК не може вважатись повернутою.

Можна було б стверджувати, що це законодавче положення, чинність якого не виходить за межі позики, слід застосовувати за аналогією з метою визначення моменту виконання будь-яким платником будь-якого зобов'язання. І така думка в науці висловлювалась у науці. В. А. Белов стосовно ч. 3 ст. 818 ГК РФ, яка в частині того, про що тут йдеться, за змістом є тотожною ч. 3 ст. 1049 ЦК України, пише, що вона за аналогією має бути поширена на всі грошові зобов'язання: такі мають вважатись виконаннями з моменту зарахування грошової суми на банківський рахунок кредитора [3, 25]. Але ця думка видається неприйнятною з огляду на принцип верховенства права. Більше того, цей принцип за відповідних умов може виключити застосування ч. 3 ст. 1049 ЦК навіть і до зобов'язань позики.

Звичайно, загальні міркування, що ґрунтуються на положеннях цивільного законодавства про договори зобов'язання і відповідальність, не можуть конкурувати із спеціальним правилом ч. 3 ст. 1049 ЦК. Але ж ці міркування хотілось би навести. Суть справи полягає в тому, що особи-одержувачі платежів самі вибирають собі банки, які їх обслуговують, а ризик невдалого вибору банку ч. 3 ст. 1049 ЦК покладає на платників. Це – вочевидь несправедливо. Правда, абзац третій ч. 32.2 ст. 32 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» надає платникові право на відшкодування банком, що обслуговує отримувача, шкоди, заподіяної внаслідок порушення цим банком строків завершення переказу. Це правило, абстрактно розмірковуючи, позбавлене будь-якої логіки. Отримувач грошових коштів вибрав для себе особу (банк), якій доручив отримувати кошти, що поступають від платників, і зарахувати на його поточний рахунок, відкритий, зокрема для таких цілей. Неналежне виконання цієї особою (банком) зазначених обов'язків тягне застосування отримувачем коштів до банку санкцій у вигляді сплати пені в розмірі 0,1 відсотка суми простроченого переказу за кожен день прострочення. Ця пеня не може перевищувати 10 відсотків суми переказу. Проте договором може бути погоджений і більший розмір пені за кожен день прострочення і більший граничний розмір пені. Відповідно до загальних правил цивільного законодавства сплата неустойки

не звільняє боржника, що припустився порушення зобов'язання, від обов'язку відшкодувати збитки. Різниця між ст. 624 ЦК і ст. 232 ГК полягає тільки у тому, що вони встановлюють різне співвідношення між неустойкою та збитками. Отже, права отримувачі є належне захищеними: він може стягнути пеню з банку. Він може стягнути пеню у випадку, коли банк прострочив завершення переказу грошей, що перераховані в порядку повернення позики, пеню, суму індексації заборгованості і процента річні з платника. На додаток до цього він не позбавляється права стягнути збитки як з платника (позичальника), так і з банку, що його обслуговує. Та обставина, що відсутня вина платника, не звільняє його від відповідальності, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 625 ЦК боржник не звільняється від відповідальності за неможливість виконання ним грошового зобов'язання.

Набагато менше захищеним є платник (позичальник). За ним законодавець визнає право на стягнення шкоди з банку, що обслуговує отримувача (позичодавця). Не говорячи про проблематичність стягнення шкоди (її доказування) взагалі, зауважимо також, що йдеться про стягнення шкоди з банку, який затримав зарахування отриманих коштів на поточний рахунок клієнта, тобто з банку, який є потенціальним банкрутом.

За викладених умов треба зробити висновок про те, що ч. 3 ст. 1049 ЦК не завжди можна застосовувати і до зобов'язань позики. Якщо йдеться про відносно невелику суму коштів, то з несправедливістю правової норми, встановленої ч. 3 ст. 1049 ЦК, слід змиритись: коли при тлумаченні правових норм і при здійсненні правосуддя занадто піклуються про справедливість, то забувають, що правові стандарти не можуть враховувати всієї специфіки конкретних відносин, а тому часто бувають несправедливими. Але замість повної справедливості вони дають членам суспільства інше благо – вони вносять правову визначеність у суспільні відносини. Тому з несправедливістю права слід боротись тільки тоді, коли правові норми є несправедливими не тільки вочевидь, а й грубо. Цей останній критерій буде підлягати застосуванню у випадках, коли банк не зарахував отриману ним суму на рахунок клієнта, якщо ця сума перерахована платником у порядку повернення позики і якщо ця сума є значною для платника.

Якщо ч. 3 ст. 1049 ЦК не завжди може бути застосована до зобов'язань позики, то тим більше вона не може бути застосована за аналогією до інших грошових зобов'язань. Отже, ч. 3 ст. 1049 ЦК є тим законодавчим положенням, яке не може бути застосоване для визначення моменту виконання боржником грошового зобов'язання.

У пошуках вирішення питання, про яке йдеться, звернемось до положення ч. 9 ст. 20 Закону «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхуван-

ня». Відповідно до цього положення днем сплати страхових внесків вважається (у разі перерахування сум строкових внесків у безготівковій формі з банківського рахунку страхувальника на банківський рахунок органу Пенсійного фонду) день списання установою банку суми платежу з банківського рахунку страхувальника незалежно від її зарахування на банківський рахунок органу Пенсійного фонду. Ст. 8 Цивільного кодексу не передбачає застосування до цивільних відносин у порядку аналогії права нормативно-правових актів, що не є актами цивільного законодавства. Проте, невизначеність стосовно моменту виконання грошового зобов'язання входить у суперечність з принципом верховенства права, який і може бути підставою для застосування до відносин щодо виконання цивільних грошових зобов'язань ч. 3 ст. 20 Закону «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» в порядку аналогії закону. Все ж і цей варіант визначення моменту виконання цивільно-правового грошового зобов'язання видається неприйнятним. Справа в тому, що суті аналогії закону відповідає застосування за аналогією тільки тих правових норм, що не мають своєї специфічної мети. Правова норма, що встановлена ч. 9 ст. 20 Закону «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» має таку мету: держава встановила для платників внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування пільгу – взяла на себе ризик невиконання банками, що обслуговують платників зазначених внесків, обов'язку перераховувати на рахунок Пенсійного фонду кошти, що були списані з рахунку платника. Таку мету законодавець не може ставити при здійсненні правового регулювання цивільних відносин. Тому, ч. 9 ст. 20 Закону «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» не може застосовуватись при визначенні моменту виконання цивільно-грошового зобов'язання.

З урахуванням викладеного момент виконання цивільно-господарського зобов'язання слід визначити відповідно до загальних норм зобов'язального права. Платники, що виконують свої цивільні грошові зобов'язання шляхом безготівкових розрахунків, укладають з банками договори банківського рахунка, відповідно до яких банки беруть на себе, зокрема, обов'язок виконувати розпорядження клієнта про перерахування відповідних сум з рахунку. Невиконання банком цього обов'язку тягне відповідальність, встановлену ч. 32.2 ст. 32 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні». Немає будь-яких перешкод для застосування до банку, що припустився порушення свого зобов'язання перед клієнтом, відповідальності, передбаченої ст. 22, 623 ЦК, ст. 224, 225 ГК.

Проте виконання банком, що обслуговує платника, розпорядження останнього щодо перерахування коштів ще не означає, що платник виконав своє грошове зобов'язання перед кредитором, бо банк, в якому

банк, що обслуговує платника, відкрив свій кореспондентський рахунок, через який здійснюється розрахунок, також може припуститися порушення: гроші з кореспондентського рахунку банку боржника списати, а на кореспондентський рахунок банку – отримувача платежу не зарахувати. Питання про відповідальність банку, через кореспондентські рахунки інших банків у якому здійснюється розрахунок, перед банком платника і банком отримувача платежу в законодавстві України не вирішена, хоч і потребує свого вирішення. За відсутності нормативного вирішення цього питання воно має бути вирішене розумно, тобто відповідно до принципу верховенства права. Раз і банк платника і банк отримувача відкрили в третьому банку свої кореспондентські рахунки і уклали з останнім відповідні договори, обидва названі банки рівною мірою повинні відповідати за неспроможність третього банку, що списав кошти з кореспондентського рахунку банку платника і не зарахував їх на кореспондентський рахунок банку отримувача платежу. В. А. Белов з цього приводу висловив думку про те, що з точки зору «чистої теорії» грошове зобов'язання мало б вважатись припиненим в момент зарахування коштів на кореспондентський рахунок банку, що обслуговує одержувача платежу [3, 25]. Ця думка є правильною стосовно випадків, коли виключається неплатоспроможність третього банку, через кореспондентські рахунки банку платника і банку одержувача, в якому здійснюються розрахунки. Таке має місце, коли в Україні розрахунки здійснюються через кореспондентські рахунки банків у Національному банку України. Але ж ч. 27.1 ст. 27 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» передбачає можливість здійснення міжбанківських розрахунків через кореспондентські рахунки банків не тільки у Національному банку України, а й в інших банках, неплатоспроможність яких не виключається. Стосовно таких випадків визначення моменту виконання грошового зобов'язання, запропоноване В. А. Беловим, є неприйнятним.

Викладене дає підстави для **висновку** про те, що положення цивільного законодавства України, що стосуються визначення строку (терміну) виконання цивільних грошових зобов'язань потребують удосконалення. Потребує деякого коригування судова практика застосування таких законодавчих положень.

Подальших наукових досліджень потребують правила, що стосуються строків (термінів) виконання окремих видів цивільних грошових зобов'язань та визначення моменту їх виконання.

Література:

1. Подцерковный О. П. Денежные обязательства и расчетные правоотношения в Украине / О. П. Подцерковный. — Одесса: Негоциант, 2005. — 308 с.
2. Подцерковный О. П. Грошові зобов'язання господарського характеру: проблеми теорії і практики / О. П. Подцерковний. — К.: Юстініан, 2006. — 424 с.

3. Белов В. А. Денежные обязательства / В. А. Белов. — М.: Новая правовая культура, 2007. — 196 с.

Карабань Я. А. Срок (дата) исполнения денежного обязательства

Аннотация. В статье анализируются положения действующего законодательства Украины, которые определяют сроки (сроки) выполнения гражданских денежных обязательств и порядок определения момента их исполнения. Обосновывается необходимость изменения законодательного положения, определяет момент исполнения обязанности возврата займа, и установление общих правил об определении момента исполнения денежного обязательства, которые распространялись бы на все виды гражданских денежных обязательств.

Ключевые слова: денежные обязательства, срок исполнения, момент выполнения, заем, банковский счет.

Karaban Y. Period (date) performance of a monetary obligation

Summary. The paper presents the results of research on deadlines liabilities according to Civil legislation of Ukraine. By mainly focusing on two important topics: 1) prescribed by law to deadlines that apply to liabilities, 2) definition of the implementation of the liability. The aim of the paper is the development of theoretical positions that can be a basis of proposals for improving the application of the relevant statutory provisions, and for making the necessary changes to the legislation.

Keywords: bond, obligation, mutual commitment, deadline, time of execution, the payer and the payee.

*Коліна А. О.,
асистент кафедри
господарського права і процесу НУ «Одеська юридична академія»*

ЩОДО ПРОБЛЕМИ КЛАСИФІКАЦІЇ ЗАХОДІВ ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Анотація. Стаття присвячена висвітленню проблеми класифікації заходів господарсько-процесуальної відповідальності. Автором проаналізовані погляди фахівців-процесуалістів щодо даного питання. Зроблені висновки щодо основних заходів господарсько-процесуальної відповідальності з точки зору вдосконалення державного реагування на порушення процесуальних обов'язків в сфері господарського судочинства.

Ключові слова: господарський процес, юридична відповідальність, господарсько-процесуальна відповідальність, штрафні санкції, застосування несприятливих процесуальних наслідків.

Постановка проблеми. Розвиток інститутів господарського процесуального права відбувається сьогодні в умовах очікування прийняття нового Господарського процесуального кодексу, що накладає відбиток на сприйняття результатів проведення процесуальних реформ та обумовлює пошук дієвих форм реалізації господарсько-процесуальних приписів.

Саме із погляду вдосконалення заходів негативного державного реагування на порушення процесуальних обов'язків у сфері господарського судочинства мають бути проаналізовані й прийняті в науці підходи до класифікації та змісту заходів господарсько-процесуальної відповідальності, метою якої є утвердження вимог законності та правопорядку у відповідній сфері.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. На жаль, питання господарсько-процесуальної відповідальності, а тим паче відповідних заходів примусу у вітчизняній процесуальній літературі розглядалися в обмеженому вигляді. Окремий розділ щодо відповідних заходів присвячено у підручнику «Господарське процесуальне право» за редакцією О. П. Подцерковного та М. Ю. Картузова [1, 178-186]. Увага до цих питань простежується і з боку окремих російських фахівців у галузі арбітражного процесу, зокрема у працях С. В. Лучини [2, 86] та деяких інших, хоча й вони й орієнтуються насамперед на роботи цивілістів-процесуалістів (наприклад, І. М. Зайцева).

Така обмежена увага до заходів господарсько-процесуальної відповідальності не відповідає її значенню для попередження порушень приписів господарського процесуального законодавства, а тому варто всебічно проаналізувати основні елементи такої відповідальності, передусім, надати характеристику її заходам.

Метою цієї статті є встановлення основних видів заходів господарсько-процесуальної відповідальності, що дозволяють визначити її характерні риси та природу.

Викладення основного матеріалу. Питання про перелік заходів відповідальності в господарському процесі багато у чому наближене до питання про подібні заходи в цивільному і адміністративному судочинстві, є предметом дослідження багатьох учених, що вивчають проблеми примусу в процесуальній сфері.

Звичайно, кваліфікацію заходів господарсько-процесуальної відповідальності не можна здійснити, якщо не визначити загалом поняття господарсько-процесуальної відповідальності. Разом із тим, тут спостерігається і зворотна залежність – лише за умови виявлення специфічних заходів господарсько-процесуальної відповідальності, що не відомі іншим процесам, або мають суттєві особливі риси та застосовуються на підставі спеціальних норм господарського процесуального законодавства – лише у цьому разі можна буде говорити про реальну відокремленість господарсько-процесуальної відповідальності у системі юридичної відповідальності.

Враховуючи основні конститутивні ознаки юридичної відповідальності у її ретроспективному вимірі як міри державного примусу, що виражається в осуді правопорушення та встановленні для правопорушника певних негативних (несприятливих) наслідків у вигляді обмежень (позбавлень) особистого або майнового порядку, можна у загальних рисах сформулювати підхід до розуміння господарсько-процесуальної відповідальності. Цей вид відповідальності має бути пов'язано із застосуванням органами судової влади до учасників господарського процесу за порушення вимог господарського процесуального законодавства передбачених законом заходів державного примусу, виражених у формі несприятливих наслідків як організаційного та майнового характеру. Виходячи із цього загального підходу можна розвинути підхід до поняття господарсько-процесуальної відповідальності, виходячи із характеру відповідних заходів примусу.

Г. М. Пенчева виокремлює форми господарсько-процесуальної відповідальності, зазначаючи, що їх можна класифікувати за ознаками характеру застосовуваних заходів та нормативного закріплення, а саме: штрафні санкції; компенсаційні санкції; застосування несприятливих процесуальних наслідків [1, 180].

Задля того, аби з'ясувати питання про правильність такої точки зору варто проаналізувати думки фахівців не лише з господарсько-процесуальної, але й з цивільно-процесуальної галузі, де положення щодо процесуальної відповідальності найбільш розвинені, та яка є найбільш наближеною до галузі господарського процесу.

Е. Е. Доброхотова додержується позиції, що єдиною мірою специфічної цивільної процесуальної відповідальності є судовий штраф, який є мірою юридичної відповідальності у вигляді грошового стягнення, що накладається судом (а на стадії виконавчого провадження – і органом виконання) у випадках, порядку і розмірі, передбачених законом [3, 115-118]. Такий підхід є занадто вузьким та не відповідає на запитання про те, чому інші несприятливі процесуальні наслідки порушення процесуальних норм, що мають форму державного примусу та інші ознаки юридичної відповідальності, не можна вважати заходами цивільної процесуальної відповідальності (якщо йти за аналогією – наприклад, заходами господарсько-процесуальної відповідальності). Тим паче, якщо формалізувати підхід до юридичної відповідальності, то й судовий штраф можна, наприклад віднести до заходів адміністративної відповідальності.

Але такий усечений підхід є неприйнятним ані в теоретичному, ані в практичному сенсі.

Навіть якщо помилитися із віднесенням того чи іншого заходу до специфічного виду процесуальної відповідальності, негативні наслідки такої кваліфікаційної дії будуть набагато меншими, аніж сприйняття тих чи інших порушень процесуального законодавства як поведінки, яка не тягне несприятливих наслідків для правопорушника у формі відповідальності.

В свою чергу визначення негативності того чи іншого процесуального наслідку потребує з'ясування питання про те, чи має він саме негативний аспект, а не простою формою реалізації процесуальних норм? При цьому вже сама постановка запитання про таку негативну дію дає можливість реально оцінити ефективність процесуального законодавства. Адже такий аналіз потребуватиме дослідження обмежень на порушення порядку судочинства, перешкод на шляху оперативності, доступності та справедливості судового розгляду, зокрема у сфері господарювання, що можуть бути кваліфіковані у осіб, які порушують процесуальні зобов'язання.

Не випадково, вузький підхід до переліку заходів процесуальної відповідальності у цивільному та господарському процесах не знаходить підтримки у фахівців.

Наприклад, В. В. Бутнев, крім судових штрафів, до заходів процесуальної відповідальності пропонує відносити позбавлення процесуальних прав [4, 58].

О. Г. Столяров вбачає цивільну процесуальну відповідальність в накладенні штрафу або обов'язку по

відшкодуванню судових витрат, а також в застосуванні наслідків у вигляді зміни процесуального положення суб'єктів відповідальності або в зобов'язанні здійснити певні дії (наприклад, направлення справи для перегляду судом нижчої інстанції при порушенні ним норм процесуального права), що мають процесуальний характер [5, 177].

На думку І. М. Зайцева, заходи процесуальної відповідальності охоплюються штрафами, компенсаційними заходами, несприятливими процесуально-правовими наслідками незаконної діяльності, застосуванням цивільних процесуальних фікцій [6, 94-95]. Процесуальні фікції визначає серед заходів процесуальної відповідальності й О. Г. Новиков, який додає до цих заходів також процесуальні штрафи, судові витрати, відмову в ухваленні заяви про відведення, відмову у відновленні пропущеного процесуального терміну, розгляд справи у відсутності відповідача і відмову в ухваленні нових доказів [7, 14-15]. За такого підходу, як видається, змішується форма та зміст процесуального заходу. Зокрема, процесуальна фікція не має визначеного змісту, а тому не можна встановити її характеристики та взагалі умістити у систему заходів примусу.

Наприклад, М.І. Балюк, Д. Д. Луспеник зазначають, що під фікцією розуміють використання в певних цілях положення, яке не відповідає дійсності. У процесуальному праві при доведеності певного фактичного складу завідомо недостовірний факт вважається існуючим і породжує юридичні наслідки. Процесуальна фікція повністю звільняє особу від доказування обставини, яка фікцією визнається за існуючу [8, 146]. Хоча у такому розумінні міститься певна неточність, пов'язана із тим, що процесуальна фікція цілком може виявитися вірним відображенням реальної дійсності, справжніх обставин у справі, але загалом можна помітити вірний орієнтир у розумінні значення фікції для процесуальних відносин. Адже за такого розуміння процесуальна фікція може бути визначена в умовах, коли, наприклад, неявка однієї із сторін або ненадання певних доказів виступає формою підтвердження доказової сили твердження іншої сторони. По суті, у цьому випадку реальна доказова сила може виступати несправжньою, але такою, що визнається юридично значимою.

Наприклад, у ст. 75 ГПК України встановлено, що справу може бути розглянуто за наявними в ній матеріалами, якщо відзив на позовну заяву і витребувані господарським судом документи не подано відповідачем. Ці положення законодавства по суті встановлюють результат неподання певних документів. Разом із тим, не можна вважати, що відповідні наслідки будуть негативними для сторони, що не подала відповідні документи. По-перше, можлива ситуація, коли подані позивачем документи цілком достатньо для прийняття правильного та обґрунто-

ваного рішення, у тому числі на користь відповідача. Тут не можуть бути за визначення певні негативні наслідки для сторони, яка не подала відповідні докази. По-друге, у разі вирішення справи у першій інстанції за поданими документами, що потенційно більш сприятливо для позивача демонструють обставини справи, настанню негативних процесуальних наслідків заважають положення чинного ГПК. Йдеться про певну суперечність та непослідовність господарського процесуального законодавства. Адже, відповідні наслідки не виключають подання певних доказів на стадії апеляційного розгляду справи.

Згідно з ст. 75 ГПК при перегляду справи в апеляційному порядку господарський суд досліджує не лише за наявності у справі, але й додатково подані докази. При цьому, хоча приймання додаткових доказів обумовлюється неможливістю їх подання суду першої інстанції з причин, що не залежали від нього, але на практиці такі приписи законодавства певним чином спростовуються іншими положеннями закону. Хоча роз'ясненнями вищих судових органів п. 9 Постанови пленуму ВГСУ від 17.05.2011 N 7 «Про деякі питання практики застосування розділу XII Господарського процесуального кодексу України», суд апеляційної інстанції при вирішенні питань щодо прийняття додаткових доказів повинен повно і всебічно з'ясувати причини їх неподання, причому з урахуванням конкретних обставин справи. Відповідно, мають бути об'єктивно оцінено поважність цих причин. У разі прийняття додаткових доказів у постанові апеляційної інстанції мають зазначатися підстави такого прийняття. До згаданих підстав належить, зокрема, необгрунтоване відхилення судом першої інстанції клопотань сторін про витребування господарським судом доказів у порядку статті 38 ГПК. «У такому разі суд апеляційної інстанції за відповідним клопотанням сторони самостійно витребує необхідні додаткові докази». Але власно відсутність сторони на судовому засіданні у першій інстанції може бути визнано поважною причиною неподання певних доказів. Крім того, згідно з ст. 111-10 вже у касаційній інстанції сторона, що зазнала негативних наслідків неврахування судом певних доказів, може посилатися на «неповне з'ясування обставин справи судами першої та апеляційної інстанції». Нажаль, у силу розмитості положень закону щодо встановлення обставин справи у касаційній інстанції, виникає можливість ігнорувати положення ГПК щодо повноважень касаційної інстанції не досліджувати докази у справі, вважаючи обставини справи встановленими.

Дійсно, у ст. 111 ГПК прямо встановлено, що «не допускаються посилання у касаційній скарзі на недоведеність обставин справи (неповне з'ясування обставин справи – це дещо інше має значення, хоча по суті те саме). Крім того, у ст. 111 –7 визначено, що касаційна інстанція не має права встановлюва-

ти або вважати доведеними обставини, що не були встановлені у рішенні або постанові господарського суду чи відхиленні ним, вирішувати питання про достовірність того чи іншого доказу, про перевагу одних доказів над іншими, збирати нові докази або додатково перевіряти докази.

Але у ст. 111-5 ГПК встановлено, що «касаційна інстанція використовує процесуальні права для перевірки юридичної оцінки обставин справи, а також повноти їх встановлення у рішенні або постанові господарського суду». Тобто йдеться про встановлення повноти встановлених обставин справи, що фактично є прямою вказівкою на дослідження доказів.

Не випадково, ще в Інформаційному листі Вищого арбітражного суду України від 14.10.1998 № 01-8 /393 наголошувалося на тому, що «неповне з'ясування обставин, що мають значення для справи, тягне за собою скасування рішення зі справи».

Наприклад, в одній із справ Вищий арбітражний суд послався на те, що у процесі вирішення спору «не було витребувано договір комісії № 539-Д та не досліджено обставини його виконання... акт звірки розрахунків, на якому ґрунтувались рішення і постанови ... не перевірявся ...». У результаті рішення і постанову зі справи було скасовано, а справу передано на новий розгляд [9].

Протягом часу та не дивлячись на численні зміни у законодавство відповідні підходи не змінилися.

Наприклад, в іншій справі ВГСУ вказав, що «Неповне з'ясування всіх обставин справи, які мають значення для справи, дає підстави для скасування ухвалених у справі судових рішень та передачі справи на новий розгляд до господарського суду першої інстанції» [10].

Як видно, у цьому випадку вирішення справи на підставі поданих лише однією із сторін доказів не забезпечує від наступного скасування рішення у справі у зв'язку із «неповним з'ясуванням обставин справи».

Саме тому, аби відповідна санкція – фікція набула дійсно негативного характеру для процесуального правопорушника, має бути прямо заборонено суду касаційної інстанції скасовувати рішення судів у зв'язку із неповним з'ясуванням обставин справи шляхом внесення змін до ст. 111-5 ГПК України та виключення права суду касаційної інстанції давати юридичну оцінку встановленню обставин справи нижчими судами.

Певна складність виникає при розмежуванні заходів господарської відповідальності, що застосовуються у сфері господарського (цивільного) процесів і інших галузей права. Наприклад, В. В. Молчанов ототожнює судовий штраф і штраф як міру адміністративного покарання [11, 206-207]. Услід за В. В. Молчановим, Д. Г. Нохрін відносить судовий штраф, а також попередження і видалення із залу судового засідання до заходів адміністративної відповідальності [12, 33]. Слідуючи даній логіці, як правильно помічає М. Л. Гальперін, можна зробити висновок і про те,

що штраф в кримінальному праві і штраф в адміністративному праві також не мають ніяких істотних відмінностей, хоча вказані примусові заходи традиційно відносяться до різних самостійних видів юридичної відповідальності – кримінальної і адміністративної. Підставою самостійності кримінальної і адміністративної відповідальності є зовсім не наявність самостійних заходів відповідальності (тим паче, що штраф і арешт присутні в обох галузях права), а особливий механізм (юридичний режим) застосування відповідних примусових мерів, особливий характер підстави відповідальності [13, 22-23]. Так само розмежовуються штрафні санкції у господарському праві та неустойка у цивільному праві [14, 322-323].

При цьому штраф в господарському процесі не може бути тотожним штрафам у цивільному чи адміністративних процесах. Адже ці штрафи не лише мають специфічний суб'єктний склад реалізації, процесуальний порядок застосування, але й, що головніше, різне значення, мету та місце, загалом, у процесуальних відносинах як форми реалізації матеріальних відносин.

Зокрема, будучи передбаченими у положеннях ГПК, відповідні штрафи стають елементом господарської системи, адже спонукають не просто до виконання приписів процесуального закону, забезпечуючи порядок у господарському судочинстві, але служать елементом прискорення розгляду справ та загалом прискорення обертання капіталів, якому слугує господарський процес. Це відображається на різниці у прив'язуванні штрафів до конкретних правопорушень учасників господарсько-процесуальних відносин у порівнянні із аналогічними правопорушеннями учасників цивільних процесуальних відносин, чи навіть адміністративно-процесуальних відносин, про що ще буде сказано окремо.

Саме у цьому контексті слід погодитися з О. Г. Новиковим, що основними критеріями розмежування заходів цивільної процесуальної відповідальності і заходів відповідальності іншої галузевої приналежності (в даному випадку – заходів господарської процесуальної відповідальності – авт.) виступають: об'єкт правопорушення і цільове призначення конкретного заходу відповідальності [7, 9]. До цього можна також додати також такий критерій, як характер заходу відповідальності. Останнє ґрунтується на розумінні професійно орієнтованої організації захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання під час розгляду господарських справ, несення самим підприємцем ризиків неналежної правової роботи, відсутності його за місцезнаходженням, вказаному у Єдиному державному реєстрі тощо. Іншими словами, характер заходів відповідальності, що застосовуються у професійно орієнтованому, розрахованому на більш оперативне вирішення спорів процесі, яким є господарський процес, не може бути тотожним до характеру заходів відповідальності

в інших процесів, що такого забарвлення не мають у зв'язку із обслуговуванням інших матеріальних та публічних сфер.

У господарському процесі застосовується велика кількість різних заходів примусового характеру. Але не кожний з них може бути визнаний заходом господарсько-процесуальної відповідальності.

Як вірно зазначається у юридичній літературі, будь-який вид юридичної відповідальності завжди пов'язаний з певними позбавленнями, тобто юридична відповідальність супроводжується спричиненням винній особі негативних для неї наслідків, утиску або обмеження її інтересів. Основна, хоча й не вичерпна, межа юридичної відповідальності – штрафне, каральне призначення. При цьому кара, як правильно зазначалося у літературі, – не самоціль, а засіб дії на правопорушника [15, 541-542]. Заходи юридичної відповідальності є саме несприятливим для правопорушника наслідками, причому позбавлення майнового або немайнового характеру повинен зазнати сам правопорушник. Тому можна погодитися з М. Л. Гальперінім, що не можна відносити до заходів юридичної відповідальності відміну судових актів як незаконних, адже важко собі уявити процесуальний порядок визначення наміру суду винести саме незаконне і необґрунтоване рішення. В даному випадку здійснюється виправлення судової помилки, а не накладається санкція за винне правопорушення [13, 154-155].

Суд взагалі не можна визнавати суб'єктом правопорушення в господарському або цивільному судочинстві саме тому, що інакше довелось б ототожнити суд із звичайними учасниками процесуальних відносин, відкидаючи його особливий статус, панування його «над процесом», що гарантує його безпристрасність та незалежність.

Заходом господарсько-процесуальної відповідальності складно визнати і, наприклад, застосування мір відповідальності до осіб, які не беруть участь у справі, якщо тільки їх поведінка не пов'язана з реалізацією процесуальних прав і обов'язків.

Таким чином, узагальнюючи можна зробити **висновок**, що основними заходами господарсько-процесуальної відповідальності є штрафні санкції та застосування несприятливих процесуальних наслідків, що мають характер позбавлення певних процесуальних прав у зв'язку із порушення господарських процесуальних обов'язків.

Література:

1. Господарське процесуальне право: підручник // За ред. О. П. Подцерковного та М. Ю. Каргузова. — Х.: Одісей, 2012. — 400 с.
2. Арбитражный процесс: учебное пособие / Редкол.: Травкин А. А. (отв. редактор), Карабанова К. И. (отв. секретарь). — Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2003. — 348 с.

3. Доброхотова Э. Э. Судебные штрафы в гражданском процес се / Э. Э. Доброхотова // Личность; Общество; Государство. — СПб. — 1998. — 320 с.
4. Бутнев В. В. Гражданская процессуальная ответственность: монография / В. В. Бутнев. — Ярославль: ЯрГУ, 1999. — 62 с.
5. Столяров А. Г. Судебные расходы как элемент гражданской процессуальной ответственности: дис.... канд. юрид. наук / А. Г. Столяров. — СПб, 2004. — 205 с.
6. Зайцев И. М. Гражданская процессуальная ответственность / И. М. Зайцев // Государство и право. — 1999. — № 7. — С. 94-95.
7. Новиков А. Г. Гражданская процессуальная ответственность: автореф. дис. на соискание ученой степени к. ю. н.: 12.00.15 — гражданский процесс; арбитражный процесс / А. Г. Новиков. — Саратов, 2002. — 21 с.
8. Балюк М.І. Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях) / М.І. Балюк, Д. Д. Луспенник. — Х.: Харків юридичний, 2008. — 708 с.
9. Інформаційний лист Вищого арбітражного суду України від 14.10.1998 № 018 /393 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://vgsu.arbitr.gov.ua/news/print/445>
10. Постанова Вищого господарського суду від 26 травня 2009 р. у справі № 14 /1730 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=121503>
11. Гражданский процесс: учебник / под ред. М. К. Треушников. — М.: Городец-издат, 2003. — 720 с.
12. Нохрин Д. Г. Государственное принуждение в гражданском судопроизводстве: монография / Д. Г. Нохрин. — М.: Волтерс Клувер, 2009. — 256 с.
13. Гальперин М. Л. Ответственность в гражданском судопроизводстве: актуальные вопросы теории и процессуальной политики: монография / М. Л. Гальперин. — М.: Волтерс Клувер, 2011. — 256 с.
14. Господарське право: підручник / За ред. О. П. Подцерковного. — 2-ге вид., доп. і перероб. — Х.: Одісей, 2011. — 640 с.
15. Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 2001. — 776 с.

Коліна А. О. Отноительно проблемы классификации мер хозяйственно-процессуальной ответственности

Аннотация. Статья освещает проблему классификации мер хозяйственно-процессуальной ответственности. Автором проанализированы взгляды специалистов-процессуалистов по данному вопросу. Сделанные выводы относительно основных мер хозяйственно-процессуальной ответственности с точки зрения совершенствования государственного реагирования на нарушение процессуальных обязанностей в сфере хозяйственного судопроизводства.

Ключевые слова: хозяйственный процесс, юридическая ответственность, хозяйственно-процессуальная ответственность, штрафные санкции, применение неблагоприятных процессуальных последствий.

Colina A. Regarding the problem of classification of measures of economic-procedural responsibility

Summary. The article deals with the problem of classification of economic measures and procedural justice. The author analyzes the views of experts on this subject. Conclusions reached on the basic measures of economic and procedural liability from the perspective of improving public response to the breach of procedural duties in the area of of economic legal proceedings.

Keywords: arbitration process, legal responsibility, economic and procedural responsibility, penalties, the use of adverse procedural consequences.

**КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНОЛОГІЯ,
КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО**

*Козаченко О. В.,**д. ю. н., завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін**Відокремленого структурного підрозділу**«Миколаївський інститут права НУ «Одеська юридична академія»*

ФУНКЦІОНАЛЬНІ ХАРАКТЕРИСТИКИ СИСТЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗАХОДІВ

Анотація. Досліджуються змістовні характеристики системи функцій права, які реалізуються через функції системи кримінально-правових заходів та кримінальної відповідальності. Аналізуються структурні та змістовні характеристики функцій, які реалізуються в процесі застосування заходів кримінально-правового впливу на кримінальні практики в різних формах свого існування.

Ключові слова: функції права, функції системи кримінально-правових заходів, кримінальні практики, структура функцій, зміст функцій заходів впливу.

Постановка проблеми. Сучасна наука кримінального права визначається пошуком дієвих і ефективних форм впливу на поведінку особи, яка вчинила як злочинне, так і об'єктивно протиправне діяння. В умовах сьогодення кримінальне законодавство характеризується певним різноманіттям правових прийомів і способів впливу з метою кари, виправлення, попередження злочинної діяльності. У той же час подальшого дослідження вимагають функціональні характеристики заходів впливу, орієнтовані на перевиховання, надання медичної допомоги і лікування особи, здійснення реституційно-компенсаційного впливу, підвищення ефективності превентивно-профілактичної діяльності, обумовленості здійснення реабілітаційно-заохочувального впливу. За таких умов існує необхідність комплексного теоретичного дослідження функцій, які реалізуються в процесі застосування системи кримінально-правових заходів.

Кримінально-правова наука робить перші кроки у напрямку розбудови теоретично обґрунтованої системи кримінально-правових заходів, яка, з одного боку, здатна забезпечити необхідний і достатній вплив на кримінальні практики в різноманітних формах їх прояву, а з іншого – відповідає принципам функціонування правової та соціальної держави.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Ступінь розробленості проблеми визначення функціональних характеристик системи кримінально-правових заходів визначають праці вітчизняних і зарубіжних науковців, а саме: Л. В. Багрій-Шахматова, Б. Т. Базилєва, Ю. В. Бауліна, В. О. Глушкова, В. В. Голіни, В. К. Гришука, Т. А. Денисової, О. М. Костенка, Н. Ф. Кузнецової, М.І. Панова, А. А. Піонтковського, С. В. Познишева, О. Л. Ременсона, В. В. Сташиса, Є. Л. Стрельцова, К. А. Сича, В. Я. Тація, В. О. Тулякова, П. Л. Фріса,

М.І. Хавронюка, Н. М. Ярмиш та багатьох інших, які в процесі дослідження статичних (суттєвих та змістовних) характеристик кримінально-правових заходів не оминали увагою динамічні (функції) властивості останніх.

Викладення основного матеріалу. Слід зазначити, що слово «функція» походить від латинського «*functio*» – діяльність, обов'язок, робота, призначення [8, 706]. Із філософської точки зору, яка склалась у зв'язку із застосуванням терміна, передуючи юриспруденції, функція являє собою внутрішні та зовнішні зв'язки певної системи, які є стабілізуючим фактором, що забезпечує відносну стабільність самої системи і зв'язків з іншими системами. Таким чином, функція у філософському значенні – це зовнішні прояви внутрішніх властивостей будь-якого об'єкта чи явища у певній системі відносин. Активне застосування терміна «функція» в теорії держави і права забезпечило формування юридичного поняття, яке здебільшого трактується як основний напрямок, предмет і зміст державно-правової діяльності (впливу), яка визначає інструментальну придатність держави і права. Так, укладачі юридичної енциклопедії функції права характеризують як напрями або види впливу права на суспільні відносини, в них виражається роль і призначення права в суспільстві, державі, його соціальна цінність та найважливіші риси [13, 313].

Однак загальнотеоретичним рівнем свого роду експансія терміна «функції» не обмежилась, і виходячи з того, що держава і право теж розглядаються як система структурних елементів, функції держави і окремо права стали предметом самостійних роздумів представників теоретичної науки. Здатність функцій визначати інструментальну придатність систем більш низького порядку привела до використання поняття при аналізі правовідносин, юридичної відповідальності та інших правових цінностей, але вже не тільки на загальнотеоретичному, але й галузевому та інституційному [4, 120-130] рівнях.

Значений процес отримання філософською категорією «функція» юридичного змісту було покладено в основу традиційного аналізу функцій у їх деліктному вимірі, відповідно до якого за функціями права визнавався загальний рівень, за функціями юридичної відповідальності – особливий і за функціями кримінальної

відповідальності або кримінального покарання – окремий рівень. Такий підхід є виправданим, оскільки він вказує не просто на сукупність, а на систему функцій у процесі вирішення питання про відповідальність особи, що вчинила правопорушення, яка встановлює, по-перше, необхідну відповідність функцій більш низького порядку функціям більш високого призначення, що забезпечує створення певного правового режиму відповідальності особи, позбавленого внутрішніх протиріч; по-друге, можливість формування кожним галузевим видом відповідальності власних функціональних спрямувань, які визначаються специфікою адитивних ознак правопорушення.

Однак указаний підхід, будучи абсолютно виправданим з методологічної точки зору, вимагає коригування із змістовної, оскільки він не враховує, відповідно до положень кримінального права, існування інших, крім кримінальної відповідальності і покарання, форм «відповідей» на вчинення діяння, передбаченого кримінальним законом як злочин, зокрема таких, як примусові заходи виховного і медичного характеру, примусове лікування. Крім того, слід враховувати, що відповідно до зробленого автором дослідження висновку співвідношення між поняттями «кримінальна відповідальність» і «кримінально-правові заходи» саме останні є узагальнюючою характеристикою, стає зрозумілим, що механічне перенесення досліджуваного в науці кримінального права питання функцій кримінальної відповідальності або функцій покарання на всі кримінально-правові заходи, включаючи і зазначені форми, які не можуть бути віднесені ані до відповідальності, ані до покарання, є недопустимими на підставі відсутності узагальнюючого характеру.

Враховуючи висловлені зауваження, можна зробити висновок, що система функцій, пов'язаних із застосуванням заходів впливу на особу, яка вчинила правопорушення, передбачене кримінальним законом, повинна мати такий вигляд: функції права – на загальному рівні; функції кримінально-правових заходів – на особливому рівні; функції кримінальної відповідальності – на окремому рівні. Такий підхід забезпечує можливість охопити всю систему заходів впливу на особу, яка вчинила діяння, передбачене кримінальним законом як злочин, і тим самим гарантувати необхідний рівень узагальнення, і дає підстави для класифікації функцій кримінально-правових заходів у залежності від суттєвих ознак самих заходів і тих цілей, які ставляться перед функціональним призначенням заходів впливу кримінально-правової природи. Слід особливо підкреслити, що зазначена система не містить функцій юридичної відповідальності на тій підставі, що вони не можуть бути поширені на заходи, які ознаками відповідальності не наділені, а саме – інші кримінально-правові заходи, і тому не відповідають рівню запропонованого узагальнення кримінально-правових заходів.

Аналіз функцій кримінально-правових заходів як на дефінітивному рівні, так і на рівні функціональності окремих груп кримінально-правових заходів, повинен виходити з правового змісту категорії «функція» і тих структурних елементів, які утворюють систему функціонального впливу. Думається, що функція права в її абстрактному дослідженні характеризується, по-перше, предметом функціонування, по-друге, спрямованістю, тобто цілями регуляторного впливу, по-третє, змістом такої діяльності, яка характеризується формуванням одночасно відносин як матеріального, так і процесуального характеру [3, 223-224]. Слід наголосити, що така структура правової функції повністю відповідає загальному рівню застосування даної категорії, оскільки такі функції мають надгалузевий характер і повинні уособлювати достатньо високий рівень узагальнення. З переходом на особливі й окремі рівні структура функцій правового змісту не змінюється, однак може бути конкретизованою.

Під предметом функції права слід розуміти ті суспільні відносини, приведення яких у відповідність або забезпечення існування яких у відповідності до правових встановлень допускає або вимагає застосування правового впливу. Цілі функції права визначаються тим бажаним результатом, який повинен настати як результат правового впливу на суспільні відносини. Що стосується змісту функції права, то ним є суспільні відносини відмінного від предмета функціонування зразка, які уособлюють характер впливу з урахуванням підстав і процесуального порядку його здійснення. Залежно від того, яка саме властивість функції права приймається за базову, в теорії права склалося декілька підходів до дефініції функції права.

Так, професор С. С. Алексєєв зазначає, що призначення функції права – «бути напрямком правового впливу» [1, 91]. Визначення напрямку правового впливу на суспільні відносини як визначального елементу функції підтримали інші представники теоретичної науки, зокрема професори В. М. Горшеньов, Н. М. Крестовська, П. М. Рабінович, Т. М. Радько, В. М. Хропанюк, М. В. Цвік та багато їх послідовників, які досліджували функції права в контексті галузевого регулювання. Натомість ціла група теоретиків пропонує зосередитися не на основних напрямках функцій права, тобто цілях функціонування права, а на предметі функціонального впливу, оскільки саме він претендує на здатність уособлювати якісну властивість функції з урахуванням того, що «напрямок діяльності» іманентно відноситься до поняття «функція» [6, 22]. Однак вказані підходи не виключають певного поєднання, що стало підґрунтям для висновку деяких науковців про те, що під функціями права необхідно розуміти напрямок правового впливу і соціальне призначення права, яке виражається в регулюванні суспільних відносин [7, 225; 9, 241; 10, 154-157; 11, 50]. Що стосується змісту функцій права, то його аналіз у

розрізі самого поняття теоретиками не здійснюється, оскільки, по-перше, правове регулювання розглядається як самостійна інструментальна характеристика права, а по-друге, процесуальні особливості, притаманні окремим галузям права, не дають можливості здійснювати дослідження загальнотеоретичного рівня.

З урахуванням зазначених позицій, а також встановленої відсутності доцільності виділення однієї окремої властивості функції права як визначальної і можливості застосування культуро-антропологічного підходу, можна зробити висновок, що функція права являє собою основні напрямки правового впливу на суспільні відносини з метою отримання соціально значущого результату у формі захисту або регулювання таких відносин із застосуванням відповідних культурним цінностям засобів впливу, які не допускають зневажливого ставлення до особи.

Що стосується класифікацій функцій права, то в теорії права набула значного поширення така їх систематизація, відповідно до якої всі функції права можна умовно поділити на два види – загальні (загальноюридичні) та спеціальні (спеціально-юридичні) функції. У межах загальних функцій виокремлюють регулятивну й охоронну функції права; спеціальні функції характеризуються здійсненням превентивного, стимулюючого, гарантуючого, відновлювального, комунікативного, ціннісно-орієнтаційного (виховного) впливу з метою отримання соціально-позитивного результату функціонування права.

Регулятивна функція права знаходить своє втілення у регулюванні суспільних відносин шляхом їх нормативного закріплення у правових нормах з метою створення орієнтиру, правового еталону поведінки суб'єктів відносин, які виникають у процесі регулюючого впливу правових норм на суспільні відносини.

У межах регулятивної функції можна виокремити регулятивно-статичну і регулятивно-динамічну функції. Регулятивна статична функція характеризується нормативним визначенням змісту матеріальних норм права, якими: конкретизуються ті права й обов'язки, якими наділяється суб'єкт права; визначаються вид і характер юридичної відповідальності, яка застосовується до суб'єкта у разі невиконання покладених обов'язків або зловживання наданим правом; встановлюються види заходів правового впливу на особу; визначається загальна юрисдикція правових спорів у державі. Регулятивна динамічна функція, виражаючись у впливі права на суспільні відносини шляхом оформлення їх розвитку (динаміки) [5, 125], орієнтує на процесуальне оформлення реалізації правових положень.

Охоронна функція права полягає у такому її спрямуванні, яка орієнтує і забезпечує реалізацію правових встановлень в умовах їх загального визнання й використання та забезпечення недоторканності правових положень шляхом застосування заходів

правового впливу. Охоронна функція реалізується, у загальному вигляді, через забезпечення й гарантування виконання наданих прав і покладених обов'язків певними суб'єктами права.

Щодо спеціальних функцій права слід зазначити, що їх особливість полягає в тому, що вони визначаються з урахуванням особливостей галузевого функціонування права, однак спеціальні функції поширюються на декілька галузей права, що обумовлює їх віднесення саме до функцій права теоретичного рівня.

Підсумовуючи класифікацію функцій права, слід зазначити, що всі вказані функції реалізуються у функціях кримінально-правових заходів, отримуючи при цьому специфічний зміст, який визначається юридичною природою і особливостями кримінально-правових заходів і, в деяких випадках, забезпечуючи досягнення декількох самостійних цілей правового впливу.

Для визначення функцій кримінально-правових заходів слід виходити з такого. По-перше, культурологічний вимір кримінально-правових заходів створює умови для визначення основних властивостей предмета та спрямованості заходів. Так, цілями функціонування кримінально-правових заходів слід визнати кару, виправлення, превенцію і профілактику, перевиховання, надання медичної допомоги і лікування осіб, реституцію та компенсацію, реабілітацію та заохочення, кожна з яких є «ідеальний образ очікуваного результату у врегульованих суспільних відносинах» [12, 17]. Предмет функціонування визначається вказівкою на суспільні відносини, які виникають у процесі вчинення злочину, що посягає на систему соціальних цінностей, розбудовану на підставі визнання незаперечності природних прав і свобод людини і громадянина і властивостей національної культури.

По-друге, враховуючи мінливий характер культурологічного виміру як вчиненого діяння, так і змісту застосовуваних кримінально-правових заходів, слід визнати, що зміст діяльності в процесі здійснення функцій кримінально-правових заходів є похідним від сутності та призначення кримінально-правових заходів у різних історичних типах права, тобто функції кримінально-правових заходів є історично і культурно обумовленими. Не тільки потреба в регулюючому впливові на суспільні відносини, але й самі форми та зміст впливу визначені специфікою суспільства, його цінностями, ідеальними, об'єктивними умовами [2, 5].

По-третє, функції кримінально-правових заходів є похідними від функцій права, репрезентуючи визначальні властивості останніх і одночасно інтерпретуючи функції права, надаючи їм придатність для забезпечення досягнення власних, утилітарних цілей. Узагальнений характер функцій права забезпечує ситуацію, за якої одна функція права може формувати підвалини декількох функцій кримінально-правових заходів. Наприклад, каральна і превентивно-

профілактична функції кримінально-правових заходів задаються охоронною функцією права, конкретизуючи останню з урахуванням ознак предмета, цілей і характеру кримінально-правового впливу. У свою чергу реституційно-компенсаційна, реабілітаційно-заохочувальна функції кримінально-правових заходів визначаються регулятивною динамічною функцією права.

По-четверте, функції кримінально-правових заходів поєднані між собою, створюючи певний правовий режим правового регулювання суспільних відносин, які виникли в результаті вчинення злочину.

По-п'яте, функції кримінально-правових заходів не тільки повинні відповідати системі функцій більш високого порядку (функціям права), але й самі одночасно є шаблоном для низхідної системи функцій (кримінального покарання з судимістю та інших кримінально-правових заходів).

По-шосте, структурні елементи кримінально-правових заходів – покарання, примусові заходи медичного і виховного характеру – характеризуються наявною власною системою заходів, що забезпечує багатовекторність функціонування системи кримінально-правових заходів окремого виду (особливий рівень функціонування). Таким чином, окремий кримінально-правовий захід здатен здійснювати декілька функцій, однак тільки одна з них є репрезентативною для певного виду кримінально-правового заходу, оскільки саме для здійснення провідної функції відповідний захід набуває нормативного закріплення.

З урахуванням зазначеного та основних положень культурологічної методології можна зробити загальний висновок, що під функціями кримінально-правових заходів слід розуміти основні напрямки правового впливу на суспільні відносини, що виникають у процесі вчинення злочину або об'єктивно неправомірного діяння, які посягають на систему соціальних цінностей, сформовану на засадах незаперечного характеру визнання природних прав і свобод людини і цивілізаційного рівня розвитку національної культури з метою покарання, виправлення, превенції та профілактики, перевиховання, надання медичної допомоги і лікування осіб, усунення заподіяної шкоди, відшкодування завданих збитків та відновлення порушених прав (реституційна функція), реабілітації та заохочення, створюючи тим самим особливий правовий режим протидії злочинним проявам, який характеризується збалансуванням публічних і приватних засад здійснення кримінально-правового впливу.

Структура функцій кримінально-правових заходів, на відміну від структури функцій права, може бути представлена у більш розгалуженому вигляді і включати в себе: суб'єкти, об'єкти впливу, способи та засоби здійснення впливу, фактичні і формальні підстави для здійснення функцій, наслідки функціонального

впливу, нормативне забезпечення функціонування, правовідносини.

Суб'єктний склад функцій кримінально-правових заходів має досить складний характер, який продиктований, у першу чергу, наявністю суб'єктів, які піддаються кримінально-правовому впливові в результаті реалізації функцій кримінально-правових заходів, у другу чергу тим, що суб'єктний склад відповідних функцій утворюється участю публічних осіб і організацій у процесі реалізації функцій та тих, які здійснюють нагляд і контроль за відповідністю застосування кримінально-правових заходів. Поділ суб'єктного складу на групи має мінливий і досить умовний характер, оскільки невиконання або неналежне виконання особами, які здійснюють публічну діяльність у процесі реалізації функцій кримінально-правових заходів, своїх посадових обов'язків, тягне за собою застосування відповідних заходів до порушників кримінального законодавства.

Об'єкти впливу знаходяться в логічній єдності з фактичними та формальними підставами для реалізації функцій кримінально-правових заходів, за тих умов, що вони утворюють причинно-наслідковий зв'язок лінійного типу такого змісту: об'єктом функцій кримінально-правових заходів є суспільні відносини, які виникають у момент вчинення діяння (фактична підстава), передбаченого кримінальним законом як злочин (формальна підстава).

Способи і засоби впливу визначаються цілями, які поставлені перед кримінально-правовими засобами, з урахуванням тих обмежень, які мають характер культурних та соціальних цінностей і передбачені діючим законодавством. Наприклад, у п. п. 3.8 і 3.9 Мінімальних стандартних правил Організації Об'єднаних Націй відносно заходів, не пов'язаних із тюремним утриманням («Токійські правила»), визначається, що такі заходи виключають можливість залучення осіб, які відбувають покарання, до проведення медичних і психологічних експериментів або допущення невинуватого ризику заподіяння фізичної чи душевної травми. На всіх стадіях відбування покарання повинна забезпечуватися повага до людської гідності правопорушника, до якого застосовуються не пов'язані з тюремним утриманням заходи.

Загальносоціальні та юридичні результати функціонування кримінально-правових заходів визначаються шляхом досягнення загальних і спеціальних цілей. Що стосується загальних цілей, то вони мають стратегічний характер і знаходяться у площині протидії та боротьби зі злочинністю у різних формах її прояву, розбудови соціальної і правової держави, створення належних умов для побудови суспільства нової якості – громадянського суспільства, створення стану законності і правопорядку, та деякі інші, які забезпечують функції кримінально-правових заходів соціально значущими орієнтирами. Що стосується

спеціальних цілей, то вони мають тактичний характер (кара, превенція, перевиховання тощо), оскільки їх досягнення щодо окремого правопорушника є одним із кроків для досягнення стратегічних цілей здійснення функцій кримінально-правових заходів.

Правовідносини як елемент функціонування кримінально-правових заходів відзначаються похідним характером, оскільки вони виникають виключно за умови доведеного існування суспільних відносин у зв'язку з вчиненням суспільно небезпечного діяння, передбаченого кримінальним законом як злочин. Правовідносини як елемент функцій кримінально-правових заходів відрізняються від відносин, що виникають у зв'язку із вчиненням злочину, за суб'єктивним складом (суб'єктом прийняття рішення про застосування того або іншого кримінально-правового заходу є виключно суд, у той час суб'єктами відносин у зв'язку із вчиненням злочину є правоохоронні органи, на які покладається обов'язок щодо протидії злочинності), за змістом (права й обов'язки особи, яка вчинила злочин, відрізняються від тієї, до якої застосовуються кримінально-правові заходи), за часом виникнення (відносини у зв'язку із вчиненням злочину виникають відразу після виконання всіх діянь, які утворюють об'єктивну сторону складу злочину, або вчинення замаху чи приготування до злочину, а відносини у зв'язку із застосуванням кримінально-правових заходів виникають після того, як правоохоронним органам стало відомо про факт вчинення злочину і всебічного, повного та об'єктивного дослідження доказів у справі).

Цементуючим елементом функціонування кримінально-правових заходів є закон, яким установлюються формальні підстави для застосування або відмови у застосуванні кримінально-правових заходів, види кримінально-правових заходів, умови їх застосування, процесуальне оформлення прийнятого рішення, умови його виконання тощо. Таким чином, нормативне регулювання функцій кримінально-правових заходів не обмежується виключно нормами кримінального права, а охоплює норми кримінально-процесуального, кримінально-виконавчого та інших суміжних галузей права на підставі конституційних приписів загального характеру.

Підсумовуючи, можна зробити **висновок**, що функції кримінально-правових заходів формують уявлення про зазначені заходи не тільки як систему прийомів і способів правового впливу на кримінальну практику, але як функціонуючу систему, яка має свої змістовні та структурні властивості.

Література:

1. Алексеев С. С. Проблемы теории права: курс лекций: в 2-х т. / С. С. Алексеев. — Свердловск, 1972. — Том 1. — 394 с.
2. Бестугина М. А. Социальная обусловленность и назначение гражданско-правовой ответственности в

- современных условиях (теоретический аспект): автореф. дисс. на соискание уч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / М. А. Бестугина. — М., 1986. — 24 с.
3. Денисова Т. А. Поняття функцій покарання та їх загальна характеристика / Т. А. Денисова // Університетські наукові записки. — 2006. — № 1. — С. 222—227.
 4. Навроцький В. О. Теоретичні поняття кримінально-правової кваліфікації / В. О. Навроцький. — К.: Атіка, 1999. — 418 с.
 5. Общая теория права и государства: учебник / под ред. В. В. Лазарева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 1996. — 472 с.
 6. Реутов В. П. Разграничение функций права и правового регулирования / В. П. Реутов // Правоведение. — 1974. — № 5. — С. 20—26.
 7. Скакун О. Ф. Теория держави і права: підручник / О. Ф. Скакун. — Харків: Консул, 2001. — 656 с.
 8. Словарь иностранных слов / под ред. И. А. Лехина и проф. Ф. Н. Петрова. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Государственное издательство иностранных и национальных словарей, 1949. — 801 с.
 9. Теория государства и права / под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова. — М.: Норма—ИНФРА, 1998. — 320 с.
 10. Теория государства и права / под редакцией Н. И. Матузова, А. В. Малько. — М.: Юристъ, 1997. — 672 с.
 11. Теория права и государства / под общ. ред. докт. юр. наук, проф. А. С. Васильева. — Издание второе. — К., 2007. — 480 с.
 12. Чулюкин Л. Д. Природа и значение цели в советском праве / Л. Д. Чулюкин. — Казань: Изд-во Казанского университета, 1984. — 78 с.
 13. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: Укр. енцикл., 2004. — Том 6: Т—Я. — 768 с.

Козаченко А. В. Функциональные характеристики системы уголовно-правовых мер

Аннотация. Исследуются содержательные характеристики системы функций права, которые реализуются посредством осуществления функций системы уголовно-правовых мер и уголовной ответственности. Анализируются структурные и содержательные характеристики функций, которые реализуются в процессе применения уголовно-правового воздействия на уголовные практики в различных формах своего существования.

Ключевые слова: функции права, функции системы уголовно-правовых мер, уголовные практики, структура функций, содержание функций мер воздействия.

Kozachenko A. Functional characteristics of the criminal measure system

Summary. Investigates the substantive characteristics of the system of law functions that are implemented by means of the functions of the system of criminal measures and criminal penalties. Analyzes the structural and substantive characteristics of functions that are realized in the process of influence of the criminal law on criminal practice in various forms of existence.

Keywords: functions of law, the functions of the system of criminal justice measures, criminal practice, structure functions, maintenance of the functions of influence measures.

Фріс П. Л.,

д. ю. н., професор,

Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника,
Заслужений діяч науки і техніки України

КРИМІНОГЕННІ РИЗИКИ І ПОЛІТИКА У СФЕРІ БОРотьБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Анотація. В запропонованій статті аналізується поняття та зміст криміногенних ризиків, розглядаються їх окремі види. Здійснюється диференціація їх на політичні, економічні, соціальні та біологічні. Дається стисла характеристика. Розглядаються точки дотику політики у сфері боротьби зі злочинністю з криміногенними ризиками.

Ключові слова: криміногенні ризики, види криміногенних ризиків, кримінально-правова політика, кримінологічна політика, причини злочинності.

Постановка проблеми. Сучасна кримінологічна наука давно і достатньо глибоко розробила теорію причинно-наслідкового комплексу злочинності. Роботи вітчизняних науковців¹, їх російських та зарубіжних колег² дозволили створити цілісну картину, визначити основні параметри дії причин злочинності, виробити відповідні рекомендації попередження злочинів.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Однак при усьому цьому картина причинного комплексу залишається дещо незакінченою, неповною. Поза її межами залишається джерело виникнення причин, те, що умовно можна позначити як *криміногенний ризик*. На сьогодні в умовах формування нового типу суспільства – інформаційного суспільства, загроза появи таких ризиків суттєво зростає, що відповідно, викликає потребу в їх визначенні, дослідженні та виробленні відповідних механізмів політики у сфері боротьби зі злочинністю, спрямованих на їх нейтралізацію. Це дасть можливість глибше пізнати весь причинно-наслідковий комплекс злочинності, здійснювати наукове прогнозування його розвитку та вироблення впливів на нього. Адже, як справедливо підкреслює Д. А. Керімов, «Каждая наука, претендую на научное познание, должна владеть «прогностическим» орудием познания» [1, 384-385].

Викладення основного матеріалу. Але у першу чергу вбачається необхідним визначити поняття криміногенних ризиків, їх місце у причинно-наслідковому комплексі та т. ін. «Такий підхід особливо необхідний на рівні явища. В іншому випадку ... неможливо побачити, по-перше, коріння цього явища, по-друге, специфічні особливості його причин» [2, 184]. Слід

встановити наявність детермінації між криміногенним ризиком і причиною злочинності, його вид [3, 184].

Криміногенний ризик³ об'єктивно вкладається в «ланцюг» детермінації злочинів, який набуває формулу КР→П→З, де КР – кримінальний ризик, П – причини, З – злочинність. У цьому ланцюгу причинний зв'язок між його складовими є безпосереднім, тобто КР породжує П, а П у свою чергу породжує З [3, 184]. У реальному бутті зміст криміногенного ризику може бути продемонстрований на прикладі зростання злочинності в країні в період 90-х років у зв'язку із здійсненням відомих економічних, політичних та соціальних програм [4, 81]. Причинами злочинності самі по собі ці зміни не були, причини перебували у механізмах їх реалізації. Адже сама по собі ринкова економіка, у яку перетворювалась командно-адміністративна економіка радянської України, жодним чином не є більш криміногенною ніж її попередниця. Причина була не у тому, *що робилось*, а у тому, *як робилось*. Ось те, як робилось і було криміногенним ризиком. Фактично, не маючи жодного досвіду таких масштабних політико-економіко-соціальних перетворень було допущено величезну кількість помилок, які і стали причинами злочинності, обумовили її зростання у ті роки.

Особливу увагу для визначення місця криміногенних ризиків слід приділити питанню про детермінацію ними причин злочинності.

Криміногенний ризик, причини злочинності та сама злочинність являють собою різнопорядкові явища об'єктивної дійсності, які взаємодіють між собою. У будь-якому випадку, *взаємодія* являє собою «процеси впливу різних об'єктів один на одного, взаємоперехід, а також породження одним об'єктом другого. Взаємодія являє собою вид безпосереднього або опосередкованого зовнішнього або внутрішнього відношення, зв'язку» [5, 81].

³ Одразу хотілось би звернути увагу на те, що кримінологічна наука давно і плідно розробляє проблему кримінальних ризиків, розуміючи під нею ті чи інші наслідки для суспільства вчинення злочинів. Цією проблемою плідно займається відомий російський кримінолог Я.І. Гілінський. Див. н-д. Кримінальні ризики в Росії / Я. И. Гилинский // Российский криминологический взгляд : Научно-практический журнал / гл. ред. О.В. Старков. – 2005 – №2(2). – С.59-69; Він же. Електронний ресурс «Кримінальні ризики в Росії». Режим доступу: <http://leontief-centre.ru/UserFiles/Files/gilinsk.pdf> та ін. Кримінальні ризики перебувають, так би мовити, у постзлочинній сфері, тоді як криміногенні у передзлочинній.

¹ Див. праці В.С. Зеленецького, О.М. Джужі А.П. Закалюка, О.М. Костенко, П.П. Михайленко, В.І. Шакуна та ін.

² Див. праці Г.А. Аванесова, М.М. Бабаєва, А.І. Долгової, В.М. Кудрявцева, Н.Ф. Кузнєцової, Г. де Тарда, Ф.Ферри, Дж.Ф. Шелли та багатьох ін.

Як справедливо зазначає А. П. Закалюк, «у найзагальнішому значенні поняття детермінації відображає діалектичну суттєву властивість реального буття – загальний зв'язок, взаємозалежність та взаємообумовленість предметів, явищ, процесів. Відповідно до цього детермінація злочинності – це вся сукупність явищ, процесів, фактів, проявів, якими вона пов'язана та якими вона обумовлена» [3, 184]. При цьому слід виходити з того, що «детермінація – це форма спрямованого зв'язку, коли один об'єкт визначає інший, можливо, ще не обумовлює і тим більш не спричинює його, але між ними є детерміністична залежність» [3, 186].

Однак, якщо наявність детермінації між причинами злочинності та самою злочинністю є більш-менш наочною, то детермінаційні зв'язки між криміногенними ризиками і причинами злочинності більш абстрактними. Саме тому, через «складність ряду положень теорії детермінації неможливість через високий рівень наукової абстракції перевірити їх емпіричним шляхом, багато питань пізнання та розуміння детермінації суспільних процесів та утворень, ще не утвердились в науці, не отримали надійної і точної інтерпретації у галузевих науках, зокрема в кримінології» [3, 184].

Виходячи із того, що на сьогодні філософська наука виділяє більше 30 типів детермінаційних зв'язків, детальний аналіз усіх їх не вбачається, ані можливим, ані потрібним в межах статійної публікації.

Н. Ф. Кузнєцова у своїй праці «Проблеми кримінологической детерминации» виділяє наступні основні типи детермінації, які засновані по силі залежності: 1) жорстка детермінація (однозначний зв'язок), 2) кореляційні зв'язки, 3) імовірнісні і 4) розпливчасті [6, 11].

Для ланцюга, який розглядається найбільш притаманними є кореляційні та імовірнісні детермінаційні зв'язки. Жорсткий детермінаційний зв'язок притаманний ланцюгу «причина → злочинність», розпливчатий – фактично характеризується низьким рівнем обов'язковості і не потребує аналізу, виходячи із високого рівня абстракції.

Підсумовуючи наведене спробуємо дати визначення поняттю «криміногенний ризик», під яким слід розуміти *політичні, економічні, соціальні та біологічні явища, які породжують виникнення причин злочинності*. Криміногенний ризик являє собою той фундамент, ту живильну середу, на якій виникають і з якої живляться причини злочинності. Криміногенні ризики безпосередньо не породжують злочинність. Вони створюють сприятливі ситуації для виникнення причин злочинності. Як видно з наведеного визначення, криміногенні ризики можуть бути диференційовані на політичні, економічні, соціальні та біологічні.

Політичні кримінологічні ризики виникають у сфері політичного життя країни. Вони визначаються положеннями програм політичних партій та громад-

ських організацій, методами реалізації їх діяльності, способами, за допомогою яких планується досягнення визначеної мети та т. ін. Історії добре відомі випадки, коли такі програми, задекларовані методи їх досягнення, способи, які застосовувались у цих процесах призводили до виникнення причин злочинності. Класичним може бути приклад програми НСДАП, яка проголошувала людиноненависницькі ідеї, що призвели, у кінцевому, до розв'язування агресивних війн, появи Освенціму, Бухенвальду та Майданека, нелюдської експлуатації цивільного населення та т. ін. Програма РСДРП (б) призвела до насильницької узурпації влади однією партією, яка у подальшому висувала та реалізовувала гасла, що призвели до мільйонних жертв серед народів СРСР. В цю сферу, як бачимо, включається і ідеологічна складова. Як інакше може бути визначена, наприклад, ідеологія ваххабізму, яка стала криміногенним ризиком для причини виникнення та поширення тероризму у світі.

Економічний криміногенний ризик пов'язаний із питаннями розвитку економічної сфери життєдіяльності суспільства, з вибором тих моделей економічного розвитку, які підтримуються більшістю населення країни або проголошуються владою. Обрані шляхи досягнення мети можуть бути такими, що викликатимуть виникнення причин злочинності. Недавня історія України переповнена прикладами цього. Завдяки відсутності належної криміногенної експертизи законопроектів, ряд законів, інших нормативних документів створили ситуації, які стали причинами злочинності. Достатньо згадати так звані «приватизаційні закони», які реалізуючи позитивну, в принципі, приватизацію, визначили такий спосіб її проведення, який призвів до безконтрольного, фактично злочинного, захоплення окремими особистостями значних матеріальних ресурсів країни, до безконтрольного відтоку за кордон величезних грошових ресурсів та т. ін. Це, у свою чергу, викликало зубожіння населення, безробіття (які, як наслідок, стали причиною зростання корисливої, корисливо-насильницької злочинності) та інші. Це усе вплинуло на зміну психологічного клімату у країні, який, правда, входить в сферу соціального виду кримінологічного ризику, як соціально-психологічна його складова.

До соціального виду кримінологічного ризику входять негативні зміни у характеристиках соціальної складової суспільства. У першу чергу це торкається соціально-психологічної характеристики суспільства, характеристики суспільної правосвідомості, взаємовідносин між соціальними групами та т. ін. Так, розшарування суспільства на дуже багатих і дуже бідних (при домінуванні в суспільстві останніх), викликають соціальну ненависть, бажання і спроби реалізувати старий більшовистський лозунг «експропріювати експропріаторів», а по простому – «грабуй награвлене» та т. ін.

Особливо слід зупинитись на питанні переходу України до нового соціально-цивілізаційного етапу розвитку суспільства – інформаційного суспільства і формування в нашій країні глобального інформаційного суспільства. Наслідків цього процесу за багатьма характеристиками являються собою криміногенні ризики. Інформаційне суспільство, в якому інформація (її передача, прийом, використання, зміна способів спілкування та т. ін.) виходить на перший план, докорінно змінює суспільні відносини, створюючи у багатьох випадках криміногенні ризики [7].

Що торкається біологічного виду криміногенного ризику, то, напевно, він належить до найбільш спірного.

Кримінологам старшого покоління добре пам'ятна дискусія про співвідношення соціального і біологічного в комплексі причин злочинності, яка була викликана публікацією монографії відомого вченого Й. С. Ноя «Методологические проблемы советской криминологии» [8]. Звичайно, що запропонований автором підхід, аж ніяк не міг бути визнаний прийнятним комуністичною ідеологією, оскільки суперечив проголошуваній нею доктрині домінування соціального над біологічним¹.

Якщо дивитись на питання більш широко, то коріння його перебувають ще у антропологічній концепції причин злочинності Ч. Ломброзо. Звичайно, автор, оперуючи знаннями кінця XIX ст. не міг використовувати ті поняття, якими ми оперуємо сьогодні. Але його теорія була геніальною догадкою, про те, що якісь детермінанти злочинності містяться у самій людині, побудованою на хибному фундаменті. Не можна повністю погодитись і з позицією Й. С. Ноя, який вважав, що усі без винятку злочини мають під собою біологічну детермінанту. Звичайно не можна на рівні спадковості визначати схильність, скажімо, до вчинення контрабанди або порушення шляхів сполучення і транспортних засобів. Однак для ряду злочинів, в першу чергу злочинів проти особи, її роль може бути далеко не останньою серед чинників злочинності. Вбачається, що ланцюг у цьому випадку виглядає наступним чином. Існуюче відхилення (не визначаючи зараз на якому рівні – біологічному чи фізіологічному), яке притаманно особі від народження, являє собою криміногенний ризик. Він взагалі сам по собі не здатний призвести до злочину і не може розглядатись як причина злочинності. Він «спрацьовує» виключно як детонатор у поєднанні із відповідною соціальною ситуацією. І тоді зупинити процес вчинення злочинів – неможливо. Саме тоді появляються

Онопрієнки, Чекатли, Третьякови, Джумангалієви та їм подібні. Звичайно, на сьогодні наука не спроможна дати відповідь на питання, де перебуває ця аномалія. Хоча останні дослідження американських науковців свідчать, що існує ген, який штовхає чоловіків на вчинення злочинів в громадських місцях – на вулицях [9]. Ще одним американським вченим, нейрофізіологом Кентом Килі, виявлена дільниця мозку, яка відповідає за антисоціальну поведінку особи. Звичайно говорити про якийсь прорив у дослідженні наявності біологічної детермінанти ще завчасно. Але те, що «щось є» – не викликає сумніву.

Як же діє ця загроза? Ще раз підкреслимо, що сама по собі вона не визначає обов'язковості вчинення особою злочину. Для того щоб загроза стала реальністю, необхідно, щоб особа потрапила у відповідну життєву ситуацію, яка виступить детонатором злочину. Прикладом цього може бути злочинна доля відомого польського серійного вбивці – Мархвицького, який тримав у стані тривоги центральні райони Польщі протягом восьми років (з 1964 по 1972 рр.) Ще до його затримання експерти висловились за те, що ззовні злочинець – пересічна людина. Він має нормальну родину – дружину, дітей, роботу, на якій характеризується позитивно та т. ін. Експерти зазначали, що перший свій злочин був ним вчинений під впливом життєвої ситуації і лише в процесі вчинення «запрацювала» біологічна детермінанта, яка визначила подальший злочинний шлях особи. Так воно і сталося. Після затримання Мархвицький пояснив, що перший свій злочин він вчинив на прохання своєї тещі, яка поскаржилась на сусідку і попросила її «провчити», маючи на увазі її побиття. Перестрівши потерпілу вночі Мархвицький почав її бити і коли побачив кров, за його словами, отримав таку насолоду, якої не знав за все життя. Після цього він вже не міг зупинитись, хоча і робив такі спроби. Але бажання знов отримати відповідне відчуття були сильніше за нього. Мархвицький повністю віддавав звіт власній поведінці і керував нею, тобто з точки зору розуміння кримінальним правом змісту умисної вини все відповідало визначеним кримінально-правовою теорією характеристикам. Скоріше усього існує щось, що визначає таку злочинну поведінку, щось, що сучасна наука виявити ще не може [10].

Така загроза визначає не тільки саму можливість вчинення злочину у поєднанні з відповідною соціальною ситуацією, а часто і механізм вчинення злочину, які є ідентичним для всіх випадків. Яскравим прикладом цього може бути справа Третьякова, яка була розглянута Архангельським обласним судом у 1979 році. Третьяков, який вчинив перше вбивство своєї співмешканки шляхом удушення з подальшим розтином тіла, усі подальші сім вбивств вчиняв тим самим способом, хоча і робив спроби урізноманітнити його.

¹ Не будемо зараз згадувати усю історію цієї дискусії. Вона сама по собі може бути предметом цікавого наукового аналізу. Значимо лише, що вона фактично охопила усі кола наукового середовища і навіть викликала бурхливу реакцію провідного партійного органу – журналу «Комуніст», який виступив з «розгромною» статтею, виступаючи проти будь-якої, навіть найменшої можливості визнання наявності біологічних причин злочинності.

Подібних прикладів можна, на жаль, навести багато.

Підсумовуючи можна ще раз ствердити, що існує на біо-фізіологічному рівні не визначена сучасною наукою криміногенна загроза, яка у відповідній соціальній ситуації призводить у дію механізм вчинення злочину. Саме ця соціальна ситуація повинна у механізмі злочину визначатись як його причина.

Яким же чином і у якій своїй частині політика у сфері боротьби зі злочинністю може і повинна «контактувати» з криміногенними ризиками?

Одразу можна відповісти на другу частину питання. «Контакт» цей відбувається на рівні кримінологічної (профілактичної) політики.

Що торкається того як має відбуватись цей «контакт», то тут можна навести деякі, далеко не повні їх форми.

По-перше, це здійснення добре відомої криміногенної експертизи законопроектів, документів партій, громадських організацій та т. ін. – їх аналіз з позицій наявності криміногенних ризиків.

По-друге, проведення аналізу соціальних змін під кутом зору переходу суспільства на новий рівень розвитку – інформаційного суспільства і можливостей впливу цих процесів на злочинність.

По-третє, постійний кримінологічний моніторинг соціальної ситуації – виявлення змін у характеристиках суспільства, окремих соціальних груп та т. ін. під кутом зору аналізу оцінки ними соціальної ситуації, наявності у них вимог до її зміни.

По-четверте, аналіз діяльності новітніх релігійних течій з позицій наявності в їх гаслах криміногенних загроз.

По-п'яте, проведення медико-біологічних досліджень з метою виявлення відхилень, які можуть визначатись, як криміногенна загроза.

Висновки. Кримінально-правова політика може включатись в окремих випадках для усунення існуючих криміногенних ризиків шляхом криміналізації тих чи інших видів діянь, які можуть породжувати причини злочинності. Але це вже критичний шлях вирішення ситуації, так би мовити «останній довід королів».

Висловлені позиції мають на меті привернути увагу до поставленої проблеми, вирішення якої спроможне суттєво вплинути на стан, структуру та динаміку злочинності в країні.

Література:

1. Керимов Д. А. Философские проблемы права / Д. А. Керимов. — М., 1972. — С. 384-385.
2. Аванесов Г. А. Криминология / Г. А. Аванесов. — М., 1984. — С. 184.
3. Закалюк А. П. Курс сучасної української криминології: теорія і практика: у 3 кн. / А. П. Закалюк. — К.: Ін Юре, 2007. — Кн. 1. — С. 184.
4. Курс криминології. Загальна частина: підручник: у 2 кн. / О. М. Джужа, П. П. Михайленко, О. Г. Кулік та ін.; За заг. ред. О. М. Джужі. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — С. 81.
5. Философский энциклопедический словарь. — М.: Советская энциклопедия, 1983. — С. 81.
6. Кузнецова Н. Ф. Проблемы криминологической детерминации / Н. Ф. Кузнецова. — М.: Изд-во Московского университета, 1984. — С. 11.
7. Савінова Н. А. Кримінально-правове забезпечення розвитку інформаційного суспільства в Україні: теоретичні та практичні аспекти / Н. А. Савінова. — Київ: ДСК, 2011.
8. Ной И. С. Методологические проблемы советской криминологии / И. С. Ной. — Саратов, 1975. — Ученые выявили ген, толкающий мужчин на уличные преступления [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://kaliningrad.net/news/20957/>
9. Юрий Медведев. Бандитов ищет томограф. В мозге выявлена зона, отвечающая за криминальное поведение человека [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.rg.ru/2013/04/17/mozg.html>
10. Wilgolawski T. Na tropach zabyjcy / T. Wilgolawski. — Katowice, 1977.

Фрис П. Л. Криміногенные риски и политика в сфере борьбы с преступностью

Аннотация. В предлагаемой статье анализируется понятие и содержание криміногенных рисков, рассматриваются их отдельные виды. Осуществляется дифференциация их на политические, экономические, социальные и биологические. Дается краткая характеристика. Рассматриваются точки соприкосновения политики в сфере борьбы с преступностью с криміногенными рисками.

Ключевые слова: криміногенные риски, виды криміногенных рисков, уголовно-правовая политика, криминологическая политика, причины преступности.

Fris P. Criminogenic risk and policy in the field of fighting crime

Summary. The article examines the concept and content of the criminogenic risk and considers their separate species. The differentiation of their political, economic, social and biological. Gives a short description. Discusses the points of contact of the policy in the field of fighting crime with criminogenic risk.

Keywords: criminogenic risk, types of criminogenic risk, criminal-legal policy, criminological policies, causes of crime.

*Березовський А. А.,
к. ю н., доцент,
директор Інституту національного та міжнародного права
Міжнародного гуманітарного університету*

ЗАГАЛЬНА ПАРАМЕТРИЧНА ТЕОРІЯ СИСТЕМ ЯК МЕТОДОЛОГІЧНА ПАРАДИГМА ДОСЛІДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ НА ЗЛОЧИННІСТЬ

Анотація. В статті досліджується кримінально-правовий вплив на злочинність з позицій загальної параметричної теорії систем. Визначається концепт, структура та субстрат механізму кримінально-правового впливу в площині зазначеної теорії. Зроблено висновки про те, що механізм кримінально-правового впливу характеризується використанням юридичних та неюридичних засобів (правова інформація, стимули та мотивації); що стимулювання правомірної поведінки відбувається не лише за рахунок нормативних засобів механізму кримінально-правового впливу, але в контексті, насамперед, позанормативних, або неюридичних засобів – в першу чергу це соціальна юридична інформація та цінності.

Ключові слова: кримінально-правовий вплив, загальна параметрична теорія систем, механізм кримінально-правового впливу.

Постановка проблеми. Проблематика кримінально-правового впливу є досить складною та багатогранною як з точки зору його реалізації в правовому житті суспільства, так і з позицій теоретичного осмислення цього феномену. Саме тому при розкритті специфіки кримінально-правового впливу в науковій літературі використовується досить різнопланова та строката методологія.

Сьогодні в юриспруденції усе більшою мірою стверджується системний підхід як перспективна та методологічно багата дослідницька парадигма. При всьому різноманітті варіацій системного підходу, досить перспективною є загальна параметрична теорія систем, яка продемонструвала свою методологічну ефективність у багатьох суспільствознавчих науках (у тому числі й юриспруденції). Тому вважаємо необхідним дослідити проблему кримінально-правового впливу на злочинність з точки зору загальної параметричної теорії систем.

Отже, метою статті є дослідження кримінально-правового впливу на злочинність з позицій загальної параметричної теорії систем.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Висвітленню окремих аспектів кримінально-правового впливу на злочинність та теорії систем присвятили свої праці, зокрема, Алексєєв С. С., Анісімов Д. І., Бавсун М. В., Вечерова Є. М., Дуюнов В. К., Єсаков Г. А., Коган В. М., Козаченко О. В., Лопашенко Н. А., Мирошниченко Д. В.,

Уйомов А. І., Митрофанов І. І., Туляков В. О., Цофнас А. Ю., Чучаєв А. І., Фірсова А. П. Однак, на сьогоднішній день в теорії кримінального права та кримінології відчувається необхідність в розробці проблеми кримінально-правового впливу на злочинність з позицій системного підходу, зокрема, з позицій досить перспективної, на наш погляд, загальної параметричної теорії систем.

Викладення основного матеріалу. З позицій загальної параметричної теорії систем, систему пропонується розуміти в контексті принципу додатковості (комплементарності). Система – це будь-яка річ, на якій виконується певне відношення з визначеною властивістю. Або ж: система – це така річ, в якій її властивості відповідають визначеному відношенню. Ці дві дефініції виступають взаємодоповнювальними та називаються, відповідно, визначенням за властивістю та визначенням за відношенням. При цьому сама система включає в себе концепт, структуру та субстрат. Субстрат – це елементи системи. Структура – відносини між цими елементами. Концепт – ідея системи [1, 133].

Головна ідея загальної параметричної теорії систем полягає у так званому принципі системності, який складається з трьох постулатів:

1) завжди знайдеться концепт, відносно якого будь-яка річ буде системою, так само як завжди знайдеться концепт, відповідно до якого та ж сама річ системою не буде. Іншими словами – усе, що завгодно, можна представити як систему, і в той же час, усе, що завгодно, можна представити як не-систему. Наприклад, система права чи правова система як поняття, що є часто вживаними в юриспруденції, не будуть системами з точки зору, наприклад, геометрії.

2) будь-яка річ може бути представлена як система з концептом-властивістю та концептом-відношенням. Наприклад, правова норма, представлена як система, з концептом-відношенням розглядається як така, що має триланкову структуру (гіпотеза, диспозиція, санкція); та ж правова норма, розглянута як система з концептом-властивістю, постає як вираження нормативності і її структура буде представлена в іншому плані (вид припису, характер дії, вид активності).

3) будь-яка властивість і будь-яке відношення можуть зіграти роль концепту певної системи [2, 126-130].

Використання загальної параметричної теорії систем стосовно кримінально-правового впливу вимагає від нас правильного використання її як методу дослідження. Тут можна використовувати запропоновану А. Ю. Цофнасом послідовність використання системного методу, що включає кілька етапів: 1) системне представлення; 2) визначення значень системних параметрів; 3) підведення об'єкту під системну закономірність [3, 210-212].

При розгляді питань кримінально-правового впливу як комплексного правового феномену та наукової конструкції часто використовують метафору «механізму». Вочевидь, ця традиція іде від запропонованого С. С. Алексєєвим поняття «механізм правового регулювання» [4]. Як раз механізм кримінально-правового впливу ми будемо розглядати як систему з позицій загальної параметричної теорії систем.

Перш за все, необхідно визначитися, у якому сенсі механізм кримінально-правового впливу буде розглядатися як система, тобто визначити концепт цієї системи. Як було наголошено у попередніх статтях, центральною ланкою кримінально-правового впливу не може розглядатися ані покарання, ані кара, ані обмеження правового статусу особи, оскільки це звужує це явище в контексті правового життя. Кримінально-правовий вплив, розглянутий з комплексної, інтегративної позиції має одразу декілька «центрів», тобто смислових згустків, які утворюють його систему. Щонайменше можна говорити про три змістовні блоки кримінально-правового впливу: кримінально-правову політику, кримінальне право та кримінальне законодавство. Однак використання поняття механізму кримінально-правового впливу зобов'язує до постановки питання про те, яким чином пов'язані ці структурні компоненти, та що саме перебуває в центрі цього механізму, є його рушійною ідеєю.

У найбільш широкому контексті механізм дії права розглядається як система реалізації об'єктивного права. При цьому зміст механізму дії права розкривається найчастіше через розуміння специфічних правових засобів. Самі ж правові засоби тлумачаться максимально широко – як сукупність усіх складових механізму, що мають юридичний характер: від правової норми до юридичної відповідальності [5, 316-318].

Правові засоби при цьому розглядаються як «правові явища, виражені в інструментах (установленнях) та діяннях (технологіях), за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення соціально-корисних цілей» [6, 69]. А. В. Малько при цьому пише, що механізм правового регулювання постає як інформаційно-енергетичний комплекс. Роль інструментів (інформації) тут виконують суб'єктивні права, обов'язки, стимули, покарання;

засобів – діяння (акти реалізації прав та обов'язків, юридичні факти) [6, 70].

Такий підхід, утім, критикується в кримінально-правовій науці, хоча, як видається, не в повній мірі коректно. Так, А. П. Чучаєв та А. П. Фірсова стверджують, що «по-перше, в структуру механізму правового регулювання включаються якісно різні складові, що не відповідає ознакам системного цілого». При цьому автори пишуть, що єдиною можливою формою реалізації прав виступає свідомо-вольова поведінка суб'єктів, у той час як механізм правового регулювання не може включати в себе акти поведінки [7, 185-186]. Думається, що насправді все як раз навпаки: механізм правового регулювання та правового впливу взагалі обов'язково включає в себе поведінку суб'єктів права як одну з центральних ланок. Механізм правового впливу, не зорієнтований на поведінку, не є дієвим, перетворюється на умоглядну конструкцію, відірвану від правового життя та реальних правових відносин. Власне, саме поведінка суб'єктів права є тим феноменом, на який зорієнтовано правовий вплив, у тому числі – кримінально-правовий. Крім того, складно погодитися з науковцями в тому, що реалізація суб'єктивних прав можлива лише у свідомо-вольовому аспекті діяльності людини. Тут відчувається вплив застарілої методології, коли реалізація права розглядалася виключно в контексті правових відносин [8]. Сучасна юридична наука розглядає реалізацію права як таку, що можлива і поза правовими відносинами. Наприклад, невчинення злочину – це реалізація юридичного обов'язку за межами правових відносин. При цьому навіть несвідому правомірну поведінку також можна вважати результатом правового впливу [9].

Інший підхід до розуміння механізму дії права представлений в дослідженнях А. В. Ленчика. На його думку, правові засоби представляють комплексний, але не єдиний елемент цього механізму. Окрім зовнішніх проявів суб'єктності дослідник включає до нього також її внутрішні характеристики, стверджуючи, що механізм дії права – це складна організована система соціально-правових засобів (принципів, приписів, інститутів тощо), що розглядається в єдності та взаємозв'язку з соціальною діяльністю людей, їх інтересами та потребами, і пов'язана з забезпеченням досягнення цілей цієї діяльності в певних суспільних умовах у правовий спосіб [10, 59].

Інша інтерпретація «механізму» дії права запропонована К. В. Шундиком. Він пропонує розмежовувати поняття «механізм правового регулювання» та «правовий механізм». При цьому перший означає систему етапів регулятивного правового впливу, інструментальну структуру якого утворюють різноманітні за природою правові феномени. Другий – типовий акт (цикл) правового регулювання, що представляє систему нормативних юридичних засобів. Правовий механізм пропонується розуміти як «особливий різно-

вид юридичних конструкцій» з регулятивним змістом [11, 18, 21]. Тут, як видається, спостерігається деяка неточність та непослідовність автора у розумінні сутності дії права та правового регулювання. Дійсно, правове регулювання не є найбільш широкою категорією, як було продемонстровано вище, дія права охоплює значно ширше коло правових феноменів. Однак розуміння «правового механізму» не може бути тотожним дії права, оскільки дія права може бути представлена і в не механістичному контексті: наприклад, як мета правової системи [12, 46-47].

У цьому контексті механізм правового впливу, у тому числі, кримінально-правового, може бути розглянутий з кількох найбільш принципових позицій:

1) механізм правового впливу пов'язаний не лише з правовими відносинами, але й відносинами, на які поширюється дія права (соціальні, культурні, політичні тощо);

2) предметом механізму правового впливу є уся сфера правозначущої поведінки людей;

3) механізм правового впливу включає в себе як юридичні засоби, так і неюридичні засоби;

4) механізм правового впливу не завжди має точну юридичну міру (нормативність), оскільки може використовувати й інші, позанормативні регулятори поведінки людей;

5) метою механізму правового впливу є не лише регулювання, але й попередження, шляхом виховання, стимулювання та впливу на правову свідомість неюридичними засобами з виробленням стандарту законослухняної поведінки [13, 257-258].

Можна констатувати, що з таких позицій інтерпретація механізму кримінально-правового впливу набуває нових рис. Якщо механізм кримінально-правового регулювання зорієнтований, насамперед, на, власне, регулювання правових відносин, що виникають у процесі захисту соціальних цінностей кримінально-правовими засобами, то кримінально-правовий вплив в своєму цільовому призначенні охоплює уся систему засобів, юридичних та неюридичних, зорієнтовану на протидію злочинності як соціальному феномену.

Отже, концептом системи «механізм кримінально-правового впливу» виступатиме протидія злочинності. Другий етап розкриття змісту цієї системи – виявлення структури, тобто демонстрація тих правових та інших соціальних норм, цінностей, інститутів, що входять до складу механізму кримінально-правового впливу. Слід зауважити, що на відміну від концепту системи механізму кримінально-правового впливу питанням його структури в літературі приділяється значно більше уваги.

Узагальнюючи погляди В. М. Когана [14], П. О. Фелова [15, 66], А. О. Васильченка [16, 77-78, 81], О. М. Кондалова [17, 15], В. К. Дуюнова [18, 38], можна зробити висновок, що в цілому бачення структури механізму кримінально-правового впливу, незважаючи

на різницю в деталях, є спорідненим у багатьох дослідників цього складного феномену:

– механізм кримінально-правового впливу включає в себе юридичні та позаюридичні (моральні, соціальні, економічні, культурні тощо) фактори та засоби;

– на нормативному рівні механізм кримінально-правового впливу охоплює усю сферу кримінального законодавства. При цьому структурою кримінально-правового впливу визначаються:

1) форми кримінально-правового впливу, які визначають зовнішні канали кримінально-правового впливу (кримінальне право, кримінальне законодавство, кримінальна політика, елементи правової інформованості та правового виховання, правова пропаганда);

2) методи кримінально-правового впливу – способи передачі суб'єктам, що реалізують свою активність у сфері дії кримінального права, відповідної «програми» поведінки та її корекції у випадку відхилень (кримінально-правові заходи карального та некарального характеру);

3) кримінально-правова діяльність, що визначає внутрішню організацію механізму кримінально-правового впливу та постає у вигляді систем кримінальної юстиції, органів, функціональна діяльність яких спрямована на протидію, попередження та розслідування злочинів.

Кожен з елементів механізму кримінально-правового впливу у цій системі органічно пов'язаний з іншим. Спосіб цього зв'язку, внутрішня організація механізму кримінально-правового впливу складають, у кінцевому рахунку, структуру цього механізму. Не випадково структура якраз і постає як система відношень або їх властивостей. Ця структура характеризується:

1) причинно-наслідковими зв'язками, тобто детермінованість генезису злочинності, а також соціально-активної поведінки суб'єктів права формами, методами та засобами кримінально-правового впливу; 2) функціональними зв'язками, що виражає цілісність механізму кримінально-правового впливу – жоден з виокремлених блоків не може переймати на себе функціональне навантаження іншого блоку; 3) координаційними зв'язками – відношення елементів структури механізму кримінально-правового впливу завжди передбачає злагодженість їх реалізації: кримінально-правова політика закономірно впливає на формування кримінального права та у кінцевому результаті – кримінального законодавства, яке є нормативною формою існування системи кримінально-правових засобів, реалізація яких через систему правового інформування та правового виховання утворює правомірну поведінку, а у випадку нереалізації – включається механізм кримінальної юстиції; 4) субординаційні зв'язки, які виражаються у співвідпорядкуванні як рівнів, так і засобів та форм кримінально-правового впливу.

Видається, що такий підхід до розуміння механізму кримінально-правового впливу найбільш повно

та системно відображає його сутність та безпосередню реалізацію в практиці соціального життя. Більше того, він органічно поєднує усі представлені в сучасній кримінально-правовій літературі концепції механізму кримінально-правового впливу, дозволяючи їм доповнювати одна одну.

Між тим, розгляд механізму кримінально-правового впливу не може обмежуватися виключно констатацією його структури. Визначивши концепт системи, розкривши її структуру, постає необхідність визначитися з субстратом системи, тобто на чому вона реалізується. Тут слід розглянути ті безпосередні ланцюги та ланки механізму кримінально-правового впливу, в яких зосереджується його реалізація.

Особливої уваги у цьому контексті заслуговує проблема співвідношення юридичних та позаюридичних засобів у механізмі кримінально-правового впливу. У цьому контексті справедливою є висловлена ще більш ніж півстоліття тому думка, що механізм правового впливу не є ізольованим та відокремленим агрегатом. Він працює в контакт з іншими механізмами соціального управління, виступаючи ланкою, елементом більш високого та складного механізму управління та самоуправління суспільних процесів [19, 126].

У цьому зв'язку М. П. Орзіх пропонує розглядати механізм правового впливу як певну закриту систему «вводу-виводу», яка працює за власними внутрішніми законами. На «вході» до неї розміщується «основний імпульс» правового регулювання – нормативно-правовий матеріал, зумовлений суспільними потребами і такий, що виражає волю та інтереси народу. На «виході» – суспільні відносини, організовані та впорядковані відповідно до потреб розвитку, функціонування суспільства. «Всередині» системи існують певним чином організовані форми об'єктивації права, способи (методи) його впливу на особистість та соціум, канали його здійснення, правова діяльність соціальних спільнот – результат їх реакції на правовий вплив та засіб фіксації права в суспільному житті [20, 171].

За схожою схемою, на нашу думку, працює й механізм кримінально-правового впливу, реалізуючи свій субстрат. Слід зауважити, що проблематика реалізації неюридичного кримінально-правового впливу в юридичній літературі практично не обговорюється, оскільки традиційно усі питання кримінально-правового регулювання та дії кримінального права як такого розглядаються з нормативних позицій, і це багато в чому виправдана позиція (кримінальне право є у максимальній мірі нормативним, на відміну від багатьох інших галузей права). Між тим, у загальній теорії права неюридичними компонентами правового впливу розглядаються цінності, директиви та інформація.

Взагалі, поширеною є позиція, відповідно до якої неюридичний правовий вплив не є, власне, правовим,

оскільки здійснюється за рахунок тих елементів соціальної системи, які не мають правового забарвлення, а тому неюридичний вплив не потребує правової форми своєї реалізації [21, 113-114]. Між тим, можна зауважити, що вплив неюридичних (або позанормативних) регуляторів підпорядковується загальним законам соціальної психології. Право через свої властивості отримує здатність бути формою та носієм ідей, які відповідають тій чи іншій добі у розвитку суспільства, а тому стає інструментом пізнання та елементом загального комунікативного процесу трансляції, сприйняття, переробки соціальної інформації. Однак цим функціональне призначення неюридичних елементів правового впливу не обмежується. Право спеціально спрямоване на формування такої моделі соціальної активності особистості, в якій би знаходили своє вираження цінності, властиві суспільству [22, 12].

Ці міркування цілком можуть бути перенесені і на кримінально-правовий вплив. Видається, що його механізм набагато ширше використовує неюридичні засоби, ніж про це думають. Правова інформація, яка формується та використовується в кримінально-правовій сфері, здійснює правокорекційний вплив на поведінку людей та формує соціальний образ як, з одного боку, кримінального права, так і, з іншого боку, злочинності як соціального феномену. Ці два образи є взаємодоповнюваними та взаємозумовленими, трансформація одного веде до трансформації іншого.

Ключову роль для механізму кримінально-правового впливу мають такі елементи його субстрату як стимули та мотивації. На думку П. Хряпінського, дослідження проблеми заохочення правомірної поведінки у кримінальному законодавстві має велике теоретичне та практичне значення, що полягає у виокремленні, апробації і закріпленні на законотворчому та правозастосовному рівнях високоефективних правових засобів, знарядь і способів, що активно впливають на правосвідомість осіб у напрямках: а) дотримання кримінально-правових заборон; б) використання суб'єктивних прав у протидії суспільно небезпечним і злочинним проявам; в) здійснення позитивної посткримінальної поведінки; г) досягнення цілей кримінального покарання [23, 52]. Такий підхід у цілому можна назвати виправданим, оскільки він дійсно дозволяє говорити про певні форми заохочення поведінки суб'єктів права.

Між тим, слід зауважити, що стимулювання правомірної поведінки відбувається не лише за рахунок нормативних засобів механізму кримінально-правового впливу, але в контексті, насамперед, позанормативних, або неюридичних засобів. У першу чергу це соціальна юридична інформація та цінності.

Дослідженню поняття, змісту і структури кримінально-правової інформації приділив увагу В. О. Петров. До неї він відносить інформацію, що характеризує сферу діяльності правоохоронних

органів, пов'язану з правовим реагуванням на злочини, які вчинюються, готуються або вже вчинені, і визначає її як сукупність даних, що відображають: стан і тенденції явищ, для боротьби з якими застосовуються кримінально-правові норми; обсяг, інтенсивність, структуру реалізації правоохоронними органами кримінально-правових норм та інститутів для притягнення винних до кримінальної відповідальності; виконання покарання; використання допоміжних заходів кримінально-правового характеру; результати застосування кримінально-правових заходів [24, 3-4]. При цьому кримінально-правова інформація розглядається як соціологічне підґрунтя для ухвалення рішень про зміни законодавчого врегулювання кримінально-правової боротьби зі злочинністю, а тому її значення важко переоцінити. Кримінально-правова інформація, таким чином, є невід'ємним компонентом механізму кримінально-правового впливу, одним з аспектів субстрату його системи.

Іншим знаковим елементом субстрату системи «механізм кримінально-правового впливу» є цінності.

Використання теорії цінностей на рівні юриспруденції сьогодні не викликає запитань – це один з найбільш успішних напрямів теоретичного осмислення права. Так, на думку Д. Г. Михайленка, аксіологічний аналіз Закону про кримінальну відповідальність повинен займати особливе місце в юридико-аксіологічній думці і виокремитися в спеціальну її форму – кримінально-правову аксіологію (вчення про цінності, які відображаються і забезпечуються кримінальним правом і про цінності самого кримінального права) [25, 291]. Цілком слушною видається також позиція Г. В. Гребенькова та М. В. Палія, що «аксіологія у кримінальному праві призначена для визначення ідеалу цінності кримінального права, з одного боку, і з'ясування реальних суспільних цінностей кримінально-правового характеру – з іншого» [26, 89].

Однак на рівні кримінально-правового впливу як реального механізму юридизації кримінально-правової сфери правова аксіологія поки що не знайшла свого адекватного відображення, що пов'язане, на нашу думку, з догматизацією цієї науки та певним смисловим розділенням, яке має місце при розгляді предмету науки кримінального права.

Ціннісно-нормативна теорія права пропонує під правом розуміти історично сформовану, морально обґрунтовану та релігійно вивірену, легалізовану ціннісно-нормативну систему, що розрахована на всезагальне визнання (легітимацію) та відповідну поведінку людей, організацій, соціальних спільнот, в якій використовуються процедури, формалізовані рішення та державний примус для попередження та вирішення конфліктів, збереження соціальної спільноти [27, 56-57]. Визначальною тезою ціннісно-нормативного праворозуміння виступає сприйняття

права як системи, в якій функціонують як норми, так і цінності.

У ціннісно-нормативному праворозумінні виражена трансляція права крізь віки від покоління до покоління за допомогою правового менталітету, правових традицій, правових інститутів, що дає можливість простежити історичну зумовленість права, його моральну обґрунтованість та відповідність традиційним релігійним основам.

Як підкреслює Ю. М. Оборотов, ціннісно-нормативна система права завжди розрахована на її визнання народом, тобто легітимацію, що забезпечує її дієвість та ефективність. Поза сумнівів, легітимність – це лише важлива основа того, аби правовий механізм функціонував, оскільки навряд можна вирішити завдання правового впливу, не використовуючи такі правові інструменти як стійкі процедури, формалізовані рішення та засоби державного примусу [28, 53].

Нарешті, центральними ідеями ціннісно-нормативного праворозуміння виступають, по-перше, конфліктне призначення права і, по-друге, необхідність збереження існуючої соціальної спільноти. Сміслота характеристика права і професії юриста завжди пов'язані з можливостями попередження виникнення конфліктних ситуацій, а при їх виникненні – оптимального вирішення. Так само як метою права з моменту його виникнення в стародавньому суспільстві до наших часів є забезпечення цілісності людського існування від роду і племені в давнину, до сім'ї та держави у сучасному житті [29, 150-158].

Ціннісна характеристика кримінального права, а особливо – його дії, вимагає з'ясування цілого ряду принципових питань. По-перше, слід з'ясувати, чи властиві кримінальному праву цінності як такі. Якщо властиві, то в якій формі вони можуть існувати та яким чином впливати на поведінку людей та соціальних спільнот. По-друге, важливою проблемою є взаємозв'язок цінностей, що існують в кримінальному праві та антицінностей кримінально-правової сфери. Нарешті, з'ясування вимагає питання, як взаємодіють кримінально-правові норми та цінності в кримінально-правовому впливі, якою є оптимальна модель їх співвимірності.

Відповіді на ці питання вимагають розгляду кримінально-правового закону з позицій відображення у ньому аксіологічних елементів правового життя. Одна з ключових методологічних позицій ціннісно-нормативного праворозуміння полягає у тому, що позитивне право виступає, насамперед, формою існування цінностей правової сфери. Таким чином, кримінально-правовий закон є сенс розглядати як кінцевий результат, кінцеву форму привнесення в право тих чи інших цінностей.

В юридичній літературі також висловлюється думка, що чим вищим є статус цінності, яка знаходить

свою позитивацію в праві, тим відповідно вищим буде ступінь її правового забезпечення. Так, сам момент привнесення соціальної цінності до правової сфери свідчить про її виключний статус, оскільки вона починає забезпечуватися найбільш формалізованим та потужним суспільним механізмом – правом. Якщо ж цінність стає предметом кримінально-правової охорони, то її позиція в ієрархії цінностей є однією з найвищих. Ця думка цілком підтверджується традиційним розглядом кримінального права як системи, що покликана забезпечувати найбільш принципові та важливі цінності сучасного суспільства.

Дослідження кримінально-правового впливу на злочинність з позицій загальної параметричної теорії систем дозволяє зробити такі **висновки**: кримінально-правовий вплив на злочинність в своєму цільовому призначенні охоплює усю систему засобів, юридичних та неюридичних, зорієнтовану на протидію злочинності як соціальному феномену; концептом системи «механізм кримінально-правового впливу» виступає протидія злочинності; структура кримінально-правового впливу характеризується: 1) причинно-наслідковими зв'язками, тобто детермінованість генезису злочинності, а також соціально-активної поведінки суб'єктів права формами, методами та засобами кримінально-правового впливу; 2) функціональними зв'язками, що виражає цілісність механізму кримінально-правового впливу – жоден з виокремлених блоків не може перейти на себе функціональне навантаження іншого блоку; 3) координаційними зв'язками – відношення елементів структури механізму кримінально-правового впливу завжди передбачає злагодженість їх реалізації: кримінально-правова політика закономірно впливає на формування кримінального права та у кінцевому результаті – кримінального законодавства, яке є нормативною формою існування системи кримінально-правових засобів, реалізація яких через систему правового інформування та правового виховання утворює правомірну поведінку, а у випадку нереалізації – включається механізм кримінальної юстиції; 4) субординаційні зв'язки, які виражаються у співвідпорядкуванні як рівнів, так і засобів та форм кримінально-правового впливу; механізм кримінально-правового впливу характеризується використанням юридичних та неюридичних засобів (правова інформація, стимули та мотивації); стимулювання правомірної поведінки відбувається не лише за рахунок нормативних засобів механізму кримінально-правового впливу, але в контексті, насамперед, позанормативних, або неюридичних засобів. У першу чергу це соціальна юридична інформація та цінності.

Література:

1. Цофнас А. Ю. Философия. Ч. 1. Предмет философии. Онтология : учеб.-справ. пособ. / А. Ю. Цофнас. — О. : Наука и техника, 2009. — 196 с.
2. Уёмов А. И. Системный подход и общая теория систем / А. И. Уёмов. — М. : Мысль, 1978. — 272 с.
3. Цофнас А. Ю. Гносеология : учеб. пособ. / А. Ю. Цофнас. — Изд. 2-е, испр. и доп. — О. : Наука и техника, 2011. — 248 с.
4. Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве / Алексеев С. С. — М. : Юрид. лит., 1966. — 187 с.
5. Матузов Н. И. Теория государства и права : учеб. / Матузов Н. И., Малько А. В. — М. : Юристъ, 2004. — 512 с.
6. Малько А. В. Правовые средства: вопросы теории и практики / А. В. Малько // Журнал российского права. — 1998. — № 8. — С. 66-77.
7. Чучаев А. И. Уголовно-правовое воздействие: понятие, объект, механизм, классификация : монограф. / А. И. Чучаев, А. П. Фирова. — М. : Проспект, 2013. — 320 с.
8. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм / Недбайло П. Е. — М. : Госюриздат, 1960. — 511 с.
9. Оксамытный В. В. Правомерное поведение личности / Оксамытный В. В. ; Отв. ред. : Козюбра Н. И. — К. : Наук. думка, 1985. — 175 с.
10. Ленчик В. А. Механизм действия права / В. А. Ленчик // Следователь. — 2001. — № 5. — С. 59-62.
11. Шундилов К. В. Правовые механизмы: основы теории / К. В. Шундилов // Государство и право. — 2006. — № 12. — С. 12-22.
12. Колесниченко В. В. О понятии «национальная правовая система» / В. В. Колесниченко // Правове життя сучасної України : матер. Міжнар. наук. конф. проф.-викл. складу (Одеса, 20-21 квітня 2012 р.). Т. 1 / відп. за випуск д.ю.н., проф. В. М. Дрьомін. — О. : Фенікс, 2012. — С. 46-47.
13. Скакун О. Ф. Теория права і держави : підруч. / О. Ф. Скакун. — 3-е вид. — К. : алеута ; ЦУЛ, 2011. — 524 с.
14. Коган В. М. Социальный механизм уголовно-правового воздействия / В. М. Коган. — М. : Наука, 1983. — 182 с.
15. Фелелов П. А. Механизм уголовно-правовой охраны (основные методологические проблемы) / П. А. Фелелов. — М. : Наука, 1992. — 230 с.
16. Васильченко А. А. Система уголовно-правового регулирования общественных отношений / А. А. Васильченко // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : матер. междунар. наук.-практ. конф. — М., 2008. — С. 77-81.
17. Кондалов А. Н. Условное осуждение и механизмы его обеспечения : автореф. дисс.... канд. юрид. наук ; спец. : 12.00.08 — Уголовное право и криминология ; Уголовно-исполнительное право / А. Н. Кондалов. — Казань, 2000. — 17 с.
18. Дуюнов В. К. Механизм уголовно-правового воздействия: теоретические основы и практика реализации : Дисс. докт. юрид. наук / В. К. Дуюнов. — Тольятти, 2001. — 498 с.
19. Шабалин В. А. Системный анализ механизма правового регулирования / В. А. Шабалин // Советское государство и право. — 1969. — № 10. — С. 123-127.
20. Орзих М. Ф. Личность и право : монограф. / М. Ф. Орзих. — О. : Юрид. л-ра, 2005. — 312 с.
21. Общая теория государства и права : Академический курс в 3-х т. / Изд. 2-е, перераб. и доп. ; отв. ред. М. Н. Марченко. — Том 2. — М. : Зерцало-М, 2002. — 528 с.
22. Оборотов Ю. Н. Основные вопросы теории правовой активности личности социалистического общества :

- автореф. дис. ... канд. юрид. наук. / Ю. Н. Оборотов. — К., 1979. — 17 с.
23. Хряпінський П.В. Заохочення правомірної поведінки у кримінальному законодавстві України / П.В. Хряпінський // Вісник Національної академії прокуратури. — 2010. — № 2. — С. 51-58.
 24. Петров В. А. Понятие уголовно-правовой информации, её структура и содержание / В. А. Петров. — М. : Академия МВД СССР, 1989. — 36 с.
 25. Михайленко Д. Г. Аксіологічне осмислення хабарництва / Д. Г. Михайленко // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць. — Вип.40. — О. : Юрид. л-ра, 2008. — С. 290-295.
 26. Гребеньков Г. В. Призначення аксіології у кримінальному праві: постановка проблеми / Г. В. Гребеньков, М. В. Палій // Вісник академії адвокатури України. — 2011. — Число 2 (21). — С. 84-90.
 27. Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс : учебник / под ред. Ю. Н. Оборотова. — О. : Фенікс, 2011. — 436 с.
 28. Оборотов Ю. Праворозуміння як аксіоматичне начало (постулат) права / Ю. Оборотов // Право України — 2010. — № 4. — С. 49-55.
 29. Оборотов Ю. Від ціннісної характеристики — до формування аксіометрії права і держави / Ю. Оборотов // Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 1. — С. 150-158.

Березовский А. А. Общая параметрическая теория систем как методологическая парадигма исследования уголовно-правового воздействия на преступность

Аннотация. В статье исследуется уголовно-правовое воздействие с позиций общей параме-

трической теории систем. Определяется концепт, структура и субстрат механизма уголовно-правового воздействия. Сделаны выводы о том, что механизм уголовно-правового воздействия характеризуется использованием юридических и неюридических средств (правовая информация, стимулы и мотивации); что стимулирование правомерного поведения осуществляется не только за счет нормативных средств механизма уголовно-правового воздействия, но в контексте, прежде всего, неюридических средств — в первую очередь это социальная юридическая информация и ценности.

Ключевые слова: уголовно-правовое воздействие, общая параметрическая теория систем, механизм уголовно-правового воздействия.

Berezovsky A. General parametric systems theory as a methodological paradigm is the study of criminal-legal influence on crime

Summary. The article investigates the criminal legal effect from the positions of the general theory of parametric systems. Defined concept, structure and substrate of the mechanism of criminal-legal influence. The conclusions that a mechanism of criminal-legal influence is characterized by the use of legal and non-legal measures (legal information, incentives and motivation); that the promotion of lawful behaviour occurs not only due to normative means of a mechanism of criminal-legal influence, but in the context of primarily non-legal measures, primarily as a social legal information and values.

Keywords: criminal-legal influence, General parametric systems theory, mechanism of criminal-legal influence.

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ САНКЦІЙ ДО НЕПОВНОЛІТНІХ

Анотація. В статті розглядаються проблеми застосування санкцій до неповнолітніх, запропоновані конкретні зміни до кримінального законодавства, направлені на покращення системи покарань неповнолітніх.

Ключові слова: покарання неповнолітніх, громадські і виправні роботи, арешт, позбавлення волі на певний строк.

Постановка проблеми. Кримінальний кодекс України [1] переважно побудований без урахування особи неповнолітнього. Є безліч прикладів, коли санкції статей Особливої частини КК України створюють проблеми застосування для практиків.

У той час, коли для повнолітніх злочинців передбачено дванадцять видів покарання, для неповнолітніх – лише шість. Це негативно впливає на визначення виду покарання неповнолітньому злочинцю. Для повнолітніх осіб вибір є більш широким.

Часто, коли для повнолітніх осіб санкція статті є альтернативною, для неповнолітнього, у більшості випадків, вона є безальтернативною [2, 126; 3, 1]. Прикладів можна привести безліч. От хоча б злочини середньої тяжкості, за вчинення яких до кримінальної відповідальності може бути притягнута особа з 14-річного віку: ст. 116 КК України у санкції статті передбачила покарання – обмеження волі на строк до п'яти років або позбавлення волі на той самий строк (але, обмеження волі не застосовується згідно чинного законодавства до неповнолітніх); ст. 117 – обмеження волі на строк до п'яти років або позбавлення волі на той самий строк (знову ж – обмеження волі не застосовується згідно чинного законодавства до неповнолітніх); ч. 1 ст. 122 – виправні роботи на строк до двох років або обмеження волі на строк до трьох років, або позбавлення волі на строк до трьох років (виправні роботи передбачені для неповнолітнього з 16-річного віку, обмеження волі не застосовується згідно чинного законодавства до неповнолітніх); ч. 1 ст. 185 – штраф від п'ятидесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадські роботи на строк від вісімдесяти до двохсот сорока годин, або виправні роботи на строк до двох років, або арешт на строк до шести місяців, або позбавлення волі на строк до трьох років (часто змоги сплатити штраф у неповнолітнього немає, громадські та виправні роботи та арешт застосовуються із 14-річного віку) тощо. В усіх випадках не викликає труднощів застосування лише позбавлення волі.

Сформоване положення не можна визнати прийнятним, оскільки передбачена ст. 98 КК система покарань неповнолітніх злочинців залишається фактично нереалізованою. Але реально застосовується лише покарання у вигляді позбавлення волі.

В світлі проблем, пов'язаних із проблемами застосування санкцій до неповнолітніх, постає питання щодо дієвості системи покарань неповнолітніх, яка не виконує потрібної для досягнення цілей покарання ролі.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Проблеми покарання неповнолітніх постійно привертала увагу вітчизняних і зарубіжних юристів і практичних працівників. Серед них варто виділити роботи З. А. Астемірова, М. М. Бабаєва, Л. В. Багрій-Шахматова, А. М. Бандурки, М.І. Бажанова, І. М. Гальперіна, В. О. Глушкова, В. К. Гришука, Н. О. Гуторової, Т. А. Денисової, Г. В. Дровосекова, Г.І. Забр'янського, І.І. Карпенця, В. О. Меркулової, Г. М. Миньковського, Н. А. Мирошніченко, О.Є. Наташева, І. С. Ноя, В. Ф. Пірождкова, А. Х. Степанюка, М. О. Стручкова, В. М. Трубникова, А. П. Тузова, М. Д. Шаргородського, М.І. Хавронюка, Н. С. Юзікової та інших видатних вчених та практиків.

Метою статті є спроба вирішення проблеми застосування санкцій до неповнолітніх шляхом удосконалення системи покарань неповнолітніх.

Викладення основного матеріалу. Недоліки позбавлення волі не оспорується у літературі [4, 63-64]. При засудженні до покарання у виді позбавлення волі неповнолітній відривається від життя в нормальних умовах, ізолюється від суспільства, потрапляє в обстановку, яка різко відрізняється від життя на волі, де можливість залучення до антигромадських стереотипів поведінки значно зростає, а адаптаційні здатності особистості до життя на волі після звільнення знижуються. Зазначені обставини збільшуються й труднощами матеріально-фінансового характеру, з якими виховні колонії в цей час самостійно впоратися не в змозі.

Тому, ми пропонуємо *залишити позбавлення волі в системі покарань неповнолітніх злочинців лише за вчинення ними тяжких злочинів, пов'язаних із фізичним насильством над особою та особливо-тяжких злочинів*. Тоді, запропонована нами редакція статті 102 КК України буде виглядати таким чином:

«Стаття 102. Позбавлення волі на певний строк

1. Позбавлення волі є найсуворішим видом покарання, що може бути застосований до неповнолітнього, визнаного винним у вчиненні злочину.

2. Позбавлення волі неповнолітньому може бути призначено лише за вчинення тяжкого злочину, пов'язаного із фізичним насильством над особою чи особливо-тяжкого злочину.

3. Неповнолітні, засуджені до покарання у виді позбавлення волі, відбувають його у спеціальних виховних установах».

Обсяги застосування виправних робіт, які довгий час вважалися основною альтернативою позбавленню волі неповнолітніх, в останні роки різко пішли на спад, що пояснюється рядом причин. Так, вони можуть бути призначені лише працюючим особам на момент винесення вироку, які досягли 16-річного віку неповнолітнім. Крім того, надзвичайно серйозною перешкодою широкого застосування виправних робіт є високий рівень безробіття серед молоді. Зазначені обставини виступають підставою для пропозицій про виключення даного виду покарання із КК.

У той же час є й більш серйозні міркування для постановки питання про виключення виправних робіт, і пов'язані вони з тим, що головним у даному покаранні є не стільки каральні елементи, скільки їхня виховна сторона – тобто виховно-профілактичний вплив з боку трудового колективу, без якого виправні роботи перетворюються в замаскований штраф. Нинішній же кримінально-виконавчий кодекс взагалі не покладає обов'язку проведення виховної роботи на адміністрацію підприємства й трудовий колектив. Цей обов'язок покладений на кримінально-виконавчі інспекції й виконується формально.

Відповідно, збереження виправних робіт як самостійного виду покарання, відмінного від штрафу, вимагає, по-перше, щоб при призначенні виправних робіт суд, у кожному конкретному випадку, упевнився, що адміністрація й колектив підприємства, де працює засуджений, здатні приймати активну й цілеспрямовану участь у проведенні виховної роботи з ним, і дають відповідну згоду на проведення такої роботи (для цього секретар суду повинен направити повідомлення із такими пропозиціями всім установам, організаціям, підприємствам), тому, у якості однієї з обов'язкових підстав призначення даного покарання в кримінальному законі необхідно встановити одержання згоди з боку адміністрації підприємства, установи, організації на проведення із засудженим виховної роботи. Якщо ж така згода отримана не буде, виправні роботи призначатися не повинні. По-друге, закріпивши як обов'язкову умову призначення виправних робіт одержання судом згоди на проведення виховної роботи з неповнолітнім, необхідно в законі встановити обов'язок адміністрації й трудових колективів проводити виховну роботу із засудженим і передбачити її конкретні форми. По-третє, уявляється, якщо до

неповнолітніх засуджених буде змога застосовувати виправні роботи в інших місцях (які б застосовувалися лише для неповнолітніх, які не працюють. Самі роботи могли б бути сезонними або строковими), від чого система покарання неповнолітніх значно поліпшилась. Введення, а точніше часткове повернення підвиду виправних робіт надасть змогу неповнолітньому за допомогою кримінально-виконавчої інспекції отримати роботу, відчувати себе корисним суспільству. Для зацікавленості підприємств, установ, організацій у працевлаштуванні таких неповнолітніх та впливові на них, доречно було б встановити податкові пільги на термін відбування покарання неповнолітнім.

Досить ефективним видом покарання неповнолітніх є громадські роботи, широке застосування яких в умовах кризової соціально-економічної ситуації дозволило б зайняти значну масу неповнолітніх засуджених суспільно корисною працею, відволікти їх від протиправного способу життя, а також одержати чималий економічний ефект на благо суспільства. У результаті застосування до неповнолітніх даного виду покарання відбувається обмеження беззмистовного дозвілля неповнолітніх засуджених і формується відповідальне ставлення до суспільно корисної праці.

У той же час, не дивлячись на ряд переваг, громадські роботи усе ще вкрай рідко застосовуються до неповнолітніх злочинців. Серед причин рідкого застосування – незначна кількість санкцій: 40 із 748, відсутність налагодженого механізму виконання, а також суб'єктивна недооцінка карально-виховного потенціалу даного виду покарання суддями.

Можна запропонувати кілька шляхів активізації застосування даного виду покарання: збільшення кількості санкцій, що передбачають громадські роботи у якості основного виду покарання; установаження можливості застосовувати громадські роботи також і в якості додаткового виду покарання, у тому числі й у випадках, коли вони безпосередньо не передбачені в санкції відповідної статті.

При встановленні громадських та виправних робіт слід було б вжити слово «неповнолітній» замість «неповнолітньому у віці від 16 до 18 років», що дасть змогу суду, при призначенні покарання неповнолітньому, застосувати дані види покарань і особам, які не досягли 16-річного віку при умові дотримання норм трудового законодавства.

Тому, з цією метою слід: 1) у ч. 2 ст. 57 словосполучення «не досягли шістнадцяти років» замінити на «не досягли віку працездатності», 2) внести зміни в статтю 100 та викласти її у наступній редакції:

«Стаття 100. Громадські та виправні роботи

1. Громадські роботи можуть бути призначені неповнолітньому, який вчинив необережний злочин невеликої тяжкості або злочин середньої тяжкості та полягають у виконанні неповнолітнім робіт у вільний від навчання чи основної роботи час. Тривалість

виконання громадських робіт для осіб до 16 років не може перевищувати одну годину на день, для осіб від 16 років – дві години на день.

2. *Виправні роботи є покаранням, пов'язаним із виправно-трудовим впливом та можуть бути призначені неповнолітньому за місцем роботи або в інших місцях при умові згоди адміністрації та трудового колективу підприємства, установи, організації.*

3. *Із заробітку неповнолітнього, засудженого до виправних робіт, здійснюється відрахування в дохід держави у розмірі, встановленому вироком суду, в межах від п'яти до десяти відсотків.»*

У якості одного з видів покарання, пов'язаного з виправно-трудовим впливом представляється обґрунтованим увести в кримінальне законодавство новий вид покарання для неповнолітніх – обмеження волі. Даний вид покарання слід розглядати, насамперед, як альтернативу покаранню у виді позбавлення волі. З метою широкого застосування даного покарання варто створити мережу виправно-виховних центрів для того, щоб вони були в кожному регіоні. З огляду на специфіку вітчизняного трудового законодавства, варто передбачити можливість залучення до продуктивної праці засуджених до обмеження волі неповнолітніх починаючи з 14-річного віку. Для неповнолітніх 14-15 літнього віку трудова діяльність повинна бути обмежена учбово-виробничою практикою й посильними роботами із благоустрою виправно-виховного центру. При цьому основними засобами виправного впливу на неповнолітніх, засуджених до обмеження волі, повинні стати не стільки праця, роль якої не применшується, скільки загальноосвітнє, професійно-технічне навчання й соціально-виховна робота при відсутності строгої ізоляції засудженого від соціального середовища.

З цієї метою слід: 1) виключити із ч. 3 ст. 61 вислів «до неповнолітніх», та 2) ввести ст. 101-1 у Кримінальний кодекс України:

«Стаття 101-1. Обмеження волі

1. *Покарання у виді обмеження волі полягає у триманні неповнолітньої особи в спеціальному виправно-виховному центрі з обов'язковим застосуванням до неї виправно-трудового впливу без ізоляції від суспільства в умовах здійснення за нею нагляду.»*

Подібне вирішення питання, на наш погляд, сприяло б більш глибокій індивідуалізації покарання неповнолітніх і в певній мірі усунуло б найбільш негативні наслідки масового застосування до неповнолітнього позбавлення волі, більшою мірою сприяло б їх успішній соціальній адаптації.

Нам здається також було б вдалим дещо видозмінити такий вид покарання як арешт. Вважаємо, якщо перетворити арешт на покарання, пов'язане з виправно-трудовим впливом, то цей вид покарання здатен справити позитивний вплив як на самого зло-

чинця, так і на його оточення. У ст. 52 КВК України «Залучення осіб, засуджених до арешту, до праці», зазначено, що засуджені можуть залучатися без оплати праці до робіт з благоустрою арештних домів, а також поліпшення житлово-побутових умов засуджених або до допоміжних робіт із забезпечення арештних домів продовольством. Вказано, що до таких робіт засуджені залучаються, як правило, в порядку черговості і не більше як на дві години на день [5]. Це положення було б, на нашу думку, більш вдалим, як би не містило на початку статті слова – можуть. Вважаємо, неповнолітній, якому призначено покарання у виді арешту повинен не просто «відсидіти» свій строк, на нього, на нашу думку, навіть на короткий термін, повинен справлятися виправно-трудовий вплив. Тому слід ввести як обов'язок залучення неповнолітнього до робіт з благоустрою арештних домів, а також поліпшення житлово-побутових умов засуджених, до допоміжних робіт із забезпечення арештних будинків продовольством, то цей вид покарання буде навіть в економічному плані вигідний, так як неповнолітні будуть самі себе забезпечувати (чи хоча б частково). Крім цього, вважаємо за доцільним, щоб в арештних будинках здійснювалися загальна освіта, професійна освіта, професійна підготовка засуджених, проводилася соціально-виховна робота. На період відбування покарання у виді арешту на сьогоднішній день неповнолітній «виринається» із свого оточення, на нього справляється лише «шоковий» вплив, що на нашу думку, значної користі не принесе. Ми вважаємо, навіть на той короткий строк відбування покарання у вигляді арешту, неповнолітній повинен бути підданий виправно-трудовому впливу. На нашу думку, це єдина підстава, коли особа, засуджена до арешту набуде змістовного утримання в умовах ізоляції.

Ми пропонуємо вирішення цього питання шляхом доповнення даного виду покарання виправно-трудовим впливом.

Щодо віку неповнолітнього, з якого може призначатися арешт, то, враховуючи подібність арешту з позбавленням волі на певний строк (в літературі часто арешт називають короткостроковим позбавленням волі), уявляється, арешт слід застосовувати з 14 років.

Вважаємо, слід також піти шляхом творчого запозичення деяких юридичних норм і звернутися до законодавства ФРН, де закон передбачає три види юнацького арешту: короткий (Kurzarrest) – на строк не більше шести днів; арешт на вільний час (Freiheitarrest), тобто на суботу та неділю – строком від однієї до чотирьох субот на неділю; тривалий (Dauerarrest) – строком від одного до чотирьох тижнів [6, 29]. Тобто існує диференціація арешту. Вважаємо і в Україні, якщо суд дійде висновку, в залежності від тяжкості вчиненого та особистості засудженого, про доречність призначення неповнолітньому арешту, то він буде мати змогу

індивідуалізувати відповідальність кожної особи й вибрати один із видів арешту: короткий, на вільний час (чи – вихідні), або – тривалий. Такий крок дозволить розширити перелік видів покарань, що можуть бути застосовані до неповнолітнього злочинця, і тим самим повніше реалізувати принцип індивідуалізації кримінальної відповідальності і покарання неповнолітніх.

Тому, вважаємо, слід, по-перше виключити із ч. 3 ст. 60 словосполучення «*осіб віком до шістнадцяти років*» та, по-друге, статтю 101 КК України викласти у такій редакції:

«Стаття 101. Арешт

1. Арешт може бути призначений неповнолітньому з обов'язковим застосуванням виправно-трудового впливу, та полягає у триманні засудженого в умовах ізоляції в спеціально пристосованих установах.

2. В залежності від особистості неповнолітнього та тяжкості вчиненого ним діяння, арешт може призначатися таких видів: короткостроковий арешт, арешт на вихідні, довгостроковий арешт.»

З огляду на те, що санкції статей побудовані без врахування особистості неповнолітнього та фактично виникають ситуації, коли санкція статті не може бути застосована до неповнолітнього, вважаємо, закріпивши неповноліття як пом'якшуючу покарання обставину (п. 3 ч. 1 ст. 66 КК України), закріпивши окремих розділ, присвячений також особливостям покарання неповнолітніх, законодавець повинен врахувати і особливості призначення покарання неповнолітнім. На нашу думку, це можна запропонувати не змінюючи санкції кожної кримінально-правової норми Особливої частини КК України. Уявляється, можна закріпити загальну статтю у розділі XV КК України, де і передбачити, які саме види покарань та за злочини якої тяжкості суд може призначити неповнолітньому.

З цією метою, внести доповнення у КК України наступного характеру: 1) доповнити п. 1 ч. 1 ст. 65 КК України положенням «*для неповнолітнього діють правила статті 98-1 цього Кодексу*»; 2) доповнити КК України ст. 98-1 та викласти її у наступній редакції:

«Стаття 98-1. Призначення покарання неповнолітньому в залежності від тяжкості вчиненого злочину

1. Неповнолітньому, в залежності від тяжкості вчиненого злочину, призначаються такі покарання:

1.1. За вчинення злочину невеликої тяжкості до неповнолітнього можуть бути застосовані такі види покарання: штраф, громадські роботи;

1.2. За вчинення злочину середньої тяжкості до неповнолітнього можуть бути застосовані такі види покарання: громадські роботи, виправні роботи, короткостроковий арешт, арешт на вихідні;

1.3. За вчинення тяжких злочинів до неповнолітнього можуть бути застосовані такі види покарання: довгостроковий арешт, обмеження волі, та у випадку

поєднання злочину із насильством щодо особи – позбавлення волі на певний строк;

1.4. За вчинений особливо тяжкий злочин до неповнолітнього може бути застосований вид покарання – позбавлення волі на певний строк.

2. Строки покарань неповнолітнім встановлюються в межах статей розділу XV КК України.»

У зв'язку з цим слід дослідити, у рамках окремого дисертаційного дослідження, можливість внесення змін у ч. 3 ст. 106 КК України. Можливо, її слід викласти у наступній редакції:

«3. Щодо осіб, зазначених у частині першій цієї статті, встановлюються такі строки виконання обвинувального вироку:

1) два роки – у разі засудження за злочин невеликої тяжкості;

2) п'ять років – у разі засудження за злочин середньої тяжкості;

3) сім років – у разі засудження до покарання за тяжкий злочин;

4) десять років – у разі засудження за особливо тяжкий злочин.»

Щодо строків покарань, що можуть бути призначені неповнолітнім при відбуванні того чи іншого покарання, то, фактично, при встановленні покарань для неповнолітніх злочинців законодавець вже користувався принципом скорочення строків покарань. На нашу думку, суд може керуватися загальними строками покарання неповнолітніх, які закріплені у статтях розділу XV Загальної частини КК України, конкретний строк визначаючи з урахуванням особистості неповнолітнього.

Ми пропонуємо з цього приводу доповнення КК України:

– ч. 2 ст. 101-1 та викласти її у наступній редакції:

«2. Обмеження волі неповнолітнім встановлюється на строк від шести місяців до трьох років»;

– ч. 3 ст. 101 та викласти її у наступній редакції:

«3. Короткостроковий арешт призначається неповнолітнім строком до шести днів, арешт на вихідні – строком від однієї до чотирьох субот та неділь та довгостроковий – від одного до чотирьох тижнів».

Висновки. Запропоновані нововведення щодо закріплення ст. 98-1 КК України, не суперечать загальним правилам кваліфікації, будуть діяти на підставі п. 2 ч. 1 ст. 65 КК України. При вирішенні питання про строки покарань неповнолітніх, суд буде керуватися тими строками, які вказані в кожній статті розділу XV КК України, тим самим індивідуалізувавши покарання неповнолітнього. Вважаємо, з урахуванням даних змін, система покарань неповнолітніх набуде нового, якісного характеру, що дозволить судам, при вирішенні справи, більш гуманно віднестися до такої категорії засуджених як неповнолітні, дійсно проявити принцип гуманізму покарання.

Література:

1. Кримінальний кодекс України від 05 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25-26. — 19 июня.
2. Березовська Н. Л. Покарання неповнолітніх і виправно-трудоий вплив: монографія / Н. Л. Березовська // НУ «ОЮА». — О.: Фенікс, 2011. — 250 с.
3. Березовська Н. Л. Покарання, пов'язані з виправно-трудоим впливом, що застосовуються до неповнолітніх: автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: 12.00.08 / Н. Л. Березовська. — О., 2010. — 18 с.
4. Меркулова В. О. Порядок відбування засудженими жінками покарання у вигляді позбавлення волі / В. О. Меркулова // Науковий Вісник Національної академії внутрішніх справ України. — 2001. — № 3. — С. 63-69.
5. Кримінально-виконавчий кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 3-4. — Ст. 21.
6. Уголовный кодекс ФРГ // пер. и предисл. А. В. Се-ребренникова. — М.: Зерцало, 2000. — 208 с.

Березовская Н. Л. Проблемы применения санкций к несовершеннолетним

Аннотация. В статье рассматриваются проблемы применения санкций к несовершеннолетним, предложены конкретные изменения в уголовное законодательство, направленные на улучшение системы наказаний несовершеннолетних.

Ключевые слова: наказание несовершеннолетних, общественные исправительные работы, арест, лишение свободы на определенный срок.

Berezovska N. Problems sanctions against minors

Summary. This paper addresses the problem of sanctions against minors, the proposed specific changes to the criminal laws aimed at improving the system of punishment of minors.

Keywords: punishment of juveniles, community and correctional work, arrest, imprisonment for term.

*Мельничук Т. В.,
к. ю. н., доцент, доцент кафедри кримінології
та кримінально-виконавчого права НУ «Одеська юридична академія»*

ЦІНА ЕКОНОМІЧНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ

Анотація. У статті аналізуються підходи до визначення показника ціни економічної злочинності у пострадянській та зарубіжній кримінології, на основі відомих статистичних даних про розмір матеріального збитку, заподіяного виявленими злочинами, визначена ціна економічної злочинності в сучасній Україні, окреслено переваги та перспективи практичного застосування цього показника.

Ключові слова: економічна злочинність, ціна злочинності, наслідки злочинності, шкода.

Постановка проблеми. В арсеналі статистичних можливостей оцінки криміногенної ситуації кримінологічна наука оперує показником «ціни» злочинності, який покликаний визначити наслідки індивідуальної та масової злочинної поведінки у їх вартісному вираженні. У державах, які мають сталий поступальний розвиток економіки та інших сфер суспільних відносин, традиційною стала практика розрахунків «вартості» злочинності, що дає змогу оптимізувати кримінологічну політику, а також мати відносно достовірну картину не лише результативності, але й ефективності заходів, що вживаються. На офіційному рівні ведеться підрахунок, який включає конкретні показники прямої шкоди з урахуванням структури злочинності, а також витрат на кримінальну юстицію. Порівняння ціни злочинності та витрат на попереджувальну діяльність дає можливість визначення її рентабельності останньої. Не зважаючи на деякі труднощі у проведенні підрахунків, які обумовлені нематеріальним характером деяких видів шкоди, а також на відсутність усталеної методології обрахування ціни злочинності, отримання таких даних себе виправдовує.

Вивчаючи показник ціни злочинності, дослідники неодноразово вказували на те, що найбільших збитків серед різновидів протиправної активності завдає злочинна економічна діяльність (і це не враховуючи опосередкованої шкоди); розміри заподіяної нею шкоди значно перевищують збиток від традиційної вуличної злочинності. Зокрема, за даними А. Лайтінена, у Фінляндії фінансова шкода, що завдається традиційними злочинами, складає менше 5 % від шкоди, завданої злочинами корпорацій [1, 7-8].

Впровадження заходів попереджувального впливу на економічну злочинність поміж іншого завжди піднімає серію суто утилітарних питань, тому оцінка та прогнозування потенційної шкоди від економіч-

них злочинів та витрат бюджету на їх недопущення видається доцільною та необхідною при прийнятті рішень як на найвищому політичному рівні, так і в межах забезпечення безпеки окремої галузі чи навіть підприємства. Не дивлячись на це, в Україні реалізація програм запобігання тіншовій економіці та економічній злочинності проходить без належного наукового та економічного обґрунтування. Протидія відбувається «точково», спрямовується на короткострокову перспективу, тому й результати зусиль досить невтішні. Навряд чи можна говорити про розумний баланс ресурсного забезпечення та економічної доцільності заходів протидії за умов відсутності підрахунків «ціни» економічної злочинності.

Метою даного дослідження є, по-перше, вироблення належного науково-методичного обґрунтування показника ціни економічної злочинності, по-друге, визначення сфери його практичного застосування, і по-третє, оцінка впливу цього показника на програмування попереджувальної діяльності.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Ціна як статистичний показник злочинності не отримала належної уваги з боку вітчизняних кримінологів. У Росії окремі аспекти розглядали вчені М. М. Бабаєв, В. Е. Квашиєв, В. В. Лунєєв, В. С. Овчинський тощо. Більш жвавий науковий інтерес до проблеми ціни різних видів злочинності спостерігається серед зарубіжних дослідників, серед них – Д. Андерсон (Anderson D.), П. Клаус (Klaus P. A.), М. Коєн (Cohen M. A.), Т. Міллер (Miller T. R.), Р. Познер (Posner Richard A.), Дж. Роман (Roman J.), А. Херрел (Harral A.) та ін. На відміну від пострадянської кримінологічної науки, представники якої здебільшого надають перевагу емпірично-описовому рівню методології визначення ціни злочинності, у зарубіжній кримінології цей показник аналізується за допомогою економіко-математичних моделей.

Викладення основного матеріалу. Показник ціни економічної злочинності є похідним від загального показника ціни злочинності. При наявності досить прогресивних наукових кроків у його визначенні, досі невирішеними залишаються ряд проблем, пов'язаних зокрема з економічною оцінкою латентної злочинності, визначення вартості злочинів некорисливого типу тощо [2].

Дослідження ціни економічної злочинності невідривне від концепції економічного аналізу злочинності. Одні з перших розробок економіки злочинності пов'язують з іменем американського неонституціоналіста, лауреата нобелівської премії Говарда Беккера. У 1968 р. він опублікував статтю «Злочин та покарання: економічний підхід», де аналізував злочинність як діяльність раціонального індивіда, який прагне максимізувати свою вигоду. Його ідеї знайшли свій розвиток у роботах Дж. М. Б'юкенена, Д. Стиглера, М. Фрідмена.

Економічний підхід виходить з посилки, що злочинна діяльність – це така ж професія, якій люди присвячують повний або неповний робочий час. Вони вирішують стати злочинцями, оскільки очікують, що «прибуток» від рішення стати злочинцем – приведена цінність всієї суми різниць між вигодами і витратами, як негрошовими, так і грошовими, – перевершує «прибуток» від заняття іншими професіями. У такий спосіб безробіття в легальному секторі збільшує число злочинів проти власності не тому, що воно пробуджує в людях тривожність і жорстокість, а тому, що скорочує «прибуток» від легальних професій. Кількість і тяжкість злочинів серед жінок зростає в порівнянні з чоловіками, оскільки їм стало «прибутковіше» брати участь у ринкових видах діяльності, включаючи і злочинну.

Найбільш суперечливий висновок з економічного підходу до аналізу злочинності полягає в тому, що покарання «роблять свою справу», тобто що «підвищення ймовірності викриття злочинців і подальшого їх покарання скорочує рівень злочинності, тому що доходи від неї стають меншими» [3]. На думку Г. Беккера, оптимальний розподіл ресурсів, що спрямовуються на боротьбу зі злочинністю, вимагає точної оцінки соціальних втрат від злочину. У вартість шкідливих наслідків злочину він включав прямі збитки потерпілих, витрати держави на боротьбу зі злочинністю (при чому граничні витрати повинні встановлюватися на рівні граничної шкоди від злочинів), і втрати суспільства від непрацездатності правопорушників [4].

Вплив ідей економістів на розвиток кримінологічних вчень у США підтверджується висунутими у 60-х роках ХХ ст. гіпотезами про те, що діяльність системи кримінальної юстиції якісно не відрізняється від будь-якого іншого економічного виробничого процесу. У зв'язку з цим пропонувалося визначати сукупні витрати суспільства на злочинність за наступною формулою: $TC = w_*L + r_*OF$, де TC – сукупні витрати (total costs), w – вартість одиниці ресурсів, r – виражені в грошових одиницях середні втрати від кожного злочину, OF – рівень злочинності (offense ratio), L – ресурси кримінальної юстиції [5; 6].

Загальні методологічні засади ціни злочинності дають підстави визначати ціну економічної злочинності як грошову оцінку або вартісне втілення суспільно-

небезпечних наслідків економічних злочинів та включати до її складових: 1) пряму матеріальну шкоду; 2) непрямі втрати – упущену вигоду; 3) витрати на кримінальну юстицію.

Прямий (безпосередній) збиток матеріального характеру розраховується у грошовому еквіваленті і зазвичай має цифровий вираз в абсолютних числах чи відносному /відсотковому значенні до ВВП або розміру бюджету країни.

Як зазначає П. С. Берзін, поняття реальних збитків охоплює відповідні втрати, яких зазнав потерпілий, та /або витрати, які він зробив чи мусить зробити для відновлення своєї порушеної соціальної цінності. Такий підхід зумовлює висновок про те, що, наприклад, втрати у кваліфікованому складі фіктивного підприємництва утворюються створенням та /або придбанням суб'єкта підприємництва і не охоплюють ті втрати чи витрати, які були утворені подальшою діяльністю створеного (приданого) суб'єкта підприємництва. У кваліфікованому складі шахрайства з фінансовими ресурсами такі збитки включають втрати кредитора, яких він зазнав у зв'язку з поверненням чи відновленням свого права на передані винному кошти, а у складах виготовлення, збуту та використання підроблених недержавних цінних паперів охоплюють відповідні втрати у майні й витрати, яких зазнали особи, що придбали підроблені цінні папери, і стосуються виконання ними зобов'язань із сплати коштів [7].

На практиці за результатами судового розгляду кримінальних справ заповнюється картка на справу в разі встановлення судом сум матеріальних збитків, моральної шкоди, сум прихованого прибутку, несплачених податків, зборів, інших обов'язкових платежів, несплачених митних платежів, неповерненого кредиту, предметів історичної та культурної цінностей, недоброякісних товарів, продукції, що реалізується з порушенням авторських і суміжних прав [8].

Розміри упущеної вигоди складаються із сум відповідних коштів, які потерпілі могли реально одержати, якби винний не перешкодив цьому шляхом реалізації мети прикриття за допомогою створеного чи придбаного суб'єкта підприємництва незаконної діяльності або здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона (ч. 2 ст. 205 КК), порушення прав та інтересів кредиторів протиправними діями, пов'язаними з банкрутством (ст. ст. 218-221 КК), надання завідомо неправдивої інформації кредитору, що призвело до одержання субсидії, субвенції, дотації, кредиту чи пільг щодо податків (ч. 2 ст. 222 КК), вчинення умисного обмірвання, обважування, обраховування чи іншого обману під час реалізації товарів чи надання послуг (ст. 225 КК) [7].

Економетричні дослідження ціни економічної злочинності ускладнюються низкою методологічних проблем, серед яких і латентність протиправної економічної злочинності. Як відомо, своє відображення у статистиці та відповідне реагування знаходить в

середньому лише 10 % від фактично вчинених економічних злочинів. Тому для обрахування матеріальної шкоди можна використовувати й непрямі методи, які хоч і не дають точну цифру, але складають уявлення про масштаби ціни економічної злочинності. Так, розрахунки обсягів злочинно отриманих доходів, що відмиваються, об'ємів тіншової економіки, об'ємів нелегальних шляхів втечі капіталів здійснюються за допомогою наступних методів – визначення розбіжності між фактичними і офіційно врахованими трудовими ресурсами (*discrepancy between actual and official labor force*), розбіжності між витратами і доходами (*discrepancy between expenditure and income*), аналіз обсягу операцій (*transactions approach*), аналіз співвідношення готівкових грошей і вкладів (*cash-deposit ration*), методу попиту на гроші (*currency demand approach*) [9].

Згідно Всесвітнього огляду економічних злочинів 2011 року, більшість респондентів, які зіткнулися з економічною злочинністю за останні 12 місяців, оцінюють збитки до 5 млн. доларів США. Найбільш дорогими для організацій виявилися три найбільш поширених види зловживань, а саме, незаконне привласнення майна, хабарництво і корупція, маніпуляції з фінансовою звітністю. Але фінансові збитки – лише один з аспектів шкоди, яка завдається організаціям від шахрайської діяльності, і часто навіть не найзначніший. Супутній збиток і його негативний вплив на репутацію і бренд, вартість акцій, настрої в колективі, відносини з партнерами призводять до значних збитків бізнесу. З тих організацій, які зіткнулися з економічними злочинами в 2011 році, 23 % повідомляють про погіршення настроїв у колективі, 17 % – про збиток бренду організації і 13 % – про шкоду діловим відносинам [10].

На офіційному рівні матеріальний збиток від економічної злочинності визначається в США, Німеччині та деяких інших країнах. Так, за оцінками фахівців США, втрати від такого виду економічної злочинності, як злочинність корпорацій, досягають від 174 млрд до 231 млрд доларів на рік.

У 2008 році в США загальні економічні втрати жертв склали \$1,19 млрд за насильницькі злочини і \$16,21 млрд. за майнові злочини (як зареєстровані, так і невиявлені). На програми компенсації жертвам було виділено \$499,9 млн у 2010 році. У 2009 році загальна сума втрат від усіх випадків інтернет-шахрайства згідно з даними правоохоронних органів складала \$559,7 млн (середня сума грошової шкоди – \$575 на одну скаргу) [11].

У ФРН збиток, що заподіюється в результаті махінацій з підрядами в будівництві, оцінюється у 7 млрд марок щорічно; в результаті шахрайств із сплатою податків – у 5,5 млрд марок щорічно; в результаті використання незабезпечених чеків і векселів – у 2 млрд марок щорічно.

В Італії через руки мафії досі проходить 65 млрд євро на рік. Злочинні угруповання викачують 100 млрд євро з легальної економіки – суму, еквівалентну 7 % ВВП країни [12].

У Швейцарії економічна злочинність, у тому числі за участю іноземців, охоплює 3 % національного продукту і вартує державі 9 млн. швейцарських франків [13].

Величезних збитків від економічної злочинності зазнає Росія. Так, у свій час Н. Ф. Кузнєцова зазначала, що сформована тіндова експортно-імпортна система, за оцінками фахівців, дозволила тільки за п'ять років (1993-1997 рр.) перевести за кордон до 400 млрд незаконно здобутих доларів США, відмити їх шляхом вкладень у нерухомість і банки, інвестицій в іноземне виробництво [14, 114].

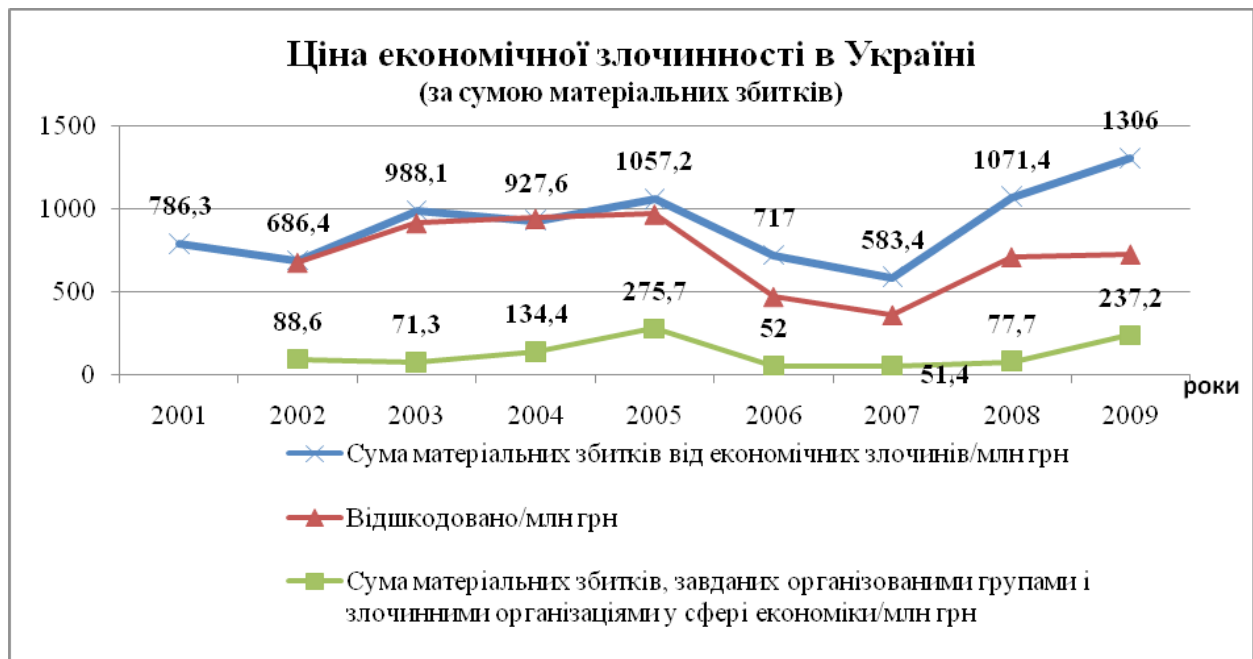
За оцінками експертів МВФ і Світового банку нелегальний відтік капіталу в Україні в період 2000-2008 рр. склав 82 млрд. дол. (17 місце серед рейтингу країн, перші три у Китаю, Росії та Мексики). Аналогічне дослідження періоду 2000-2009 рр. дає цифру 92 млрд. і 16 місце в рейтингу [15, 11].

На основі деяких даних відомчої статистики Міністерства внутрішніх справ України можна визначити ціну економічної злочинності за елементом прямої шкоди, тобто суми матеріальних збитків, завданих економічними злочинами. Графік демонструє тенденцію збільшення ціни злочинності у сфері економіки, але зменшення рівня відшкодування збитків в останні роки.

Що стосується витрат на утримання системи кримінальної юстиції, яка здійснює попереджувальний вплив на злочинність, в цілому Україна з бюджету виділяє менше 2 % ВВП [2].

Ціна економічної злочинності як суто кримінологічний показник справляє поміж іншим суттєвий вплив і на інші макро – та мікропоказники, що безпосередньо не пов'язані із безпосередньою шкодою, але можуть становити частину упущеної вигоди внаслідок втрати ділової репутації, конкурентоспроможності тощо.

Конкурентоспроможність економіки, методи її виміру та визначення зв'язку із динамікою зростання на різних етапах економічного циклу вже не перше десятиліття перебувають у центрі уваги економістів та політиків, адже в залежності від якості тих чи інших оцінок та ступеня їх відповідності реальній економічній ситуації визначається ґрунтовність стратегічних рішень на макро – та мікрорівні. Найбільш поширеним серед фахівців є звіт Світового Економічного Форуму, за методологією якого розраховується індекс глобальної конкурентоспроможності та індекс конкурентоспроможності бізнесу. Він включає вартість тероризму для бізнесу, організовану злочинність, ефективність рад директорів, вартість злочинності та насильства для бізнесу, нецільове використання суспільних коштів, спроможність аудиту та звітності [16].



Україна хронічно відстає від більшості країн майже за усіма макроекономічними критеріями та оцінками, залишається на периферії світових інноваційних систем і в результаті має низький рейтинг за індексом глобальної конкурентоспроможності (порівняно з країнами ЄС в 2006 році зайняла 78 місце серед 125 країн).

За оцінками Світового Банку, високий рівень злочинності не тільки позбавляє державу значної частки приватних іноземних інвестицій, але і в деяких випадках (на рівні окремих країн) «з'їдає» до 8 % економічного зростання. Такі економічні показники, як обсяги та ефективність приватних інвестицій, були б вищими, стверджують експерти, якби не атмосфера загальної невпевненості, викликана рівнем злочинності в регіоні. Замість того щоб сконцентруватися виключно на виробництві, підприємства змушені фінансувати заходи, що забезпечують безпеку своїх співробітників, і захищати свою власність.

Кримінологи звертають увагу також і на моральний збиток, що завдається суспільству економічною злочинністю. «Говорячи про моральний збиток, – пише А. В. Шестаков, – вчені мають на увазі те, що така злочинність розкладає суспільство, підриває віру населення в діяльність державних інститутів, а також у можливість чесно брати участь у конкурентній боротьбі і чесно отримувати прибуток. Нематеріальна шкода, що завдається економічною злочинністю, може виразитися у виникненні надмірної недовіри представників ділових кіл один до одного, в падінні суспільної моралі, а надалі – в повній соціальній дезорганізації» [17, 130].

П. С. Берзін виокремлює категорію так званих «комбінованих» наслідків, що означає врахування їх при кваліфікації злочинів у сфері господарської діяльності на підставі визначення характеру і змісту

їх (наслідків) різновидів, зокрема, коли матеріальна шкода поєднується зі шкодою іншого виду (наприклад, моральною, шкодою, пов'язаною з приниженням честі, гідності й ділової репутації фізичної чи юридичної особи, іншим обмеженням законних прав чи інтересів таких осіб як суб'єктів господарської діяльності) [7].

В контексті практичного застосування показника ціни економічної злочинності слід усвідомлювати, що шкода, завдана злочинцем, та фінансові витрати на злочинність стають все більш важливим інструментом для прийняття політичних рішень, пов'язаних зі злочинністю та її впливом на суспільство. Однією з цілей системи кримінальної юстиції є зменшення рівня злочинності і страху перед злочинністю, її соціальних і економічних наслідків. Дані про ціну злочинності допомагають зробити більш вірогідними судження про переваги альтернативних стратегій і програм, тому повинні враховуватися при прийнятті рішень про розподіл ресурсів для боротьби зі злочинністю – як у цілому, так і щодо різних видів злочинів. Показник вартості злочинності може бути використаний для моніторингу зниження рівня економічної злочинності, визначення пріоритетів з огляду на обмежені ресурси, де відправною точкою аналізу буде розмір завданої злочинами шкоди, а не сума (кількість) злочинів.

Як писав у свій час Г. Беккер, «помста, залякування, безпека, реабілітація та компенсація є, ймовірно, найголовнішими з усієї безлічі бажаних цілей політики боротьби зі злочинністю, запропонованих за всю людську історію. У порівнянні з цими мотивами, мінімізація втрат суспільства може здатися вузькою, примітивною і навіть дещо дивною метою... Наприклад, якщо покарання визначається у вигляді штрафу оптимального розміру, мінімізація втрат суспільства повинна бути еквівалентною повній компенсації збитку, понесеного жертвами [4].

Висновки. Ціна злочинності – це кримінологічний показник, що відображає економічні або інші наслідки злочину, які мають вартісне втілення та піддаються економічній оцінці, а також витрати на упередження злочинності. Ціну економічної злочинності слід визначити як грошову оцінку або вартісне втілення суспільно-небезпечних наслідків економічних злочинів та включати до її складових: 1) пряму матеріальну шкоду; 2) непрямі втрати – упущену вигоду; 3) витрати на кримінальну юстицію. У зв'язку із проблемою, яку умовно можна назвати економікою злочинності та протидії їй, невільно згадуються слова Нільса Крісті: «Боротьба зі злочинністю стала індустрією. Однак індустрія повинна бути збалансованою» [18]. Відтак основне кримінологічне завдання показника ціни економічної злочинності бачиться у критичній оцінці суспільством оптимальності своїх зусиль у забезпеченні кримінологічної безпеки економічної діяльності.

Література:

1. Дашков Г. Развитие и современное состояние криминологических исследований в мире. Вступительная статья / Г. Дашков // Криминологические исследования в мире / НИИ проблем укрепления законности и правопорядка. – М.: Манускрипт, 1995. – С. 3-19.
2. Мельничук Т. В. Економіко-кримінологічний аналіз ціни злочинності / Т. В. Мельничук // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2013. – Випуск 21. – Частина 1. – Том 3. – С. 64-69.
3. Becker Gary S. Economic Analysis and Human Behavior / G. S. Becker // In: L. Green and J. Kagel (eds.) *Advances in Behavioral Sciences*. Norwood (N. J.): Ablex Publ. Corp., 1987, v. 1, p.3-17.
4. Becker G. S. Crime and Punishment: An Economic Approach / G. S. Becker // *Journal of Political Economy*. – 1968. – Vol. 76. – P. 169-217.
5. Phillips L. The Economics of Crime Control / Phillips L., Votey H. L. Jr. // *Beverly Hills etc.*, 1981. – P. 24-33.
6. Reynolds M. M. The Economics of Criminal Activity / Reynolds M. M. // *The Economics of Crime*. N. Y. etc., 1980. – P. 27-70.
7. Берзін П. С. Злочинні наслідки в механізмі кримінально-правового регулювання: автореф. дис. на здобуття наукового ступеня д-ра юрид. наук: 12.00.08 / П. С. Берзін. – Київ 2010. – 35 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://inter.criminology.opua.edu.ua/?p=2010>.
8. Про затвердження форми картки обліку сум шкоди, завданої злочином, та Інструкції щодо її заповнення. ДСА України; Наказ, Інструкція, Форма типового документа від 17.02.2005 № 21.
9. Schnaider F., Enste D. Increasing Shadow Economies All Over the World – Fiction or Reality? A Survey of the Global Evidence of their Size and of their Impact from 1970 to 1995 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.economics.unilinz.ac.at/Members/Schnaider/EnstSchn98.html>.
10. Всемирный обзор экономических преступлений. Декабрь 2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.pwc.com/ua.
11. National Association of Crime Victim Compensation Boards, «2012 VOCA Cap May Remain Level as Budget Issues Grow», *Crime Victim Compensation Quarterly* (Alexandria, VA: NACVCB, 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nacvcb.org/NACVCB/files/ccLibraryFiles/Filename/00000000114/newsletter.2011-2final.pdf>.
12. Saviano R. Where the Mob Keeps Its Money / Roberto Saviano. August 25, 2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nytimes.com/2012/08/26/opinion/sunday/where-the-mob-keeps-its-money.html?_r=1&pagewanted=all#h []
13. Михайленко О. Р. Проблеми правоохоронної діяльності у боротьбі з економічною злочинністю / О. Р. Михайленко // Проблеми боротьби зі злочинністю у сфері економічної діяльності: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. 15–16 грудня 1998 р. [Харків]. – Х., 1999. – 286 с. – С. 113-116.
14. Криминология: учебник / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, Г. М. Миньковского. – М.: БЕК, 1998. – 553 с.
15. Kar D. Illicit Financial Flows from Developing Countries Over the Decade Ending 2009 / Kar D., Freitas S. – 2011. – 88 p.
16. Концепція Державної програми підвищення конкурентоспроможності національної економіки на 2007-2015 роки. Київ – 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://iee.org.ua/files/pub/kruchkova/konz_full.pdf.
17. Шестаков А. В. Теневая экономика: учебное пособие / А. В. Шестаков. – М.: Дашков и Ко, 2000. – 152 с.
18. Кристи Н. Борьба с преступностью как индустрия. Вперед, к Гулагу западного образца / Кристи Нильс / Пер. с англ. А. Петрова, В. Пророковой; Предисл. Я. Гилинского. – 2-е изд. – М.: Центр содействия реформе уголовного правосудия, 2001. – 216 с.

Мельничук Т. В. Цена экономической преступности: проблемные аспекты определения и применения

Аннотация. В статье анализируются подходы к определению показателя цены экономической преступности в постсоветской и зарубежной криминологии, на основе ведомственных статистических данных о размере материального ущерба, причиненного выявленными преступлениями, определена цена экономической преступности в современной Украине, очерчены преимущества и перспективы практического применения этого показателя.

Ключевые слова: экономическая преступность, цена преступности, последствия преступности, ущерб, вред.

Melnichuk T. The Cost Of Economic Crime: The Problem Aspects Of Definition And Use

Summary. The article presents the analysis of the approaches to the definition of the cost of economic crime in post-Soviet and foreign criminology. The cost of economic crime in modern Ukraine is determined based on departmental statistics on the extent of losses caused by the identified crimes. The advantages and practical perspectives of this indicator are outlined.

Keywords: economic crime, cost of crime, the consequences of crime, loss, damage.

*Митрофанов І.І.,**к. ю. н., доцент,**завідувач кафедри кримінального та цивільного права і процесу
Кременчуцького національного університету ім. М. Остроградського*

СИСТЕМА ПОКАРАНЬ У МЕХАНІЗМІ РЕАЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Анотація. У статті досліджуються окремі види покарань, що складають певну систему. Покарання наповнює змістом основну форму реалізації кримінальної відповідальності (з призначенням покарання і судимістю). Система покарань має відповідати сучасному стану розвитку науки кримінального права та соціального і економічного розвитку країни. Покарання має досягти не лише його мети: кари, виправлення засудженого, запобігання вчиненню ним нових злочинів, – а й виконати в цілому завдання Кримінального кодексу, передбачені ст. 1 КК України. Якщо ці завдання не можуть бути виконані у процесі реалізації конкретного виду покарань, то виникає необхідність у виключенні його із переліку, визначеного ст. 51 КК України. Аналізуючи окремі види покарань, робиться висновок про незаконність виконання арешту слідчими ізоляторами. Крім того, Міністерство оборони України серед виконуваних ним функцій не містить вказівку на реалізацію цим державним органом покарань, що можуть застосовуватися до військовослужбовців, які вчинили злочини. Наголошується на необхідності удосконалення системи покарань.

Ключові слова: покарання, кримінальна відповідальність, система покарань, механізм реалізації кримінальної відповідальності.

Постановка проблеми. Покарання має застосовуватися державою лише тоді, коли не вдалося запобігти вчиненню злочинам, тобто, має бути останнім засобом в системі засобів протидії злочинності [1]. В механізмі реалізації кримінальної відповідальності покарання, хоча й розглядається як основний засіб, за допомогою якого втілюється у поведінку суб'єктів кримінально-правових відносин, які вчинили злочини, така відповідальність, проте перебільшувати його значення для виконання завдань Кримінального кодексу (далі – КК) не можна.

Покарання разом із судимістю наповнює «живим» змістом основну форму реалізації кримінальної відповідальності (з призначенням покарання і судимістю). Основною вона визнається не лише тому, що законодавець вказує у ч. 2 ст. 1 КК на покарання, як єдиний, на його думку, засіб досягнення завдань Кримінального кодексу, а з огляду на конструкцію санкцій статей (частин статей) Особливої частини КК, які починаються неодмінним словом «карається» і далі зазначаються конкретні види покарань.

При цьому питання виникає в тому, наскільки ці покарання ефективні і чи здатні вони вирішити за-

вдання закону України про кримінальну відповідальність (далі – ЗУпКВ), визначені ст. 1 КК України? Так, статистичні дані МВС України свідчать про те, що в 2005 році виявлено 46 637 осіб, які раніше вчиняли злочини і повторно вчинили злочини. З них судимість не знята або не погашена у 24 784 осіб. У 2006 році виявлено 44 514 осіб і судимість не знята або не погашена у 22 086 осіб. Відповідно в 2007 році виявлено 45 943 осіб і судимість не знята або не погашена у 24 086 осіб. У 2008 році виявлено 46 177 осіб і судимість не знята або не погашена у 24 140 осіб. У 2009 році виявлено 49 422 особи, з яких судимість не знята або не погашена у 25 410 осіб. У 2010 році виявлено 60 373 осіб і судимість не знята або не погашена у 27 706 осіб. У 2011 році виявлено 102 694 осіб, які раніше вчиняли злочини, у 35 828 з яких судимість не знята або не погашена. На 20 листопада 2012 року виявлено 91 308 осіб, які раніше вчиняли злочини, у 34 003 з яких судимість не знята або не погашена [2]. З урахуванням латентної злочинності можна сміливо стверджувати, що фактично рівень рецидиву становить близько 70 %, що свідчать про слабкий вплив окремих видів покарань, нездатних досягати мети, визначеної ч. 2 ст. 50 КК України.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Проблеми ефективності як окремих видів покарань, так і їх системи завжди перебували у сфері наукових інтересів багатьох українських учених-криміналістів. Суттєвий внесок у розв'язання зазначених проблем внесли В.І. Антипов, Л. В. Багрій-Шахматов, М.І. Бажанов, І. Г. Богатирьов, О. П. Горох, В. К. Гришук, В. П. Козирева, О. Г. Колб, О. М. Костенко, В. Т. Маляренко, А. А. Музыка, В. О. Навроцький, Ю. А. Пономаренко, А. Х. Степанюк, В. М. Трубников, О.І. Фролов, С. С. Яценко та багато інших вчених. Однак, незважаючи на розробленість проблем окремих видів покарання і їх системи в цілому, практична реалізація всіх видів покарань залишається на низькому рівні. Про що свідчать показники рецидивної злочинності в Україні.

Викладення основного матеріалу. Відповідно до ст. 50 КК України, покарання є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод

засудженого. Із законодавчого визначення покарання можна виокремлювати такі його ознаки: 1) покарання є примусовим заходом, що, як прямо зазначено в законі про кримінальну відповідальність, полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого (ч. 1 ст. 50 КК). Вичерпний перелік покарань, що можуть бути призначені тільки судом за вчинені злочини, міститься у ст. 51 КК. Кожний вид покарання передбачає різний рівень правообмежень. Спочатку це проявляється у різних умовах та порядку його виконання (відбування), а потім обов'язково тягне наслідки загальноправового, кримінально-правового та кримінально-виконавчого характеру, пов'язані із станом судимості; 2) тільки суд може призначити покарання. Інші органи державної влади та управління таким правом не наділені. Згідно з ч. 1 ст. 124 Конституції України тільки суд в Україні вправі давати кримінально-правову оцінку вчиненому та особі винного. Саме тому у ч. 1 ст. 50 КК законодавець закріпив положення, що «покарання... застосовується ... за вироком суду». Цим підтверджуються конституційні засади кримінального провадження. Призначення покарання тільки судом визначено й у ч. 1 ст. 30 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), відповідно до положень якого у кримінальному провадженні правосуддя здійснюється лише судом згідно з правилами, передбаченими цим Кодексом; 3) покарання призначається від імені держави, тобто покарання носить публічний характер. Під час призначення покарання в обвинувальному вироку відображається негативна офіційна, моральна і правова оцінка як вчиненого суспільно небезпечного діяння, так і особи, яка його вчинила. Держава, караючи винного, тим самим засуджує його протиправну поведінку; 4) покарання носить особистий характер. Воно може бути призначено тільки за наявності вини особи у вчиненому злочині. Невинне заподіяння шкоди відповідно до ст. 62 Конституції України виключає кримінальну відповідальність. Покарання завжди має суто індивідуальний характер, тобто застосовується конкретно до особи, яка визнана винною у вчиненні злочину, і не поширюється на інших осіб, не причетних до його вчинення.

Застосування до особи, яка вчинила злочин, покарання у будь-якому випадку є не метою, значення якої вичерпується нею самою, кримінального провадження, а засобом досягнення визначеного законом результату. Так, відповідно до ч. 2 ст. 50 КК застосування покарання має на меті три самостійні складові: кара, виправлення засудженого і запобігання вчиненню нових злочинів. Указані складові мети покарання є такими, що обумовлюють і взаємопов'язують одна одну. У цьому зв'язку здебільшого при застосуванні покарання складові його мети можуть досягатися паралельно.

Досягнення зазначеної в ч. 2 ст. 50 КК України мети покарання безпосередньо пов'язано зі здійсненням на

засудженого ефективного і всебічного впливу під час реалізації призначеного за вироком суду покарання. У зв'язку із цим, КК передбачає певний перелік покарань, що можуть бути застосовані до винного, який визнаний винним у вчиненні злочину, з урахуванням його особи, ступеня тяжкості злочинного діяння, інших обставин справи.

Перелік покарань, встановлений ст. 51 КК України, на сучасному етапі розвитку законодавства про кримінальну відповідальність включає дванадцять видів покарань. Цей перелік покарань у кримінально-правовій науці називають системою, хоча він в той же час є підсистемою системи засобів кримінально-правового впливу на осіб, які визнані винними у вчиненні злочину, за допомогою якої й реалізується відповідальність у кримінальному праві. Системою покарань науковці називають встановлений статтею 51 КК України обов'язковий для суду вичерпний перелік покарань, розташованих у певному порядку з урахуванням їх порівняльної суворості, що утворюють у сукупності єдине ціле. Таке розуміння системи покарань із деякими уточненнями термінології у різних авторів є визнаним у теорії сучасного кримінального права [3, 444; 4, 255; 5, 130; 6, 238; 7, 279]. Система покарань, на думку законодавця, характеризується на сьогодні вичерпністю та логічною завершеністю. Однак зміни, внесені до КК Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» № 4025-VI від 15.11.2011, свідчать про те, що штраф сьогодні не може бути визнаний найм'якшим видом покарання. Тобто, цей закон зламав систему покарань, оскільки місце штрафу в системі перестало відповідати його м'якості.

Крім того, ця система не є досконалою, на що справедливо вказують вчені. Так, Т. А. Денисова, підтримуючи точки зору інших науковців щодо виключення із системи покарань позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу, вважає за доцільне доповнити ст. 51 КК України та ввести новий вид покарання у виді потрійного відшкодування шкоди [8, 15]. Такий вид покарання є дійсно ефективним засобом впливу на осіб, які вчинили злочини, оскільки враховує інтереси потерпілого від злочину на відміну від усіх існуючих покарань.

Позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу вміщує всі елементи кари у вигляді певних обтяжень і позбавлень, і складається з таких ознак: засудження особи, що виражається у негативній оцінці її поведінки у вироку суду від імені держави; пов'язано із психологічним впливом на засудженого, який втрачає знаків відмінності за минулу діяльність і, як правило, значущих для нього; можливе обмеження подальшої професійної діяльності засудженого. Це пояснюється тим, що позбавлення цих знаків відмінності (разом із

судимістю) створює додаткові перешкоди для професійної кар'єри особи, яка відбула покарання, і зберігає свою негативну дію на становище засудженого й після погашення або зняття судимості. Крім того, механізм відновлення прав на позбавлене звання, ранг, чин або кваліфікаційний клас у КК просто не передбачений, тому цей вид покарання вважається довічним; це покарання може призвести до втрат різних пілг майнового характеру; тягне судимість, оскільки за вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину, як правило, призначається реальне покарання.

До недоліків змісту ст. 54 КК України слід віднести відсутність вказівок: 1) на строки дії позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу; 2) на конкретний вид основного покарання, на додаток до якого призначається розглядуваний вид покарання; 3) у санкціях норм Особливої частини КК, що надає можливість судам застосовувати цей вид покарання на власний розсуд. Всі ці питання потребують свого законодавчого вирішення або за відсутності реальних механізмів його реалізації та відновлення прав на позбавлене звання, ранг, чин або кваліфікаційний клас у законодавстві слід його виключити із системи покарань.

Звертає на себе увагу й такий вид покарання, як конфіскація майна. Так, М. П. Черненко, досліджуючи проблеми теорії й практики виконання майнових покарань, установив, що реальність виконання покарання у вигляді конфіскації майна не перевищує 10 % [9]. Це пояснюється тим, що, по-перше, слідчі нерідко несвоєчасно вживають заходів відносно накладення арешту на майно підозрюваних, що дає можливість приховання майна, яке підлягає конфіскації. По-друге, труднощі виконання покарання у виді конфіскації майна обумовлюються контингентом громадян, щодо яких застосовується цей вид покарання. У цю категорію нерідко потрапляють особи без певного місця проживання, хворі на алкоголізм, наркоманію і токсикоманію. У перерахованого контингенту майно, як правило, відсутнє. Крім того, до цієї категорії належать й особи, які професійно займаються підприємницькою діяльністю. Як правило, все майно таких осіб на законних підставах оформлене на родичів або на довірених осіб. Тобто, по суті, це покарання перетворилося у формальність, дотримання якої вимагає законодавство про кримінальну відповідальність. На підставі вищезгаданого М. П. Черненко висловився про виключення покарання у виді конфіскації майна із системи покарань, передбаченої чинним КК України [9].

Пропозицію М. П. Черненка слід визнати раціональною, оскільки в міжнародному кримінальному праві існує два види конфіскації – загальна і спеціальна. Загальна стосується конфіскації всього майна засудженого, за винятком майна, перелік якого визначається законом. У багатьох країнах така конфіскація

заборонена Конституціями цих країн. Україна ніяк не бажає розставатися з таким видом покарання. На наш погляд, необхідно залишити тільки спеціальну конфіскацію, що передбачає безоплатне вилучення того майна, яке використовувалося для вчинення злочину або було придбано (нажите) злочинним шляхом.

Аналізуючи виправні роботи, як один із видів основних покарань, ми зробили висновок про те, що вони можуть бути призначені, як правило, особам, які вчинили менш небезпечні злочини і не потребують ізоляції від суспільства. Виправні роботи призначаються тільки працюючим і виконуються за місцем роботи засуджених. Тому не дивно, що в умовах економічної кризи цей вид покарання практично не призначається. В Україні сьогодні 2,5 млн. безробітних, з них на обліках у центрах зайнятості населення офіційно зареєстровано близько 1 млн. незайнятого працездатного населення. У таких умовах реалізація виправних робіт ставиться під сумнів.

Досліджуючи проблеми виконання арешту, як виду покарання, ми дійшли досить невтішних висновків [10, 23–31]. Засуджені до арешту мають триматися в спеціальній установі виконання покарань Державної пенітенціарної служби України (далі – ДПтС) – арештному домі, де передбачаються умови досить суворих правообмежень. Це дозволило багатьом дослідникам говорити про арешт як про вид покарання, яке може здійснити шоківий вплив на засудженого. На думку законодавця, внаслідок короткочасного інтенсивного карального впливу засуджений повинен відмовитися від вчинення злочинів надалі. Короткочасність ізоляції від суспільства засудженого до арешту полягає в тому, що цей вид покарання встановлюється на строк від одного до шести місяців. Слід також указати на те, що на сьогодні через відсутність арештних домів, що, у свою чергу, пояснюється складним економічним становищем у країні, арешт виконується слідчими ізоляторами.

Аналіз норм Особливої частини КК України дозволяє зробити висновок про те, що арешт повинен застосовуватися за вчинення злочинів невеликої або середньої тяжкості. Однак ті каральні елементи, про які говорилося вище, суперечать цій обставині. Це пов'язане з тим, що законодавець для арешту, як відзначалося вище, передбачає умови суворої ізоляції. Так, засудженим до арешту забороняються побачення з родиною та іншими особами, за винятком адвокатів або інших фахівців в галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто або за дорученням юридичної особи, а також забороняється одержання посилок (передач) і бандеролей, за винятком посилок (передач), що містять предмети одягу за сезоном (ч. 3 ст. 51 Кримінально-виконавчого кодексу (далі – КВК)). Крім того, до осіб, які відбувають арешт, не може застосовуватися звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 КК

України) і умовно-дострокове звільнення від відбування покарання (ст. 81 КК України), амністія, а також заміна невідбутої частини покарання більш м'яким видом покарання.

Отже, з урахуванням вищезазначеного, можна визначити специфічне призначення арешту як виду покарання в такий спосіб: здійснення на засудженого позитивного психологічного впливу в умовах короткочасної ізоляції від суспільства. Однак, на наш погляд, у зв'язку з тим, що за 11 років дії КК в Україні не створені умови для виконання арешту (не побудоване жодного арештного дому), а його виконання слідчими ізоляторами (СІЗО) є протизаконним (відповідно до положень КВК України СІЗО не належать до установ виконання покарань ДПтС України; у кримінально-виконавчій системі України слідчі ізолятори є єдиними спеціалізованими установами, призначеними винятково для забезпечення реалізації запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою осіб, підозрюваних і обвинувачених у вчиненні злочинів). У цьому зв'язку, у КК і КВК України необхідно або накласти мораторій на виконання арешту, або взагалі виключити його з переліку видів покарань як невідповідний одному з основних принципів політики в сфері протидії злочинності – законності.

Військовослужбовці відбувають арешт на гауптвахті Служби правопорядку Міністерства оборони (МО) України згідно з вимогами КВК України і вимог пунктів 13–25 і пунктів 28–46 додатка 12 до Статуту гарнізонної та вартової служби Збройних Сил України.

Крім того, нами звертається увага на такий «ганебний» вид покарання, як службові обмеження для військовослужбовців. Цей вид покарання слідом за КК Російської Федерації був прийнятий українським кримінальним законом. Згідно з ч. 1 ст. 58 КК України покарання у виді службового обмеження застосовується до засуджених військовослужбовців, крім військовослужбовців строкової служби, на строк від шести місяців до двох років у випадках, передбачених цим Кодексом, а також у випадках, коли суд, враховуючи обставини справи і особу засудженого, вважає за можливе замість обмеження волі або позбавлення волі на строк не більше двох років призначити службове обмеження на той самий. Проаналізувавши його зміст, можна зробити висновок про багатоаспектність (відрахування в доход держави із грошового утримання засудженого військовослужбовця, протягом строку виконання покарання він не може бути підвищений за посадою, у військовому званні, а також цей строк не зараховується йому в строк вислуги років для присвоєння чергового військового звання) і принизливість для людської гідності цього виду покарання. Так, військовослужбовець, який пов'язував своє життя з військовою службою (кар'єрою) приречений до її закінчення займати той рівень службового становища, якого він досяг до засудження. Солдатам строкової

служби такий військовослужбовець не може взагалі бути прикладом, а тому підпорядкування йому за посадою і військовим званням є сумнівним, оскільки всі будуть знати, що він засуджений «товариш капітан» або «товариш лейтенант». Виходячи з цього, нами пропонується виключити із системи покарань і цей вид.

Органи і командування військових частин МО України виконують також позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, коли воно застосовується як додаткове покарання до арешту і тримання в дисциплінарному батальйоні.

Згідно зі ст. 62 КК України тримання у дисциплінарному батальйоні, як основний вид покарання, може застосовуватися до військовослужбовців строкової служби на строк від шести місяців до двох років у випадках, передбачених цим Кодексом, а також якщо суд, враховуючи обставини справи і особу засудженого, вважає за можливе замінити позбавлення волі на строк до двох років триманням у дисциплінарному батальйоні на той самий строк.

Кримінально-правова сутність цього виду покарання полягає в тому, що засуджений примусово протягом визначеного у вироку суду строку утримується в дисциплінарному батальйоні, у якому піддається виправному впливу за допомогою спеціального режиму тримання, а також комплексу виховних заходів. На нашу думку, цей вид покарання є зайвим, оскільки не вписується в логіку пеналізації суспільно небезпечних діянь. Докладний розгляд цього питання виходить за межі цього дослідження. Зауважимо лише, що суспільно небезпечні діяння, за вчинення яких може бути призначене це покарання, повинні каратися звичайним позбавленням волі, а не триманням у дисциплінарному батальйоні, тим більше, що кількість таких засуджених порівняно невелика, а обладнання і утримування для них спеціалізованих установ не можна визнати виправданими. Незрозумілі також критерії, за якими законодавець виділяє для відбування покарання до 2 років саме категорію військовослужбовців. У відносинах з державою із приводу вчиненого злочину вони повинні бути рівними з усіма іншими громадянами, що в значній мірі буде відповідати принципам рівності громадян перед законом і соціальної справедливості.

Наша думка обґрунтовується ще тим, що серед основних завдань МО України згідно з п. 3 Положення про Міністерство оборони України, затвердженого Указом Президента України від 6 квітня 2011 року № 406 /2011, немає згадки про виконання покарань відносно засуджених військовослужбовців. На наш погляд, не слід передавати йому каральні функції, а виконання всіх видів покарань повинно бути підконтрольним єдиному, спеціально створеному державному органу – Державній пенітенціарній службі України. Це буде повністю відповідати вимогам політики держави в сфері виконання покарань.

Висновки. Систему покарань, передбачену статтею 51 КК України, не можна визнати досконалою, як з погляду теорії, так і складностей з позицій практики реалізації окремих видів покарань. У зв'язку з відсутністю матеріальної і технічної бази для виконання арешту і виправних робіт, на наш погляд, необхідно їх виключити з переліку покарань або ввести мораторій на їхнє виконання. Крім того, автором відзначається необхідність скасування всіх видів покарань для військовослужбовців, конфіскації майна, позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу і виправних робіт у тому вигляді, в якому вони регулюються нормами КК України. Це пов'язано, перш за все, з тим, що Україна на сучасному етапі розвитку просто не має можливостей для забезпечення виконання в повному обсязі 12 видів покарань. Крім того, більшість вчених вважає, що розширення системи покарань у 21 столітті не було потрібно й не потрібно зараз (53,7%). На думку фахівців (опитано 938 співробітників прокуратури, ДПіС України і суддів Полтавської, Донецької, Дніпропетровської, Одеської, Хмельницької областей), найефективнішими покараннями, які слід застосувати на сучасному етапі розвитку України, є: позбавлення волі – 32,1%, громадські роботи – 19,6%, штраф – 15,3%.

Виходячи з цього, необхідно: 1) скоротити кількість видів покарань у переліку, передбаченому ст. 51 КК України; 2) розробити і здійснити низку заходів, необхідних для зміни на законодавчому рівні кримінально-правового регулювання застосування видів покарань, не пов'язаних з позбавленням волі; 3) провести повномасштабну ревізію санкцій норм Особливої частини КК.

Література:

- Музика А. А. Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення: монографія / А. А. Музика, О. П. Горох. — К.: Паливода А. В., 2012. — 404 с.
- Стан та структура злочинності в Україні. [Електронний ресурс]. — Режим доступу на: <http://mvs.gov.ua>.
- Гришук В. К. Кримінальне право України. Загальна частина: навч. посібник / В. К. Гришук. — К.: Ін Юре, 2007. — 568 с.
- Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / за ред. В. А. Клименка, М. І. Мельника. — К.: Юридична думка, 2004. — 352 с.
- Кримінальне право України. Загальна частина: Схеми. Таблиці. Визначення: навчальний посібник / за ред. Є. В. Фесенка. — К.: Юрінком Інтер, 2007. — 272 с.
- Матишевський П. С. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / П. С. Матишевський. — К.: А. С. К., 2001. — 352 с.
- Фріс П. Л. Кримінальне право України. Загальна частина: навчальний посібник / П. Л. Фріс. — К.: Центр навчальної літератури, 2004. — 362 с.
- Денисова Т. А. Корегування мети покарання як крок до гуманізації кримінальної політики / Т. А. Денисова // Вісник Центру суддівських студій. — 2006. — № 9. — С. 11—15.

- Черненко М. П. Проблеми теорії і практики виконання майнових покарань: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» / М. П. Черненко. — Х., 2003. — 20 с.

Митрофанов І. І. Система наказаний в механізмі реалізації уголовної відповідальності

Анотація. В статті досліджуються окремі види наказаний, що складають певну систему. Наказання наповнює змістом основну форму реалізації уголовної відповідальності (з призначенням покарання і судимостю). Система наказаний повинна відповідати сучасному стану розвитку науки уголовної права і соціального і економічного розвитку країни. Наказання повинно досягти не тільки своєї мети: кару, виправлення засудженого, запобігання новим злочинам, — а і виконати в цілому завдання Уголовного кодексу, передбачені ст. 1 УК України. Якщо ці завдання не можуть бути виконані в процесі реалізації конкретного виду покарання, то виникає необхідність виключити його з переліку, визначеного ст. 51 УК України. Аналізуючи окремі види наказаний, робиться висновок про незаконність виконання арешту слідчими ізоляторами. Крім того, Міністерство оборони України, серед виконуваних ним функцій, не виконує функції реалізації цим державним закладом наказаний, які можуть бути призначені військовим, що скоїв злочин. Акцентується увага на необхідності удосконалення системи наказаний.

Ключеві слова: покарання, уголовна відповідальність, система наказаний, механізм реалізації уголовної відповідальності.

Mitrofanov I. I. The system of punishment within the criminal responsibility realization mechanism

Summary. The article deals with the study of some certain types of punishment composing the definite system. The punishment fills with the contents the basic form of criminal responsibility realization (with the determination of punishment and conviction). The system of punishment must correspond to current status of criminal law scientific development and to social and economic development of the country. The punishment should achieve not only its objective: penalty, reformation of the convicted, prevention from commission of a crime, — but also fulfill the tasks of Criminal Code, stipulated by Art. 1 CC of Ukraine. If the following tasks cannot be solved in the process of realization of the specific type of punishment, the necessity of its elimination from the list provided by Art. 51 CC of Ukraine comes into existence. Analyzing the separate types of punishment it has made a conclusion concerning the unlawfulness of arrest by investigative isolation ward. In addition, Ministry of Defense of Ukraine, among the performed functions, does not have an indication of realization of state punishment that can be imposed to the military officers committed a crime. The attention has been focused on the necessity of system of punishment perfection.

Keywords: punishment, criminal responsibility, system of punishment, criminal responsibility realization mechanism.

*Притула А. М.,**к. ю. н., доцент кафедри кримінального права,
процесу та криміналістики
Міжнародного гуманітарного університету*

ОБ'ЄКТИВНА СТОРОНА ЕКОЛОГІЧНИХ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ У ВИКЛЮЧНІЙ (МОРСЬКІЙ) ЕКОНОМІЧНІЙ ЗОНІ

Анотація. У статті аналізуються об'єктивні сторони злочинів, передбачених ст. ст. 243, 244, 249 КК України. Найбільшу складність при дослідженні зовнішніх проявів розглядаємих екологічних злочинів складають злочинні наслідки. У разі, якщо законодавець передбачає наслідки як конструктивні ознаки цих злочинів, то вони вважаються закінченими з моменту їх заподіяння. У статті робиться висновок, що кримінально-правові засоби здійснення політики України в її виключній (морській) економічній зоні повинні враховувати існуючу дійсність, а саме: суспільну і міжнародну небезпеку забруднення моря, незаконну розробку континентального шельфу, незаконне заняття рибним, звіриним або іншим водним видобувним промислом, і, відповідно, будь-які припустимі, навіть у край тверді заходи, прийняті Україною в її виключній (морській) економічній зоні відносно таких злочинів, повинні визнаватися правомірними і необхідними, а не зазнавати обмежень або заборони з боку міжнародного права.

Ключові слова: виключна (морська) економічна зона, злочини проти довкілля, об'єктивна сторона, створення небезпеки, наслідки злочинів.

Постановка проблеми. Міжнародно-правовий режим виключної економічної зони встановлюється міжнародним правом і забезпечується кожною прибережною державою всіма ефективними та доступними засобами, у тому числі й кримінально-правовими. Охорона виключної (морської) економічної зони і забезпечення її міжнародно-правового режиму – завдання кожної прибережної держави, у тому числі й України.

Останнім часом стають відомими факти порушення режиму виключної (морської) економічної зони України – відбувається незаконний морський промисел, незаконне розвідування корисних копалин континентального шельфу, порушеннями екологічної рівноваги природного середовища виключної (морської) економічної зони, що знаходиться у виключному функціональному користуванні України. Чорноморський регіон у зв'язку з обмеженою площею і великою кількістю прибережних держав повністю розділений на виключні економічні зони, а це означає, що прибережні держави мають справу тільки із зазначеним режимом відкритого моря, кожен відступ від правил користування яким, можна розглядати якщо не злочином, то, як мінімум правопорушенням.

З точки зору кримінального права розгляд проблематики виключної економічної зони включає пи-

тання формування джерельної бази відповідальності, характеристик спеціального режиму виключної економічної зони як уздовж прибережних територій та й навкруги островів та скель, впливу процедур делімітації юрисдикцію, кримінально-правові характеристики суверенних та ексклюзивних, забороняючих та примусових прав прибережної держави, імунітетів від юрисдикції, прав та свобод інших держав, консервації та утилізації живих ресурсів, захисту морського середовища, військової активності у виключній економічній зоні. До того ж необхідність кримінально-правового і кримінологічного висвітлення проблем встановлення кримінальної юрисдикції України у виключній економічній зоні обумовлюється необхідністю подолання міжнародної злочинності, що не має кордонів, меж і моральних лімітів.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Різні аспекти екологічної злочинності у виключній економічній зоні розглядалися у роботах відомих вітчизняних та зарубіжних вчених, зокрема, С. М. Бабуріна, А. С. Баєва, Д. А. Гавріліна, С. П. Головатого, І. В. Дмитриченко, С. В. Додіна, Н. А. Зелінської, Б. М. Клименко, О. Р. Колодкіна, Т. Р. Короткого, В. М. Прусса, І. С. Тарханова та ін. Проте, міжнародне право вкрай узагальнено вказує на характеристики національної кримінальної юрисдикції у виключній економічній зоні, що обумовлює потребу удосконалення регулювання співробітництва держав у справі протидії злочинності, необхідність пошуку основних напрямків удосконалювання національного законодавства, яке встановлює відповідальність за злочини, безпосередньо пов'язані з морським середовищем.

Викладення основного матеріалу. Найбільшу складність при тлумаченні кримінально-правових норм, що встановлюють покарання за злочини проти довкілля, які вчиняються у виключній (морській) економічній зоні, їх диспозитивні ознаки, тобто ознаки об'єктивної сторони. Так, об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 243 Кримінального кодексу України (далі – КК), виражається як у формі активних дій – скиданні забруднюючих речовин безпосередньо в морське середовище виключної (морської) економічної зони, так і у формі бездіяльності – неприйняття заходів для запобігання втрат забруднюючих речовин [1].

При цьому поняття «скидання» означає: 1) будь-яке навмисне видалення в море відходів чи інших матеріалів із суден, літаків, платформ або інших, штучно споруджених у морі конструкцій; 2) будь-яке навмисне поховання в морі суден, літаків, платформ чи інших, штучно споруджених у морі конструкцій. Проте, не вважається «скиданням»: 1) видалення в море відходів чи інших матеріалів, котрі властиві або є результатом нормальної експлуатації суден, літаків, платформ чи інших штучно споруджених у морі конструкцій та їхнього обладнання, крім відходів або інших матеріалів, що транспортуються суднами, літаками, платформами чи іншими, штучно спорудженими в морі конструкціями, котрі експлуатуються з метою видалення таких матеріалів або підвозяться до таких суден, літаків, платформ чи інших, штучно споруджених у морі конструкцій, а також крім тих, які є результатом обробки відходів чи інших матеріалів на таких суднах, літаках, платформах або конструкціях; 2) поміщення матеріалів для цілей інших, ніж їхнє просте видалення, за умови, що це не суперечить цілям і принципам міжнародних угод [2]; 3) спалення матеріалів і відходів на поверхні моря, оскільки у відповідних конвенціях воно не згадується, однак, у таких випадках відносини за фактом таких дій регулюються положеннями із запобігання забруднення з атмосфери або через неї [3]. Однак, на наш погляд, слід у відповідних міжнародних відносинах і національному законодавстві передбачити і такий варіант, оскільки багато матеріалів та відходів спалюються саме у морі на спеціальних судах або розпоршуються над його поверхнею, оскільки в іншій місцевості це визнано економічно не вигідним і небезпечним для здоров'я населення [4]; 4) будь-які викиди промислових підприємств, що знаходяться на узбережжі, у тому числі й в іноземних державах. Ці викиди, однак, можуть досягати виключної (морської) економічної зони України і представляти певну загрозу, хоча це і не передбачено ні кримінальним законом, ні міжнародними конвенціями, а тому важливо вирішити питання про віднесення цієї дії до скидань і розглядати як порушення кримінального закону [1].

Злочин вважається закінченим з моменту забруднення вод виключної (морської) економічної зони, тобто з моменту виконання хоча б однієї з вищевказаних дій або стримування від перешкоджання їхньому здійсненню. Таким чином, для кваліфікації діяння винної особи за ч. 1 ст. 243 КК необхідно встановити наявність небезпеки для життя і здоров'я людей чи живих ресурсів моря, або можливість перешкоджання законним видам використання моря. Отже, частина 1 статті 243 не визначає настання шкоди як необхідної ознаки кримінально-правової кваліфікації, однак указує на певного роду небезпеку об'єктам кримінально-правової охорони. У цьому випадку діяння винної особи приймають формальний харак-

тер – шкода або збиток відсутній, але має місце погроза охоронюваним цінностям.

Цього, однак, не можна сказати про діяння винної особи, передбачене ч. 2 ст. 243 КК України. У цьому випадку склад злочину набуває матеріального і одночасно кваліфікованого складу – тобто вчиняються ті ж діяння (дії або бездіяльність), що спричиняють такі збитки: 1) загибель або захворювання людей; 2) масову загибель об'єктів рослинного і тваринного світу; 3) інші тяжкі наслідки – наприклад, таке забруднення зон відпочинку, котре унеможливило без істотних витрат відновлення та їхнє подальше використання (наприклад, забруднення пляжів нафтою). Пункти 2 і 3 характеризують саме екологічну шкоду [5].

Оцінюючи розмір шкоди, необхідно враховувати стійкість забруднення, його площу, кількість загиблих живих організмів, цінність забруднених ділянок в екологічному відношенні (заповідник, нерестове місце), обсяг матеріальних витрат, необхідних для ліквідації забруднення [1, 45]. Цей збиток оцінюється за допомогою проведення екологічної експертизи, а тому, точної вказівки на його кількісні характеристики кримінальний закон не містить.

Частина 3 ст. 243 КК передбачає ще одну кваліфікуючу ознаку злочину – злочинну бездіяльність посадової особи, відповідальної за дотримання формальностей у контролі за чистотою виключної (морської) економічної зони та збереженням її ресурсів. На практиці можливі випадки, коли судно, як морське, так і повітряне, так само як гідротехнічні засоби, інженерна платформа або спорудження, в умовах крайньої необхідності змушені робити скидання в море шкідливих речовин, матеріалів чи відходів. Це також може мати місце у випадку катастрофи, аварії, стихійного лиха та інших форс-мажорних обставин. Навіть у випадках вчинення злочинного діяння, передбаченого частинами 2 і 3 ст. 243 КК, повинне слідувати повідомлення з боку відповідальної особи, яка має відношення до забруднення моря. В усіх цих випадках таке повідомлення повинне провадитися в обов'язковому порядку, воно адресується адміністрації найближчого порту України, іншому уповноваженому органу або особі. Таким чином, невиконання обов'язку щодо такого повідомлення, незалежно від того, з яких причин відбулося або буде відбуватися скидання шкідливих матеріалів, речовин та відходів, у своїй кількості і якості загрозливих охоронюваним інтересам, розглядається як кримінально караний злочин, передбачений ч. 3 ст. 243 КК України. Склад злочину в цьому випадку стає формальним і для кваліфікації відповідної бездіяльності у цій частині кримінального закону не потрібно настання небезпечних наслідків або збитку.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 244 КК України виражається як в активних діях, так і у злочинній бездіяльності: 1) будівництво на кон-

тинентальному шельфі України штучних островів, інженерних та гідротехнічних споруд, платформ, що добувають, технологічних установок без належного дозволу або угоди; 2) встановлення навколо зазначених об'єктів зон безпеки без належного дозволу або угоди; 3) використання зазначених об'єктів, якщо в офіційному порядку їхня робота заборонена, припинена або призупинена; 4) порушення режиму зон безпеки навколо цих об'єктів, що функціонують на основі існуючого дозволу або міжнародної угоди; 5) проведення на шельфі бурильних, видобувних робіт без належного дозволу або угоди, так само як така ж розвідка, розробка корисних копалин та природних багатств шельфу. Сюди також відноситься товарне вироблення продукції, її обробка і транспортування [6]; б) заповідання збитку ресурсам шельфу і покриваючим його водам; 7) злочинна бездіяльність у виді неприйняття заходів для захисту живих організмів моря від шкідливих відходів або небезпечного випромінювання й енергії, якщо це створило погрозу їхньому життю або здоров'ю та життю населення (у цьому випадку має місце спеціальний суб'єкт).

У деяких випадках для кваліфікації діянь винної особи за ст. 244 КК України необхідна наявність істотної шкоди охоронюваним цінностям, причому в яких саме, Законом прямо не зазначено, що являє собою певного роду дискомфорт у застосуванні цієї норми КК. Так, наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 244 КК України порушення законодавства про континентальний шельф *повинне спричинити істотну шкоду*, злочинна бездіяльність відповідальної за безпеку і схоронність морського середовища особи *повинна створити погрозу заповідання шкоди – життю і здоров'ю населення та життю живих ресурсів*, а відповідно до ч. 2 ст. 244 КК України *такого збитку чи погрози може і не бути*, порушення законодавства про континентальний шельф вчиняється іноземною особою. Це вказує на недосконалість існуючої норми навіть у порівнянні з існуючою в КК 1960 року статтею 163¹. У зв'язку з цим, невизначеним представляється питання про те, якої форми набуває склад злочину – формальний він чи матеріальний, і чому іноземний суб'єкт несе відповідальність без наявності істотної шкоди. Існуюча норма, на наш погляд, потребує нової форми, а поки спробуємо з'ясувати форму складу злочину в кожному окремому випадку.

Отже, порушення законодавства про континентальний шельф має матеріальний склад злочину, оскільки мають місце суспільно небезпечні наслідки – істотна шкода, котра визначається за допомогою проведення екологічної експертизи в кожному окремому випадку. Злочинна бездіяльність у вигляді неприйняття заходів для охорони морського середовища з боку особи, що працює на об'єктах морегосподарського комплексу, розташованих на шельфі, має формальний склад, оскільки для кваліфікації такого діяння за ч. 1 ст.

244 КК України необхідне встановлення лише погрози живим мешканцям моря чи населенню. Формальний склад має місце, якщо злочин вчиняється іноземним суб'єктом – фізичною особою, громадянином іншої держави або особою без українського громадянства.

Таким чином, частина 1 ст. 244 КК України передбачає кримінальну відповідальність для українських громадян, що порушують законодавство про континентальний шельф, а частина 2 цієї норми встановлює відповідальність за дослідження, розвідку і розробку природних багатств та інші роботи на континентальному шельфі, що проводяться іноземними громадянами, якщо їхнє виробництво не передбачене угодами між Україною і відповідним іноземним суб'єктом – громадянином чи державою.

Місце вчинення злочину – обов'язкова ознака складу – той чи інший район (ділянка) континентального шельфу.

Злочин вважається закінченим з моменту:

1) заповідання істотної шкоди – у випадку порушення законодавства про континентальний шельф (матеріальний склад злочину); 2) створення погрози загибелі живих організмів або загрози життю, а також здоров'ю людей – у випадку неприйняття відповідною особою заходів захисту (формальний склад злочину); 3) проведення іноземцем недозволених робіт на континентальному шельфі України (формальний склад злочину).

Тваринний світ являє собою невід'ємну частину морської економічної зони України. Тим часом стали очевидними загрозливі темпи знищення диких тварин. Незаконне заняття рибним та іншими водними промыслами відноситься до числа найбільш розповсюджених злочинів у сфері екології. За нього, згідно російським даним, наприклад, засуджується до 46 % від загального числа засуджених [1, 57]. Розглянутий злочин безпосередньо торкається і живих ресурсів економічної морської зони України, причому, питання експлуатації рибних ресурсів спеціально регулюються міжнародними угодами, наприклад, Конвенція 1982 року присвячує питанню збереження живих ресурсів та порядку їхньої експлуатації в морській економічній зоні цілий розділ. Становлення інституту економічної зони взагалі зобов'язане зазіханням прибережних держав на рибні ресурси відкритого моря, як неодноразово відмічалось. Українським законодавством також регулюються відносини з використанням, збереження та управління живими, і зокрема, рибними ресурсами виключної (морської) економічної зони [7]. Кримінальний закон України містить статтю 249, що встановлює кримінальну відповідальність за незаконне заняття рибним, звіриним чи іншим водним добувним промыслом, причому не тільки в межах виключної (морської) економічної зони.

У наш час з'явився такий різновид злочинної діяльності як рибпромислове піратство. Цьому

сприяло, на наш погляд, кілька факторів. Зокрема, тверде закріплення в міжнародному і національному праві різних за своїм правовим режимом просторових ділянок та зон акваторії Світового океану, погіршення, підрич ресурсної бази морського рибальства, поява дефіцитних і, отже, дорогих морепродуктів [8].

Як зазначалося в літературі, у 60 – 80 роки процес односторонніх зазіхань на виключні або суверенні права відносно біоресурсів постійно інтенсифікувався, до того ж, на прискорення цієї тенденції усе більше впливав розрив, що виявлявся між можливостями традиційної сировинної бази рибальства з одного боку, і добувними потужностями з іншого [9].

Як відомо, випадки незаконного рибного промислу іноземними рибальськими суднами мали місце не тільки у виключній (морській) економічній зоні, але й у територіальному морі України [8, 151].

Як основа регулювання доступу іноземних рибалок до біоресурсів 200-мильних виключних економічних зон була розроблена концепція максимально припустимого улову, що включає три найважливіших елементи:

1) прибережна держава має право визначити максимально припустимий (тобто без збитку для стану і відтворення запасів) рівень промислового вилучення біоресурсів у своїй економічній зоні;

2) прибережна держава має право визначити свої потреби в біоресурсах і зарезервувати необхідну для себе їхню частину;

3) прибережна держава повинна надати доступ іншим країнам до надлишків припустимого улову, що залишаються.

Ці тези не суперечать, однак, положенню, коли прибережна держава може довільно визначити розміри припустимого улову та своїх потреб і таким чином взагалі не «виявляти» яких-небудь надлишків [9, 127]. Так, якщо Україна у встановленому міжнародним правом порядку вирішить, що живих ресурсів її морської економічної зони не вистачає для власного використання, або їхній видобуток може привести до екологічного дисбалансу, порушення морської екосистеми, то вона вправі взагалі заборонити іноземним суб'єктам, у тому числі і державам, промисел таких ресурсів, що, однак, відбувається при укладанні відповідних міжнародних угод, які підтверджують виправдані побоювання прибережної держави.

З об'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 249 КК, виражається у здійсненні рибного, звіриного та іншого водного добувального промислу в територіальних водах України, внутрішніх морях, річках, озерах, ставках і водоймищах, а також у межах виключної (морської) економічної зони України без належного на те дозволу або в заборонений час, або у недозволені місця чи недозволені знаряддями, способами і прийомами.

Зміст цих дій у кримінальному законі не розкритий, оскільки диспозиція ст. 249 КК має бланкетний

характер. Для встановлення ознак злочину необхідно звертатися до інших нормативних актів, що регулюють порядок рибного та іншого водного добувального промислу.

Під виробництвом водних добувальних промислів варто розуміти лов риби чи інших водних тварин, які представляють промислову або господарську цінність. Термін «промисел» у даному випадку означає не вид спеціальної повторності, а заняття певною діяльністю, спрямованою на добування риби чи інших водних істот. Практика йде шляхом визнання злочинними як одиничних випадків лову, так і ряду подібних дій [1, 58 –59].

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони цього злочину є заподіяння істотної шкоди, без наявності якої не можна кваліфікувати дії винної особи за ст. 249 КК [10, 168 –178]. Кримінальний закон 1960 р. у ст. 162 цієї ознаки не містив – кримінальна відповідальність наставала незалежно від заподіяння істотної шкоди, що відрізняє подібні норми попереднього і діючого Кримінального кодексів.

Здійснення незаконного промислу без заподіяння істотного збитку – це адміністративна провина. Для визначення того, яка шкода вважається істотною, повинна призначатися еколого-товарознавча експертиза. Щоб відрізнити адміністративну провину від незаконного лову та промислу як кримінального злочину і від промислу законного, до 2001 року прийнято було звертати увагу на наступні обставини: 1) об'єкт і предмет посягання (біологічну та економічну цінність риби, звіра й ін., їхнє значення для рибного господарства країни); 2) знаряддя, способи та прийоми незаконного лову і промислу (застосування дозволених, недозволених, загально небезпечних та знищувальних знарядь, способів і прийомів); 3) ціль і мотив незаконного промислу (користь, нестаток або спортивний інтерес); 4) час і місце (під час нересту, в місцях нересту, у незаборонний час та у дозволених місцях); 5) розмір заподіяного збитку; 6) особистість винного (вчинення правопорушення вперше, вдруге, наявність судимості, обтяжуючі чи зм'якшуючі обставини) [11].

Незаконне заняття рибним, звіриним чи іншим водним добувальним промислом – злочин з матеріальним складом. Це значить, що він вважається закінченим з моменту заподіяння істотної шкоди, що є єдиною ознакою об'єктивної сторони злочину, всупереч існуючій у КК 1960 р. нормі, коли склад злочину був формальним.

Відомо, що існує ряд критеріїв, за якими здійснюється оцінка заподіяного збитку. Виходячи з цього, усі живі ресурси вод підрозділяються на коштовні, малокоштовні і бур'яністі. Розходження в правовому режимі охорони коштовних промислових і непромислових водних тварин визначається з урахуванням їх екологічної та економічної цінності. Перелік коштовних видів риб, звірів та інших організмів міститься у Додатку до постанови Ради Міністрів

СРСР від 1974 р. № 833 «Про посилення охорони запасів коштовних видів риб, морських ссавців і водних безхребетних у рибогосподарських водоймах СРСР», та у постанові Ради Міністрів СРСР від 1986 р. № 315 «Про порядок вирахування стягнення за збиток, заподіяний живим ресурсам економічної зони СРСР, а також запасам анадромних видів риб, що утворюються в річках СРСР, за межами економічної зони».

Згідно з цими документами до коштовних порід віднесені 55 видів риб (калуга, білуга, осетер, стерлядь, севрюга, лосось, сьомга, муксун, форель, мінога, вобла й ін.), 10 видів безхребетних (краби, трепанг, устриці й ін.).

Згідно з роз'ясненням Пленуму Верховного Суду України, даному у п. 5 Постанови «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля», істотна екологічна шкода – це не тільки кількісні та вартісні критерії, а й інші обставини, що мають значення для вирішення цього питання [12]. Це визначення не позбавлене необхідності звертання до оціночних категорій та не містить чітких критеріїв, що навряд чи може допомогти практичним працівникам. Крім того, таке «розмите» тлумачення поняття «істотна шкода надає можливість визнати будь-яку шкоду істотною, навіть без пояснення, чому вона визнана такою [10, 169-170]. При вирішенні питання, чи є збиток істотним, необхідно виходити з вартості, екологічної цінності, кількості добутого, ушкодженого або знищеного, а також розміру шкоди, нанесеної рослинному і тваринному світові [13].

При цьому, як показує узагальнення судової практики, екологічна шкода, як правило, не враховується. Суди виходять в основному з вартісного і кількісного критеріїв, що спотворює справжні розміри заподіяного природному середовищу збитку і кваліфікацію скоєного [1, 61].

Вартість риб та інших водних тварин визначається за спеціальними таксами незалежно від віку і ваги водних мешканців. Такси періодично переглядаються, однак у даний час зазначені в них ціни не враховують інфляційних процесів, що необхідно приймати до уваги, кваліфікуючи правопорушення за ознакою істотного збитку.

Висновки. Таким чином, кримінально-правові засоби здійснення політики України в її виключній (морській) економічній зоні повинні враховувати існуючу дійсність, а саме: суспільну і міжнародну небезпеку забруднення моря, незаконної розробки континентального шельфу, незаконного заняття рибним, звіриним або іншим водним видобувним промислом, і, відповідно, будь-які припустимі, навіть у край тверді заходи, прийняті Україною в її виключній (морській) економічній зоні відносно таких злочинів, повинні визнаватися правомірними і необхідними, а не зазнавати обмежень або заборони з боку міжнародного права.

Література:

1. Жевлаков Э. Н. Экологические преступления и экологическая преступность: учебник / Э. Н. Жевлаков. — М.: Альвы, 1996. — С. 44.
2. Конвенция по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов 1972 г., ратифицированная Украиной в 1975 г. // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. — Вып. XXXII. — М., 1978. — Ст. 3.
3. Киселев В. А. Международные соглашения по предотвращению загрязнения морской среды с судов / В. А. Киселев. — М.: Транспорт, 1986. — С. 85.
4. Волошин В. П. Охрана морской среды / В. П. Волошин. — М.: Судостроение, 1987. — С. 148.
5. Локтіонова В. В. Окремі аспекти визначення наслідків екологічних злочинів / В. В. Локтіонова // Науковий Вісник Міжнародного гуманітарного університету. — 2012. — № 3. — С. 128–133.
6. Научно-практический комментарий УК Украины от 05.04.2001 г. / под ред.: Мельник Н. И., Хавронюк Н. И. — К.: Канон, А. С. К. — С. 652.
7. Об исключительной (морской) экономической зоне Украины: Закон Украины от 16.05.95 г. // Ведомости Верховной Рады Украины. — 1995. — № 21. — Раздел 2.
8. Прусс В. М. Обеспечение безопасности международного судоходства уголовно-правовыми методами / В. М. Прусс. — Одесса: Латстар, 2000. — С. 151.
9. ООН и международные отношения. — М.: Наука, 1986. — С. 1–25.
10. Локтіонова В. В. Наслідки вчинення злочинів проти довкілля (кримінально-правове дослідження): монографія / В. В. Локтіонова. — Кременчук: Видавель «ПП Щербатих О. В.», 2011. — 256 с.
11. Кульков В. Разграничение административной и уголовной ответственности за незаконное занятие рыбной ловлей / В. Кульков // Сов. юстиция. — 1970. — № 14. — С. 14.
12. Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 10.12.2004 р. № 17 // Постанови Пленуму Верховного Суду України в кримінальних справах / Верховний Суд України; за заг. ред. В. Т. Маляренка. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 340–348.
13. Бюллетень Верховного Суда УССР. — 1972 — № 2. — С. 10.

Притула А. М. Объективная сторона экологических преступлений, совершаемых в исключительной (морской) экономической зоне

Аннотация. В статье анализируются объективные стороны преступлений, предусмотренных ст. ст. 243, 244, 249 УК Украины. Наибольшую сложность при исследовании внешних проявлений рассматриваемых экологических преступлений составляют преступные последствия. В случае, если законодатель предусматривает последствия как конструктивные признаки этих преступлений, то они считаются законченными с момента их причинения. В статье делается вывод, что уголовно-правовые средства осуществления политики Украины в ее исключительной (морской) экономической зоне должны учитывать существующую действительность, а именно: общественную и международную опасность загрязнения моря, незаконной разработки континентального шельфа, незаконного занятия рыбным, звериным или другим водным добывающим промыслом, и, соответственно, любые допустимые, даже очень жесткие мероприятия, принятые Украиной в ее

исключительной (морской) экономической зоне относительно таких преступлений, должны признаваться правомерными и необходимыми, а не подвергаться ограничениям или запрету со стороны международного права.

Ключевые слова: исключительная (морская) экономическая зона, преступления против окружающей среды, объективная сторона, создание опасности, последствия преступлений.

Prytula A. Objective side of ecological crimes committed in the exclusive (Maritime) economic zone

Summary. The article analyzes the objective side of the crime stipulated by ст. ст. 243, 244, 249 of the criminal code of Ukraine. The greatest difficulty in the study of the external manifestations the nature of the environmental

crimes are criminal consequences. If the legislator envisages consequences as the constructive elements of these crimes, they are considered complete since the moment of their infliction. The article concludes that the criminal remedies for implementation of policy of Ukraine within its exclusive (Maritime) economic zone shall take into account the existing reality, namely: public and international pollution hazard, illegal development of the continental shelf, illicit classes of fishing, hunting or other water extractive activities, and, accordingly, any valid even completely solid measures taken by Ukraine within its exclusive (marine) economic zone in respect of such offences, shall be recognized as lawful and necessary, and not subject to restrictions or a prohibition by international law.

Keywords: exclusive (Maritime) economic zone, crimes against environment, the objective side, creating a hazard, the consequences of the crimes.

*Автухов К.А.,
к. ю. н., науковий співробітник
сектору дослідження проблем кримінально-виконавчого законодавства
НДІВПЗ ім. акад. В. В. Сташиса*

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ПРОЕКТУ ПОСТАНОВИ КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ «ПРО ЗАТВЕРДЖЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ ЦІЛЬОВОЇ ПРОГРАМИ МОДЕРНІЗАЦІЇ ПЕНІТЕНЦІАРНОЇ СИСТЕМИ НА 2013-2017 РОКИ»

Анотація. У статті представлений критичний огляд проекту Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Державної цільової програми модернізації пенітенціарної системи на 2013-2017 роки», наведено окремі міркування щодо його удосконалення.

Ключові слова: Державна пенітенціарна служба України, кримінально-виконавча система, модернізація пенітенціарної системи.

Постановка проблеми. Наша держава йде шляхом перетворень, спрямованих на зміцнення демократії й створення правової держави. З огляду на це однією з головних цілей громадянського розвитку має стати зміцнення законності та правопорядку, а одним зі шляхів її досягнення є оптимізація і підвищення ефективності діяльності Державної кримінально-виконавчої служби України (далі – ДКВС), тим паче, що значний резерв для цього існує.

Протягом усього часу свого існування система виконання кримінальних покарань України неодноразово піддавалася обґрунтованій критиці як з боку національних фахівців і правозахисників, так і з боку міжнародних експертів, а стан справ у цій системі визнавався кризовим та таким, що потребує невідкладних змін. Ще напередодні становлення української незалежності Урядом було визнано, що система виконання кримінальних покарань, створена і діюча в умовах централізму, адміністративно-командного механізму управління, не повною мірою забезпечує виконання покладених на неї завдань. Здійснювані заходи щодо перебудови діяльності системи виправно-трудових установ не вивели їх із кризового становища [1]. З метою виправлення такого становища процес виконання-відбування кримінальних покарань в Україні піддавався численним спробам удосконалення, реформування, реорганізації, модернізації, розвитку, підвищення ефективності тощо.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. За часів незалежності нашої держави майже щорічно приймалися документи (в тому числі й програмного характеру), спрямовані на поліпшення стану справ у сфері виконання кримінальних покарань: 22 квітня 1998 р. Указом Пре-

зидента України № 344 на базі Головного управління виконання покарань Міністерства внутрішніх справ України утворено Державний департамент України з питань виконання покарань; 31 липня 1998 р. Указом Президента України № 827 затверджено Положення про Державний департамент України з питань виконання покарань; 12 березня 1999 р. Указом Президента України № 248 Державний департамент України з питань виконання покарань виведено з підпорядкування Міністерства внутрішніх справ України; 2 березня 2000 р. Законом України «Про загальну структуру і чисельність кримінально-виконавчої системи України» законодавчо визначено структуру системи виконання покарань та чисельність її персоналу. В подальшому прийняті: Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з утворенням Державного департаменту України з питань виконання покарань» (1998 р.), постанови Кабінету Міністрів України від 20 червня 2000 р. № 986 «Про заходи щодо зміцнення матеріальної бази органів та установ кримінально-виконавчої системи на 2000-2004 роки»; від 15 лютого 2002 р. № 167 «Про затвердження Програми подальшого реформування та державної підтримки кримінально-виконавчої системи на 2002-2005 роки»; Кримінально-виконавчий кодекс України (2003 р.), Закон України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» (2005 р.); Концепція реформування Державної кримінально-виконавчої служби України, схвалена указом Президента України від 25 квітня 2008 р. № 401/2008, Концепція Державної цільової програми реформування Державної кримінально-виконавчої служби на період до 2017 року, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 26 листопада 2008 р. № 1511-р тощо.

Проте житі заходи не забезпечили досягнення дієвих результатів, тому у 2010 р. Державною пенітенціарною службою України зроблено чергову спробу поліпшити стан справ шляхом розробки й прийняття Концепції Державної програми розвитку Державної кримінально-виконавчої служби України на період до 2015 року [2]. У цьому документі за результа-

тами проведення моніторингу та оцінки ефективності діяльності кримінально-виконавчої служби й аналізу реальних і потенційних загроз її сталій діяльності визначено основні чинники, що негативно впливають на роботу органів і установ виконання покарань та слідчих ізоляторів, а також визнано за необхідне удосконалити діяльність і підвищити ефективність виконання кримінальних покарань. При цьому ключовим аспектом, знову ж таки, названо питання подальшого розвитку кримінально-виконавчої служби. На початку 2011 р. були оприлюднені результати проведеного Рахунковою палатою України аудиту діяльності Державної кримінально-виконавчої служби України, в яких зазначається, що численні спроби реформування пенітенціарної системи нічого не дали, а причина криється саме в недосконалості підходів до вирішення проблеми¹.

Вагомим аргументом на користь висновку, що практика виконання кримінальних покарань «зайшла в глухий кут» та потребує втручання на найвищому рівні, стало схвалення Указом Президента України від 8 листопада 2012 р. № 631 /2012 «Концепції державної політики у сфері реформування ДКВС України», вже з назви якої зрозуміло, що реформування кримінально-виконавчої системи виводиться на рівень окремого напрямку діяльності держави (!). З метою її реалізації, ДКВС України розроблено проект постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Державної цільової програми модернізації пенітенціарної системи на 2013-2017 роки», який має у повному обсязі відображати заходи та засоби, за допомогою яких буде поліпшений стан системи виконання кримінальних покарань.

Метою даної статті є детальний аналіз основних положень зазначеної постанови.

Викладення основного матеріалу. Як показує проведений аналіз, проект цього, доволі прогресивного документу, містить ряд суттєвих недоліків, які стосуються реформування та переорієнтування діяльності ДКВС України, на що ми вважаємо доцільним звернути увагу, оскільки зміцнення демократії та утвердження верховенства права як раз і передбачають широке обговорення проектів законодавчих актів.

Ознайомлення з проектом зазначеної постанови Кабміну дає підстави зробити висновок, що її розробниками проведено значну роботу, втім хотілось звернути увагу і на окремі властиві їй недоліки. Розпочати варто з самої назви. Вітчизняному законодавству відомі такі поняття, як Державна кримінально-виконавча служба України, Державна пенітенціарна служба України, раніше використовувалась категорія кримінально-виконавча система. Видається, що використання терміну «пенітенціарна система» потребує наведення роз'яснення, що саме під ним розуміється,

або заміни його на більш загальнозвживані терміни, що зніме зайві питання щодо самої програми.

Як вже зазначалось, за останні 15 років в Україні було прийнято цілу низку різномірних програм, концепцій чи їх проектів у сфері покращення кримінально-виконавчої діяльності. Однак більшість положень цих документів так і залишились лише на рівні теоретичних пропозицій. Видається, що якщо держава всерйоз ставиться до перспектив впровадження ідей, які закладені в цій програмі, і має чітке сподівання на повноцінне втілення її положень, доречно було б розпочати з того, що проаналізувати, з яких причин попередні програми не були реалізовані. Визначити помилки в самих текстах цих програм, та недоліки власне діяльності по їх реалізації, і вже потім базуючись на «роботі над помилками» наводити положення нової програми, наводячи аргументацію чому саме цю програму не спікатиме доля її попередниць. Наведення подібного аналізу надасть сподівання як науковцям, так і власне практичним робітникам, на яких буде покладено обов'язки по її реалізації, в перспективності досягнення закладених в зазначеній постанові цілей, адже більшість практиків та теоретиків абсолютно скептично сприймають «чергову писанину про світле майбутнє».

Окремі питання виникають також щодо фінансових аспектів даної програми. Орієнтовний обсяг коштів державного бюджету, передбачених для виконання програми, становить 3783,33 млн. гривень, коштів інвестора – 2129,7 млн. гривень та субвенцій з державного бюджету місцевим бюджетам – 98,7 млн. гривень. Однак, викликають сумніви можливість виділення біля 2 % від валового внутрішнього продукту України на модернізацію системи виконання покарань. Видається, що дану тезу також варто додаткового аргументувати, навести джерела отримання цих грошей, чи способи лобювання даного питання.

Одним з найбільш спірних питань є можливість та доцільність залучення до фінансування витрат по цій Програмі коштів інвесторів. Вкладаючи більше 2 млрд. гривень інвестори безперечно поставлять питання щодо гарантування повернення вкладених коштів. В Програмі передбачено розроблення законопроекту «Про господарську діяльність у Державній кримінально-виконавчій службі України» із визначенням механізму компенсації інвесторам витрат, однак виникає питання, що саме ДКВС України зможе запропонувати інвесторам як гарантію повернення інвестицій. Чи не виникне ситуація, що інвестори, вимагаючи повернення вкладених коштів будуть претендувати на майно ДКВС України, яке безпосередньо задіяне в процесі виконання покарань, і такими зазіханнями ставлячи під питання інтереси безпеки громадського порядку в Україні в цілому. Можливим є й інший негативний розвиток подій, за якого інвестори з метою повернення коштів будуть

¹ За визначенням Рахункової палати було шість спроб реформування, проте ми вважаємо, що їх було трохи більше.

змушувати керівництво ДКВС України встановлювати нестерпні умови праці для засуджених з метою повернення коштів за рахунок продукції, що понаднормовано вироблятиметься в установах виконання покарань. Проблема безпеки виробництва, понаднормового і безоплатного залучення засуджених до праці в установах виконання покарань і зараз стоїть доволі гостро, а подібна «комерціалізація» системи виконання покарань зможе її загострити ще більше.

Взагалі, слід відзначити, що проект містить в собі чимало положень, які свідчать про перетворення ДКВС України під прикриттям гасел щодо дотримання прав людини у суто комерційне підприємство, метою якого є лише отримання прибутку при мінімальних витратах. І у чим більшому розмірі, тим краще. При цьому дотримання прав і законних інтересів засуджених відсувається на останнє місце, ця вимога фактично підміняється поняттям «створення належних умов тримання». Від подібних хибних підходів застерігали навіть у радянські часи, не говорячи вже про прогресивні дослідження міжнародних фахівців. Проте, останніми роками ДКВС чітко рухається у бік комерціалізації з одночасним надмірним поширенням оперативної та інших видів діяльності, що мають виключно каральний характер (пропозиції уведення нових видів відповідальності, спрощення порядку накладання на засуджених стягнень, відсутність контролю за цими аспектами роботи тощо).

Як визначено у ст. 6 КВК України суспільно корисна праця засуджених – це засіб забезпечення їх виправлення й ресоціалізації. Саме тому в ст. 13 Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» прямо та недвозначно вказується: підприємства установ виконання покарань є казенними підприємствами, які здійснюють некомерційну господарську діяльність без мети одержання прибутку для забезпечення професійно-технічного навчання засуджених та залучення їх до праці. Виходячи з цієї норми, прибуток підприємств установ виконання покарань не повинен визнаватися метою діяльності. Прибуток – це свого роду випадковість, тому він не може бути значним та не вимагає якогось специфічного ставлення з точки зору оподаткування. З наведених положень чинного законодавства також випливає, що праця у в'язниці корисна сама по собі, а не як виробнича діяльність. Численні дослідження довели, що виробництво у в'язниці, за допомогою якого намагаються скласти конкуренцію підприємствам на свободі, несумісне зі справжнім виховним впливом на засуджених. Необхідно розрізняти працю заради прибутку колонії та працю заради виправлення й ресоціалізаційного впливу [3, 43]. Економічна мета праці засуджених, під якою розуміється отримання прибутку від діяльності установ виконання покарань, зазвичай переважала над іншими, бо економіка країни багато в чому залежала від місць позбавлення волі з

відповідним визначенням і ролі підприємств установ виконання покарань в загальній системі виробництва. Проектом Програми фактично пропонується відродити такий підхід, незважаючи на негативні результати подібних підходів, отримані в минулому.

Ще за радянських часів фахівці у галузі виправно-трудового права наголошували: «Що ж стосується трудового виховання, яке є важливою основою всієї виховної роботи, то його неможна розуміти як одне лише працевикористання ув'язненого. Працевикористання та трудове виховання – зовсім не одне й те ж» [4, 310-313]. Праця засуджених – не самоціль, а засіб виправлення, тому й не можна ставити знак рівняння між працевикористанням та трудовим вихованням засуджених. Щодо самоокуповування місць позбавлення волі, яка розумілась як бездефіцитність бюджету або відшкодування бюджету в цілому його видатків по утриманню усією мережі місць ув'язнення за рахунок організованих на господарському розрахунку робіт у місцях ув'язнення – то ця ідея фактично потерпіла фіаско ще з моменту свого виникнення в 1922 році [5, 55; 6, 17]. Як доречно відмічає Д. В. Ягунов, «...в подальшому навіть радянська наука виправно-трудового права побачила в ідеї самоокупності, не кажучи вже про її втілення в життя, реальну небезпеку для процесу виправлення і перевиховання засуджених. Тому це поняття намагалися особливо не виставляти на показ [3, 143].

Головний же негативний наслідок пропонованих у проекті Програми підходів – це зміна відношення до праці самих засуджених, її сприйняття як елементу покарання, невиправданого примусу, що зводить нанівець виховну роль цієї діяльності. Подібні викривлення у свідомості доводять численні моніторинги представників громадськості [7], проти них застерігають й спеціалісти у галузі кримінального права, зазначаючи, що на працю покладаються високі надії, але водночас вона робиться огидною для ув'язнених [8, 9]. Міжнародні стандарти й принципи поведіння з ув'язненими закріплюють, що необхідно створювати умови, які дають в'язням можливість займатися корисною оплачуваною працею, що полегшить їх реінтеграцію на ринку робочої сили їх країн і зобов'яже їх надавати фінансову допомогу своїм сім'ям і родичам. Таким чином, основна мета залучення засуджених до праці полягає в підготовці їх до нормального життя після звільнення, а не в тому, щоб вони заробили кошти для установи виконання покарань чи забезпечили роботу підприємств в інтересах інших урядових підрозділів. Наведеним й обґрунтовується незгода з положеннями проекту Програми, що стосуються питань діяльності підприємств установ виконання покарань на останок, хотілося б відмітити, що серед 6 мільярдів гривень, що планується витратити на реалізацію програми, на її науковий супровід не передбачено жодних видатків.

А питання наукових розробок є доволі актуальним, адже досі не існує належним чином розробленого, та такого, що відповідає сучасним вимогам, проекту закону, яким би передбачалось впровадження пробації, в найближчому майбутньому має бути прийнятий Закон України «Про кримінальний проступок», чи суттєві зміни до Кримінального кодексу України. Все це обумовлює потребу проведення попереднього наукового проектування загальної концепції, кінцевої моделі «модернізованої» кримінально-виконавчої системи, а вже потім на її базі слід розробляти проекти відповідних нормативно-правових актів, і проектів нових установ.

Усе викладене дає підстави зробити **висновок**, що проект постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Державної цільової програми модернізації пенітенціарної системи на 2013-2017 роки», незважаючи на «благі наміри» його розробників, містить достатньо велику кількість упущень та прорахунків, що потребують усунення, оскільки в іншому разі реалізації запланованих заходів буде провадитись формально, тобто «на папері», без корінних змін у реальній правозастосовчій діяльності. Висловлюючи свої міркування, сподіваємося на їх подальше врахування при виконанні заходів Указу, що, як видається, лише сприятиме поліпшенню стану діяльності кримінально-виконавчої системи України та забезпеченню дійсного запровадження у практику діяльності установ виконання покарань міжнародних стандартів.

Література:

1. Про основні напрями реформи кримінально-виконавчої системи в Українській РСР: Постанова Кабінету Міністрів УРСР від 11 липня 1991 р. № 88 // Верховна Рада України: офіційний веб-портал. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/88%D0%B0-91-%D0%BF>. — Загол. з екрана.
2. Концепція Державної програми розвитку Державної кримінально-виконавчої служби України на період до 2015 року (проект) // Верховна Рада України: офіційний веб-портал. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.kvs.gov.ua/punish/control/uk/publish/article?art_id=73927&cat_id=47930. — Загол. з екрана.
3. Ягунов Д. В. Пенітенціарна система України: історичний розвиток, сучасні проблеми та перспективи

реформування / Д. В. Ягунов. — Одеса: НАДУ, ОРІДУ, 2006. — 444 с.

4. Михайленко П. П. Рецидивная преступность и ее предупреждение органами внутренних дел / П. П. Михайленко, И. А. Гельфанд. — К.: Редакц.-издат. отд. МВД УССР. — 1970. — 444 с.
5. Бехтерев Ю. Исправительно-трудовое право в вопросах и ответах / Ю. Бехтерев, М. Кесслер, Б. Утевский // Под ред. Е. Ширвиндта. — М.: НКВД РСФСР, 1930. — 186 с.
6. Пенитенциарное дело в 1922 г. Отчет НКВД по Главному Управлению местами заключения X съезду Советов Рабочих, Крестьянских и Красноармейских депутатов. — М.: Изд-во Московской Губернской Таганской тюрьмы, 1923. — 47 с.
7. Кримінально-виконавча служба України. Проблеми створення системи національних превентивних механізмів попередження катувань та інших жорстоких, нелюдських та таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання // Міжнародне товариство прав людини [Електронний ресурс] — Режим доступу: http://igfm.org.ua/index/add_page_509.html. — Загол. з екрана.
8. Авербах И. От преступления — к труду / И. Авербах; Под ред. А. Вышинского. — М.: Сов. зак-во, 1936. — 226 с.

Автухов К.А. Проблемные аспекты проекта Постановления Кабинета Министров Украины «Об утверждении Государственной целевой программы модернизации пенитенциарной системы на 2013-2017 годы»

Аннотация. В статье представлен критический обзор проекта Постановления Кабинета Министров Украины «Об утверждении Государственной целевой программы модернизации пенитенциарной системы на 2013-2017 годы», приведены отдельные соображения по его усовершенствованию.

Ключевые слова: Государственная пенитенциарная служба Украины, уголовно-исполнительная система, модернизация пенитенциарной системы.

Avtukhov K. Problematic aspects of the draft Cabinet of Ministers of Ukraine «On Approval of the state target program of the penitentiary system modernization in 2013-2017»

Summary. The article presents a critical review of the draft resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine «On Approval of the state target program of the penitentiary system modernization in 2013-2017», presented some ideas on how to improve.

Keywords: State Penitentiary Service of Ukraine, the penal system, modernization of the penal system.

*Климкін В. М.,
здобувач кафедри
кримінального права, процесу та криміналістики
Міжнародного гуманітарного університету*

КОНЦЕПЦІЯ ПРИЧИННОСТІ НАСИЛЬНИЦЬКОЇ ПЕНІТЕНЦІАРНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ В УКРАЇНІ

Анотація. У статті проаналізовано причинний комплекс насильницької злочинності серед засуджених в місцях позбавлення волі на підставі авторського підходу до концепції причинності насильницької пенітенціарної злочинності в Україні. Запропоноване авторське бачення класифікації причин насильницької злочинності серед засуджених в місцях позбавлення волі.

Ключові слова: причини злочинності, злочинність засуджених, місця позбавлення волі, насильницька злочинність, пенітенціарна злочинність.

Постановка проблеми. У теперішній час кримінальна ситуація в Україні стала глобальною проблемою, що загрожує розвитку держави та становленню громадянського суспільства. На систему виконання покарань, у першу чергу, покарання у виді позбавлення волі покладаються обов'язки забезпечити попередження злочинів та захист суспільства від поглиблення кримінальної загрози. Наявність пенітенціарної злочинності слід вважати найяскравішим проявом недосконалості всієї системи попередження злочинності. Насильницька пенітенціарна злочинність є найбільш небезпечною частиною пенітенціарної злочинності. Насильницька пенітенціарна злочинність являє собою інструмент поширення кримінальної моделі поведінки в суспільстві, його криміналізації шляхом звикання до насильницьких способів вирішення конфліктів.

Попередження насильницьких злочинів засуджених у пенітенціарних установах знаходиться в безпосередній залежності від теоретичної розробленості окремих питань насильницької пенітенціарної злочинності, серед яких одним з головних є питання пізнання причин даного виду злочинності.

У період системних трансформацій важливою складовою теоретико-методологічного обґрунтування модернізації попереджувальної діяльності виступає не просто вивчення причинного комплексу насильницької пенітенціарної злочинності, а структуризація та аналіз груп факторів, що детермінують вчинення засудженими до позбавлення волі насильницьких злочинів.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. В різні періоди у своїх дослідженнях даній проблематиці присвятили увагу багато вітчизняних та зарубіжних вчених, зокрема: Антонян Ю. М., Батиргарєєва В. С., Бойко І. Б., Верещагін В. А., Глотчкін А. Д., Долгова А.І., Колб О. Г., Лукашевич С. Ю., Мокрецов А.І., Пірожков В. Ф.,

Старков О. В., Усс О. В., Хохряков Г. Ф., Яковлев М. О., інш.

Теоретико-прикладна актуальність вивчення причинного комплексу насильницької пенітенціарної злочинності підкреслюється і зверненням до цього питання в дисертаційних дослідженнях останнього часу. Серед авторів таких робіт необхідно назвати Ваганова О. Б., Жаркіх М. М., Качурову Є. С., Лиханова І.І., Миронова В. О., Слепова А. П., Філіппову О. В., інш.

Однак, не дивлячись на певну розробленість питань, пов'язаних з дослідженням причин насильницької пенітенціарної злочинності, до теперішнього часу у вітчизняній науці не сформульовано комплексного уявлення про сучасний причинний комплекс насильницької пенітенціарної злочинності.

Метою даної статті є аналіз основних причин насильницької злочинності серед засуджених в місцях позбавлення волі на підставі формулювання і аргументації авторського підходу до концепції причинності насильницької пенітенціарної злочинності в Україні.

Викладення основного матеріалу. Причина як основа та сутність наслідку є вихідним і визначальним елементом взаємозв'язку явищ, причина безпосередньо породжує об'єкт. Відповідно до цього причини злочинності – це обставини, що безпосередньо породжують і відтворюють злочинність та злочини як свій закономірний наслідок. Саме уявлення про причини злочинності надає можливості сформулювати обґрунтований підхід до її пізнання та, відповідно, виробити комплексний погляд на її попередження.

На відміну від причин, умови не покликані породжувати об'єкт і не можуть робити цього, адже вони є лише сприятливим або несприятливим ґрунтом, обстановкою, в якій об'єкт виявляє себе. Тому умови злочинності – це явища, котрі безпосередньо не породжують злочинності (як наслідку), але слугують певними обставинами, що сприяють її виникненню та існуванню, тобто в певний спосіб впливають на розвиток причинного зв'язку, сприяючи чи не перешкоджаючи породженню злочинності.

В спеціальній літературі наведені численні підходи до розуміння причин насильницької пенітенціарної злочинності. Зокрема, тільки в останніх дисертаційних дослідженнях пропонується виокремлювати причини (фактори):

- економічного характеру, психологічні, організаційно-правові тощо (М. М. Жаркіх) [1, 73-79],
- зовнішні та внутрішні (А. П. Слепов) [2, 74-105],
- загальносоціальні, соціально-психологічні та особистісні (О. В. Філіппова) [3, 66-67],
- об'єктивного і суб'єктивного характеру (В. О. Миронов) [4, 19-23].

В українській науці остаточною відповідь на питання про класифікацію факторів насильницької пенітенціарної злочинності не запропоновано. Як правило, подається перелік численних обставин, з наявністю яких автори, прямо або опосередковано, пов'язують виникнення, існування та розвиток цього виду злочинності [5, 153-156].

В свою чергу, в нормативних актах, зокрема, програмних документах щодо реформування пенітенціарної сфери (наприклад, у Державній цільовій програмі реформування Державної кримінально-виконавчої служби на 2013-2017 роки) [6] законодавець зосереджується, як правило, на певних факторах (не розрізняючи причини та умови), що мають вельми специфічну спрямованість та не відображають зв'язків пенітенціарної злочинності з загальною кримінальною ситуацією в державі.

Внаслідок цього, чітке уявлення про причини насильницької пенітенціарної злочинності скласти досить важко, а власне добір факторів являє собою неструктуровану сукупність різних за рівнем, характером, впливом на породження злочинності факторів. Однак для дослідження кримінологічних засад попередження насильницької пенітенціарної злочинності таку розробку проблеми неможна визнати належною. Така позиція пов'язана із тим, що серед задач кримінології на сьогодні пояснювальна має превалювати над описовою, адже сучасна наука вже збирала достатній обсяг інформації, який потребує якісного аналізу задля пояснення тих явищ, які входять до предмету кримінології, у першу чергу, злочинності та окремих її видів.

Відповідно до цього пропонується не зосереджуватися на розгляді окремих факторів, а сформувати причинний комплекс насильницької пенітенціарної злочинності. Під ним пропонується розглядати складну багаторівневу взаємопов'язану сукупність факторів, що виступають причинами виникнення, існування та розвитку насильницької злочинності серед засуджених в установах, що виконують покарання у виді позбавлення волі.

Наявність такого комплексу обумовлює класифікацію всіх причин цього виду злочинності за двома критеріями:

- за характером – на об'єктивні та суб'єктивні;
- за рівнем – на загальні, особливі та специфічні.

Ці дві класифікації підлягають накладенню одна на одну, внаслідок чого причини на будь-якому рівні можуть розглядатися в контексті їх об'єктивності / суб'єктивності, а будь-яка об'єктивна чи суб'єктивна

причина може бути віднесена до загального, специфічного чи особливого рівня.

Поділ причин на об'єктивні та суб'єктивні є досить звичним для аналізу факторів, за допомогою яких пояснюється злочинність чи її окремі види. Вбачається, що такий розподіл причин дозволяє виявити вплив зовнішніх факторів на поведінку засуджених і вплив внутрішніх, особистісних властивостей особи на її протиправні вчинки.

Зрозуміло, що будь-який злочин – продукт діяльності людини, яка є результатом взаємодії індивідуальних властивостей особи та об'єктивної (зовнішньої для індивіда) ситуації, в якій людина обирає конкретне поведінкове рішення [7, 164]. Однак, хоча вибір характеру діяльності визначається потребами, інтересами і мотивацією людей і їх груп, і ці соціально-психологічні феномени є безпосередньою (найближчою) причиною поведінки людей в суспільстві, становлення особистості, сприйняття стереотипів поведінки є результатом набуття соціального досвіду, який формується у зовнішньому оточенні, адже людина завжди залишається соціальною істотою. Тому об'єктивні фактори не можна вважати другорядними. Особливо, коли йдеться про насильницьку пенітенціарну злочинність.

Далеко не всі засуджені є представниками типу «злісний злочинець». Тому в умовах швидкої та кардинальної зміни життєвого середовища домінуюче значення набуває саме зовнішній вплив. Він може як деформувати особу і вона набуде нових якостей, так і зміцнити позитивні якості людини, яка активно протистоїть негативу ззовні.

Тому, як видається, поділ причин насильницької пенітенціарної злочинності на об'єктивні та суб'єктивні не є схоластичним, а являє собою намагання врахувати характер певних факторів та уявити їх значення як причин кримінальності.

Вбачається, що під об'єктивними факторами насильницької пенітенціарної злочинності слід розуміти всі ті, що не є залежними від властивостей особистості конкретного засудженого або типових характеристик засуджених як специфічної соціальної групи загалом.

Звернемо увагу на те, що сучасний стан розвитку вітчизняної кримінологічної системи свідчить про наявність значного обсягу державного контролю. Більш того, є певні сфери, в яких інститути громадянського суспільства мають поки що вельми незначний вплив. Серед таких – пенітенціарна система. Тому, як правило, процеси, які відбуваються в ній, у вельми незначному ступені підвладні комусь, окрім держави, тим більше, самим засудженим.

Поряд із цим, існують причини злочинності, які взагалі не є та не можуть бути підвладними спільноті громадян, наприклад, соціально-економічні проблеми.

Під суб'єктивними причинами насильницької пенітенціарної злочинності слід розуміти ті, які опосередковуються типовими соціально-психологічними особливостями засуджених. Їх суб'єктивність полягає в тому, що, за наявності певних прагнень, конкретна особа може чинити спротив формуванню цих особливостей та їх об'єктивації у протиправній поведінці.

Таким чином, злочинна поведінка засудженого продукується взаємодією особливих властивостей його особи, що відображають деформацію ціннісних орієнтацій, інтересів і потреб, зі специфікою середовища, в якому ця особа функціонує. У взаємодії з навколишнім середовищем формується не тільки кримінальна мотивація особи злочинця, мотиви і цілі конкретного злочину, але психофізичні і психологічні особливості його особистості, що підсилюють і стимулюють їх перетворення у внутрішню позицію [8, 136]. Злочин тут виступає результатом складної взаємодії антисоціальних особливостей особи засуджених і середовища, в якому вони знаходяться [5, 153].

В цей же час, розрізняючи об'єктивні та суб'єктивні причини, вбачається доцільним зауважити, що така диференціація є умовною, адже, за відомим висловом К. Маркса, об'єктивне сприймається лише тоді, коли проходить через суб'єктивне сприйняття.

Для характеристики причин за рівнем слід виходити з того, що насильницька пенітенціарна злочинність являє собою особливий різновид кримінальності. В ній знаходять прояв ті причини, які є загальними для злочинності в цілому. При цьому, будучи пенітенціарної і насильницької, цей різновид злочинності визначається тими факторами, аналіз яких дозволяє пояснити закономірності вчинення саме насильницьких злочинів засудженими до покарання у виді позбавлення волі.

З урахуванням цього, всі причини насильницької пенітенціарної злочинності можуть бути представлені у вигляді сукупності чинників, яка існує на загальному, особливому та специфічному рівнях.

Вважаємо, що під загальними причинами допустимо розуміти фактори глобального характеру, що детермінують злочинну поведінку в цілому, в масштабах держави, дія яких виявляється незалежно від виду злочинності. Звичайно, цей факт не означає, що в умовах позбавлення волі, стосовно до особливого контингенту – засуджених – ці фактори проявляють себе точно так само, як і в умовах «вільного співжиття». У місцях позбавлення волі будь-який аспект дійсності набуває особливого вираження, будь-який конфлікт – особливої гостроти. Однак як такі, загальні фактори детермінують будь-який вид кримінальної активності.

Серед загальних факторів насильницької пенітенціарної злочинності провідне місце має посідати соціально-економічні проблеми, зокрема, питання трудової зайнятості засуджених, які відбувають покарання у виді позбавлення волі, набуття ними про-

фесіональних навичок, щоб дозволило у майбутньому конкурувати на ринку праці.

Під особливими факторами маються на увазі ті фактори, які виявляються тільки відносно насильницької і тільки щодо пенітенціарної злочинності.

Кримінологічне вчення про причини насильницької злочинності містить самий широкий спектр підходів до пояснення кримінального насильства – від біологічних до вкрай соціологічних, майже механістичних. Тому, говорячи про причини насильницької злочинності, більшість авторів називає такі, як орієнтація частини населення на досягнення поставлених життєво важливих цілей будь-якими засобами; інтенсивні темпи алкоголізації та наркотизації населення; поширення впливу кримінального середовища на всі верстви населення; високий рівень безробіття, низький рівень матеріального достатку, викликані змінами в соціальному і економічному житті країни після 1991 р.; латентність і безкарність значної частини злочинів проти особи, зумовлені недоліками в роботі або бездіяльністю правоохоронних органів; недоліки та упущення в роботі основних освітніх і виховних інститутів в державі, комплектація даних інститутів непрофесійними кадрами; занепад моральності, втрата духовних і моральних цінностей тощо.

Як зазначав С. М. Абельцев, насильство не може існувати само по собі, взяте окремо. Йому завжди необхідна соціальна база у вигляді пороків суспільства [9, 207]. В цьому сенсі вважаємо, що одиничне (індивідуальне) насильство може бути пояснене відносно невеликим переліком вад конкретної людини. Але вже на груповому рівні його пояснення викликає необхідність аналізу усталених рис особистості, як біологічно обумовлених, так і вироблених в процесі набуття певного соціального досвіду, які є притаманними для певної соціальної групи.

Стосовно особливостей причин пенітенціарної злочинності зазначимо перспективність їх розгляду через феномен конфлікту (протириччя).

У будь-якому колективі засуджених виникає цілий ряд різноманітних за змістом, широті обхвату людей, ступеню виразу та глибині конфліктів.

В радянській літературі було запропоновано наступне визначення конфлікту – це такий вид соціальних відносин між засудженими (особистістю або групами), який виникає в результаті загострення протиріч, що лежать в його основі (розбіжністю установок, ціннісних орієнтацій, соціальних очікувань), характеризується несумісністю цілей або способів досягнення цих цілей і виражається в обопільних діях (в деяких випадках у бездіяльності) суб'єктів, спрямованих не тільки на досягнення цілей, але й на нейтралізацію, усунення протидії однієї зі сторін і нанесення їй збитку (морального, матеріального, фізичного) [10, 63].

Природа конфлікту у пенітенціарних установах обумовлена протиприродністю ізоляції як форми іс-

нування людини. Проблематика конфліктів у місцях позбавлення волі саме як джерела походження кримінальності розглядалася ще в радянській літературі. Зокрема, робота О. В. Усса була прямо пов'язана з цим явищем. Однак в дослідженнях останнього часу ця проблематика набула особливого значення з огляду на конфлікти між державою та засудженим. Відповідно, був запропонований термін «пенальний конфлікт», сутність якого полягає саме в цьому протиріччі [11, 21].

Як видається, й радянський підхід, й сучасна позиція є дещо звуженими, фактично, вони висвітлюють різні боки одного явища. Вважаємо, що пенальний конфлікт являє собою обумовлене ізоляцією від суспільства та утриманням в специфічному колективі закономірне протиріччя між потребами та інтересами конкретної особи (засудженого) та проявами /намірами будь-якого зовнішнього чинника (держави в особі представника адміністрації, інших засуджених, їх структур тощо).

Вважаємо, що такий підхід доречний саме з огляду на причинний комплекс пенітенціарної злочинності, адже не лише у ситуації протистояння з державою вчиняються пенітенціарні злочини. Зокрема, навряд чи з цих позицій можна пояснити вчинення корисливих злочинів в місцях позбавлення волі. Але розуміння пенального конфлікту як наявне протиріччя з будь-якими зовнішніми чинниками надає можливості пояснити правопорушення засуджених різного характеру. Зокрема, він надає додаткового імпульсу для вивчення процесів структуризації колективів засуджених під впливом кримінальної субкультури, внаслідок чого засуджені змушені жити згідно встановлених у місцях позбавлення волі неофіційних правил. Саме наявність конфліктів різного роду (наприклад, обумовлених небажанням підкорятися цим правилам, порушення цих правил) стає причиною вчинення пенітенціарних злочинів.

Примусове одностатеве об'єднання на обмеженому просторі великої кількості особливих представників суспільства, нав'язування небажаних відносин, порушення прав та свобод засуджених призводять до формування специфічного психологічного клімату, що включає почуття незахищеності, ворожого оточення, прояв стадних інстинктів, постійне очікування образ, насмішок, нападу, насильства. Це – умови виникнення пенальних конфліктів.

В свою чергу, специфічними є фактори, що визначають безпосередньо насильницьку пенітенціарну злочинність. Зазначимо, що специфічні фактори слід розглядати не як довільну сукупність причин насильницької та пенітенціарної злочинності, а як системну цілісність факторів кримінального насильства серед засуджених в місцях позбавлення волі.

Серед специфічних чинників особливу роль посідають проблеми організації діяльності установ, які виконують покарання у виді позбавлення волі. Зокре-

ма, можна виокремити такі типові специфічні причини насильницької пенітенціарної злочинності:

- нездатність адміністрації за допомогою офіційних заходів домогтися порядку і дисципліни, навмисне приховування фактів насильства;

- грубе порушення прав засуджених;

- небажання адміністрації втручатися в конфлікти засуджених, а у випадках втручання – їх несправедливе вирішення.

Специфічну інтерпретацію в контексті пояснення насильницької пенітенціарної злочинності отримує й проблематика кримінальної субкультури. Відомо, що для осіб, інтегрованих у кримінальну структуру в місцях позбавлення волі, характерні жорстокість, відсутність співчуття, статева розбещеність, розмитість моральних норм, втрата жалості. Ці психологічні риси корелюють з обов'язковістю дотримання неформальних норм і правил поведінки, застосування санкцій покарань, як правило, у вигляді насильства, за їх недотримання. Зокрема, за результатами окремих досліджень, велика частина насильницьких злочинів – це і є санкції за невиконання засудженими злочинних «законів» і правил поведінки, притаманних кримінальній субкультурі.

Таким чином, у місцях позбавлення волі відбувається самоорганізація злочинного середовища за допомогою кримінальної субкультури, що і виступає з найбільш важливих специфічних факторів насильницької пенітенціарної злочинності.

З урахуванням наведеного, можна дійти **висновку**, що формування концепції причинності насильницької пенітенціарної злочинності дозволяє здійснити структуризацію факторів, що пояснюють вчинення засудженими до позбавлення волі насильницьких злочинів, на дві взаємопов'язані сукупності, які сформовані за характером цих факторів та рівнем їх прояву. Відповідно до цього можна виокремлювати об'єктивні та суб'єктивні фактори; загальні, особливі та специфічні фактори.

Як видається, такий підхід дозволяє вирішити декілька питань:

- систематизувати наявні причини насильницької пенітенціарної злочинності;

- сформувати призму аналізу тих факторів, які будуть з'являтися у майбутньому;

- з урахуванням характеру та рівня причин визначити тактичні та стратегічні цілі попередження насильницької пенітенціарної злочинності;

- досягти більшої впорядкованості діяльності з попередження цього виду злочинності;

- виокремити найбільш вагомні фактори у конкретний проміжок часу задля ефективного впливу на них.

Вважаємо, що **перспективним з огляду на подальші дослідження** причинного комплексу насильницької пенітенціарної злочинності на підставі запропонованої концепції є розробка на цій основі дієвих заходів попередження насильницьких злочинів засу-

джених у пенітенціарних установах, що сприятиме поліпшенню кримінальної ситуації в місцях позбавлення волі. Така розробка, з огляду на стан насильницької злочинності в місцях позбавлення волі Україні, є на сьогодні дуже актуальною та затребуваною.

Література:

1. Жарких М. Н. Преступность среди осужденных в исправительных учреждениях и меры её предупреждения: дисс.... кандидата юрид. наук / М. Н. Жарких // Казанский гос. ун-т им. В. И. Ульянова. — Казань, 2008. — 276 с.
2. Слепов А. П. Предупреждение насильственных преступлений, совершаемых осужденными в исправительных колониях: дисс.... кандидата юрид. наук / А. П. Слепов // Академия права и управления. — Казань, 2008. — 237 с.
3. Филлипова О. В. Преступность в местах лишения свободы и ее предупреждение (по материалам Республики Бурятия): дисс.... кандидата юрид. наук / О. В. Филлипова // ГОУ ВПО «Томский государственный университет». — Томск, 2009. — 190 с.
4. Миронов В. О. Преступления, совершаемые в исправительных учреждениях, и их предупреждение: автореф. дисс. на соискание учен. степени кандидата юрид. наук / В. О. Миронов // ФГКОУВПО «Ростовский юридический институт МВД России». — Ростов-н /Д., 2012. — 29 с.
5. Курс кримінології: Особлива частина: підручник: у 2 кн. / М. В. Корнієнко, Б. В. Романюк, І. М. Мельник та ін.; За заг. ред. О. М. Джузи. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — 480 с.
6. Про затвердження Державної цільової програми реформування Державної кримінально-виконавчої служби на 2013-2017 роки: Постанова Кабінету Міністрів України від 29.04.2013 № 345 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/345-2013-%D0%BF>
7. Аванесов Г. А. Криминология: учебник / Г. А. Аванесов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Изд-во Акад. МВД СССР, 1984. — 500 с.
8. Криминология: учебник / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, Г. М. Миньковского. — М.: Изд-во МГУ, 1994. — 415 с.
9. Абельцев С. Н. Личность преступника и проблемы криминального насилия / С. Н. Абельцев. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2000. — 207 с.
10. Мокрецов А. И. Микросреда осужденных в ИТУ / А. И. Мокрецов, И. В. Шмаров. — М.: ВНИИ МВД СССР, 1979. — 82 с.
11. Ваганов А. Б. Криминологическая характеристика пенитенциарной преступности и её профилактика: автореф. дисс. на соискание учен. степени кандидата юрид. наук: спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология, уголовно-исполнительное право» / А. Б. Ваганов // ФГБОУВПО «Челябинский государственный университет» — Челябинск, 2012. — 31 с.

Климкин В. Н. Концепция причинности насильственной пенитенциарной преступности в Украине

Аннотация. В статье проанализирован причинный комплекс насильственной преступности среди осужденных в местах лишения свободы на основании авторского подхода к концепции причинности насильственной пенитенциарной преступности в Украине. Представлен авторский взгляд на классификацию причин насильственной преступности среди осужденных в местах лишения свободы.

Ключевые слова: причины преступности, преступность осужденных, места лишения свободы, насильственная преступность, пенитенциарная преступность.

Klimkin V. The concept of causality of violent crime in Ukraine prison

Summary. In this paper the complex of reasons violent crime among in matesin prison on the basis of the author's approach to the concept of causality of violent crime in the penal Ukraine. The author's opinion on the classification of the causes of violent crime among in matesin prisons.

Keywords: the causes of crime, crime convicts, prisons, violent crime, prison crime.

*Курилюк Ю. Б.,
здобувач кафедри кримінального права та процесу
Національної академії управління, м. Київ*

СУБ'ЄКТИВНА СТОРОНА ЗЛОЧИННОГО ПОРУШЕННЯ ПРАВИЛ НЕСЕННЯ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ

Анотація. У статті досліджено суб'єктивну сторону злочину, передбаченого статтею 419 Кримінального кодексу України, що відноситься до злочинів зі змішаною протиправністю. Подвійна форма вини досліджуваного злочину являє собою різне психічне ставлення особи у формі умислу та необережності до різних об'єктивних ознак одного і того ж самого протиправного діяння. Встановлено, що ставлення особи до безпосереднього порушення правил несення прикордонної служби виражається виключно у формі умислу (прямого чи непрямого), а до тяжких наслідків – в умисній або необережній формах. При цьому необережність виражається у виді злочинної самовпевненості.

Ключові слова: суб'єктивна сторона злочину, порушення правил, прикордонна служба.

Постановка проблеми. Суб'єктивна сторона злочину є одним з рівноправних елементів складу злочину. З'ясування суб'єктивної сторони злочинного порушення правил несення прикордонної служби займає доволі не останнє місце у його кримінально-правовій кваліфікації. Завдання цього елементу складу досліджуваного злочину полягають у тому, що його ознаки: (1) впливають на визначення спрямованості злочинної поведінки на конкретний об'єкт кримінально-правової охорони – прикордонну безпеку держави; (2) диференціюють характер суспільної небезпеки, чим впливають на кримінально-правову оцінку вчиненого діяння: з одного боку впливають на кваліфікацію злочину, а з другого – дають змогу відмежовувати його від суміжних злочинів за суб'єктивними ознаками; (3) впливають на характеристику особи винного, пом'якшуючих та обтяжуючих обставин вчиненого діяння, таким чином впливаючи на вирішення питань про відповідальність і покарання; (4) обумовлюють зміст способу вчинення злочину як ознаки об'єктивної сторони; (5) сприяють встановленню та оцінці причин і умов вчинення порушення правил несення прикордонної служби, що можуть вплинути на пом'якшення відповідальності прикордонника або звільнити від неї; (6) відіграють істотну роль при вирішенні таких важливих питань кримінального права як: стадії вчинення злочину, добровільна відмова, співучасть у злочині тощо.

Мета статті полягає у з'ясуванні особливостей суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 419 Кримінального кодексу України (далі – КК).

Аналіз останніх досліджень та публікацій щодо досліджуваного питання викладений в основній частині цієї статті.

Викладення основного матеріалу. Особливість суб'єктивної сторони злочину полягає в тому, що вона передуює вчиненню злочину, формуючись у вигляді певного ставлення особи, її інтелекту і волі до вчинюваного діяння, мотиву та цілей (плану злочинного посягання), а й супроводжує його зовнішню сторону від початку до кінця злочинної поведінки, тобто становить своєрідний самоконтроль цієї особи над власною поведінкою [1, 109–110].

Теорією кримінального права під суб'єктивною стороною злочину розуміється внутрішній (імпліцитний) прояв суспільно небезпечного посягання, що дає уявлення про психічні процеси, які відбуваються у свідомості винної особи під час вчинення злочину, та характеризується певною формою вини, мотивом, метою й емоційним станом. Основною (обов'язковою) для кожного злочину ознакою суб'єктивної сторони злочину є вина [2, 55], щодо визначення якої висловлено ряд концепцій (теорій).

Домінуючою в теорії кримінального права України є психологічна концепція вини [3, 146], з позиції якої і дається визначення цього поняття у ст. 23 КК – психічне ставлення особи до вчиненої дії чи бездіяльності, передбаченої кримінальним законом, та її наслідків.

Ставлення особи до вчиненого нею суспільно небезпечного діяння, передбачення, бажання суспільно небезпечних наслідків або можливості їх передбачення нормативно визначені ст. ст. 24 та 25 КК в чотирьох існуючих формах вини, що зменшуються від прямого умислу, через непрямий (евентуальний) умисел та злочинну самовпевненість, до злочинної недбалості.

Кримінальний закон у диспозиції ст. 419 КК не розкриває суб'єктивну сторону цього злочину, що обумовлює різноманітність поглядів щодо її визначення. У теорії кримінального права існує безліч підходів щодо визначення того, з якою формою та з яким видом умислу чи необережності може бути вчинене злочинне порушення правил несення прикордонної служби, що спричиняє тяжкі наслідки. Більшість вчених, зокрема С. В. Албул [4, 196], Г. М. Анісімов [5, 122], С. І. Дячук [6, 555] та інші, зазначають, що цей злочин може бути вчинено як умисно, так і з необережності.

О. С. Самойлов та А. А. Толкаченко зазначають, що таке діяння може бути вчинене з умисною формою вини [7, 534], а А. В. Музыка – виключно з прямим умислом [8, 155].

М.І. Панов відмічає, що обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони більшості військових злочинів є умисна форма вини. Деякі з них припускають необережну форму вини, а інші змішану (подвійну) форму, коли психічне ставлення особи до вчиненого нею суспільно небезпечного діяння може характеризуватися умисною формою вини, а до суспільно небезпечних наслідків – необережністю [5, 13–14]. Саме до цих «інших», тобто до злочинів з подвійною (змішаною, складною) формою вини, на нашу думку, відноситься злочин, передбачений ст. 419 КК. Аналогічну позицію, хоча прямо на це не вказують, займають також інші науковці.

М.І. Хавронюк вважає, що порушення правил несення прикордонної служби вчиняється з прямим умислом до діяння та необережністю до наслідків [9, 471], Т. Б. Николаєнко та В. О. Сич – з прямим умислом або необережністю до діяння та непрямим умислом чи необережністю до наслідків [10, 1140], а В. П. Бодаєвський та С. Ф. Денисов – як з умислом, так і необережністю до діяння, а щодо наслідків – лише з необережністю [11, 619].

Російський дослідник порушення правил несення прикордонної служби М.Є. Степаненко виділив три форми вини: а) прямий умисел до порушення правил та до наслідків; б) непрямий умисел до порушення правил та до наслідків; в) прямий або непрямий умисел до порушення правил та необережна вина у виді легковажності до наслідків [12, 57].

Наукою кримінального права виділяється декілька груп злочинів з подвійною формою вини. Одна з них включає у себе ті злочини, в яких діяння, що являє собою порушення яких-небудь правил, саме по собі, у відриві від наслідків є адміністративним чи дисциплінарним правопорушенням, і тільки настання суспільно небезпечних наслідків, причинно пов'язаних з діянням, робить усе вчинене злочином [13, 171]. На практиці досить часто виникають проблеми із визначенням форми вини злочинів зі змішаною протиправністю, перш за все тих, що пов'язані з порушенням нормативно встановлених правил та спричиненням ним певних суспільно небезпечних наслідків.

У злочинах зі змішаною протиправністю, пов'язаних із порушенням певних нормативно встановлених правил, форма вини може мати комплексний різномірний характер відносно: порушення правил; діяння, що за умов такого порушення правил спричиняє кваліфікуючі наслідки; та кваліфікуючого шкідливого наслідку, що фактично настав. В останніх двох випадках, залежно від законодавчої конструкції диспозиції норми, вина може бути як умисною, так і необережною відносно кваліфікуючих наслідків,

що фактично настали, в той час, як саме порушення нормативно встановлених правил, через яке зазначені кримінально-правові наслідки могли мати місце, вчиняється виключно з прямим умислом [14, 168–169].

Злочинне порушення правил несення прикордонної служби відноситься до злочинів із матеріальним складом, необхідною ознакою яких є настання суспільно небезпечних наслідків і наявність причинного зв'язку між діянням особи і наслідками. При вчиненні цих злочинів винний передбачає не лише суспільно небезпечні наслідки свого діяння, але й у загальних рисах – розвиток причинного зв'язку між діянням, що вчиняється, і злочинним наслідком, що настане. Однак відсутність тяжких наслідків робить порушення правил несення прикордонної служби дисциплінарним правопорушенням, що є одним із аргументів щодо визнання змішаної форми вини злочину, передбаченого ст. 419 КК.

Аналіз кримінальних справ, порушених за ознаками досліджуваного нами злочину, показав, що суддями у більшості (88 %) вироків та постанов не визначається форма вини, з якою особа вчинила цей злочин. На наш погляд, проблему, зокрема, становить те, що форма вини при кваліфікації цього злочину, в переважній більшості випадків, має комплексний характер та повинна включати не менш як два самостійні елементи: (1) психічне ставлення особи до безпосереднього порушення правил несення прикордонної служби та (2) психічне ставлення до безпосередньо спричинених тяжких наслідків.

На наше переконання ставлення особи до безпосереднього порушення правил несення прикордонної служби, тобто до самого діяння, може виразитись виключно в умисній формі, а до тяжких наслідків – в умисній та необережній формах. При цьому необережність виражається у виді злочинної самовпевненості. Розглянемо їх.

Відомо, що кримінальний закон розрізняє два види умислу: прямий (ч. 2 ст. 24 КК) та непрямий (ч. 3 ст. 24 КК), формулювання яких мають багато спільного. Аналіз понять видів умислу дає можливість виділити ознаки, які дозволяють охарактеризувати психічне ставлення особи до вчиненого нею діяння та його наслідків.

У науковій думці відмічають, що свідомість і передбачення становлять інтелектуальні ознаки умислу, а бажання або свідоме припущення наслідків – його вольову ознаку [13, 156]. Виходячи з цього положення для з'ясування певного виду умислу при вчиненні злочинного порушення правил несення прикордонної служби необхідно дослідити його інтелектуальну та вольову ознаки.

Інтелектуальна ознака умисної форми вини злочину, відповідно до ст. 24 КК, полягає у тому, що особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого

діяння (дії або бездіяльності). Таке усвідомлення в науці кримінального права містить не тільки розуміння фактичної сторони того, що вчиняється, всіх обставин, що характеризують об'єктивні ознаки складу злочину, а й розуміння соціального значення діяння, його соціальної шкідливості [13, 157]. Отже «усвідомлення» при умисній формі вини містить психологічні процеси, відповідно до яких особа: по-перше, усвідомлює вчинювані нею діяння, а по-друге, передбачає його наслідки.

Особа передусім усвідомлює фактичну сторону свого діяння (дій або бездіяльності), які утворюють об'єктивну сторону досліджуваного злочину і, передбачені ст. 419 КК, порушення правил несення прикордонної служби у прикордонному наряді. Зокрема, виконуючи дії, які суперечать встановленим правилам несення прикордонної служби, особа, перш за все, розуміє характер своїх дій, а також усвідомлює і те, що вона не має ні дійсного, ні припущеного права щодо їх вчинення.

Враховуючи той факт, що розглядуваний злочин може бути вчинений також у формі бездіяльності, важливим є наявність усвідомлення винним характеру своєї бездіяльності, яка полягає у тому, що особа розуміє, що правилами несення прикордонної служби на неї покладено обов'язок здійснити певні дії, які вона не вчиняє, хоча мала таку можливість.

Усвідомлення особою суспільної небезпечності вчинюваного діяння (дії або бездіяльності), передбаченого ст. 419 КК, має місце як через усвідомлення його фактичних ознак, так і у розумінні прикордонником соціальних якостей і змісту цього діяння, його суспільної шкідливості. Воно полягає у тому, що діяння спричиняє, як і будь-який злочин, чи може спричинити шкоду суспільним відносинам, що охороняються кримінальним законом (ч. ч. 1 та 2 ст. 11 КК). Таке усвідомлення пов'язане із розумінням особою значення, яке має прикордонний наряд, до складу якого її призначено. Через це усвідомлення особа усвідомлює (хоча б у загальних рисах) і об'єкт злочинного посягання – суспільні відносини, які забезпечують встановлений та врегульований правилами порядок виконання прикордонною службою завдань щодо захисту суверенітету держави та недоторканості її кордону (безпосередній об'єкт) і суспільні відносини, що охороняють оборону держави, захищають її кордон, суверенітет, територіальну цілісність і недоторканість (родовий об'єкт). Отже, виходячи з наведеного, є підстави стверджувати, що вчинюючи умисне діяння, передбачене ст. 419 КК, особа усвідомлює як фактичну сторону діяння (його характер і спосіб), так і суспільну небезпечність цього діяння (його соціальну забарвленість). Через усвідомлення ролі прикордонного наряду та прикордонної служби в цілому особа усвідомлює об'єкт злочину, тобто хоча б у загальних рисах розуміє факт посягання на суспільні

відносини, що охороняються ст. 419 кримінального закону України. Саме в цьому полягає сутність усвідомлення суспільної небезпечності діяння як інтелектуальної ознаки умисної вини злочинного порушення правил несення прикордонної служби. Вольова ж ознака полягає у тому, що прикордонник, усвідомлюючи суспільно небезпечний характер свого діяння, бажає чинити саме таким чином, тобто бажає настання наслідків у вигляді порушення вимог правил несення прикордонної служби, принаймні в частині забезпечення неухильного їх дотримання.

Зрозуміло, що можуть мати місце випадки, коли прикордонник заявлятиме, що не знає (або неналежно знає) правила несення прикордонної служби. Однак ми виходимо із того, що персонал прикордонних підрозділів перед допуском до самостійного несення служби (що оформлюється відповідним наказом) проходить як теоретичну, так і практичну підготовку, а прикордонний наряд перед заступанням на службу кожного разу проходить підготовку до неї. Вказані обставини свідчать про те, що кожен прикордонник обізнаний про існування правил несення прикордонної служби, має можливість та повинен з ними ознайомитись. У разі, якщо він це не зробив, це вже є умисним порушенням правил у формі прямого умислу.

Тепер зупинимось на ставленні особи до суспільно небезпечних наслідків, що спричиняються її діянням – тяжких наслідків порушення правил несення прикордонної служби. Перш за все ми не можемо погодитись із думкою В. П. Бодаєвського та С. Ф. Денисова, які вважають, що суб'єктивна сторона порушення правил несення прикордонної служби характеризується «щодо наслідків – лише необережністю» [11, 619], а також з думкою А. В. Музики, який вважає, що досліджуваний злочин може бути вчинений виключно з прямим умислом [8, 155]. Ми вважаємо, що тут має місце як умисел, так і необережність у виді самовпевненості.

Прямий умисел прикордонника щодо тяжких наслідків має місце тоді, коли особа, яка виконує обов'язки щодо охорони державного кордону, порушує правила несення прикордонної служби сама, здійснюючи безпосереднє посягання на охоронювані кримінальним законом суспільні відносини. А. В. Савченко відмічає, що характерною ознакою прямого умислу щодо злочинів з матеріальним складом є бажання настання злочинного наслідку. У такого роду бажаннях знаходить свій вираз вольова ознака умислу як його найважливіша риса [15, 148–149].

Для прикордонника, який діє з непрямим умислом щодо наслідків характерним є припущення ним тяжких наслідків вчиненого діяння. Знаючи про можливість чи неминучість настання таких наслідків, він не відмовляється від порушення правил несення прикордонної служби та погоджується з настанням таких наслідків і спричиняє їх. При цьому винний

не відчуває потреби в досягненні цих наслідків, вони йому не потрібні для задоволення своїх злочинних інтересів. В. А. Ломако відмічає, що найчастіше таке свідоме допущення полягає в байдужому ставленні до наслідків. Інакше кажучи, особа, не будучи зацікавленою у настанні суспільно небезпечного наслідку свого діяння, все ж допускає таку можливість [13, 158].

За злочинної самовпевненості вже відсутнє свідоме припущення шкідливих наслідків, оскільки винуватий сподівається, хоча і легковажно, на певні конкретні обставини, які здатні їх відвернути. Цим злочинна самовпевненість відрізняється від непрямого умислу, за якого особа свідомо припускає настання суспільно небезпечних наслідків, а якщо і сподівається, що вони не настануть, то це є невизначена надія, надія на «щось», а не на конкретні обставини [16, 92]. У цьому випадку прикордонник, з одного боку, недостатньо оцінює значення обставин, які могли викликати тяжкі наслідки, спричинені його діянням, а з другого – переоцінив свої можливості або інші обставини, які могли б відвернути ці наслідки. Він свідомо вчиняє дії, що можуть призвести до цих тяжких наслідків, легковажно сподіваючись, що наслідки не настануть.

Статтею 25 КК України, окрім злочинної самовпевненості, також передбачений ще один вид необережності – злочинна недбалість, яка характеризується непередбаченням особою можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), хоча вона повинна була і могла їх передбачити. Однак ми вважаємо, що цей вид необережності не може мати місце при порушенні правил несення прикордонної служби, яке спричинило тяжкі наслідки.

Злочинна недбалість – єдиний вид вини, за якого особа взагалі не усвідомлює суспільну небезпечні наслідки – ані в реальному, ані в абстрактному вигляді [17, 199]. Суть вини при злочинній недбалості полягає у відсутності завбачливості, належної уваги до можливих наслідків своїх діянь, допущенні настання суспільно небезпечних наслідків за наявності можливості їх передбачити та відвернути [18, 289].

У цьому контексті слід наголосити, що під час заступання у прикордонний наряд кожен прикордонник знає та усвідомлює, з якою метою створений цей наряд та які його завдання. Зокрема, прикордонний наряд, який здійснює прикордонний контроль осіб, транспортних засобів та вантажів, усвідомлює, що його метою є протидія незаконному переміщенню осіб через державний кордон, незаконній міграції, торгівлі людьми, а також незаконному переміщенню зброї, наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, боєприпасів, вибухових речовин, матеріалів і предметів, заборонених до переміщення через державний кордон [19]. Тому особа, порушуючи правила несення прикордонної служби, не може не

розуміти, що вона порушує правила завбачливості, що тягнуть собою тяжкі наслідки для охоронюваних законом суспільних відносин, які вона повинна і могла передбачити.

Висновки. Таким чином, проведене нами дослідження показало, що злочин, передбачений ст. 419 КК, є злочином зі змішаною протиправністю та його суб'єктивна сторона характеризується виною у таких формах: (1) прямий умисел до порушення правил та до наслідків; (2) непрямий умисел до порушення правил та до наслідків; (3) прямий або непрямий умисел до порушення правил та необережна вина у виді злочинної самовпевненості до наслідків.

Звісно, суб'єктивна сторона злочину перш за все характеризується виною. Однак вона є не єдиною ознакою, яка характеризує психічні процеси, що відбуваються у свідомості та волі правопорушника. Такими ознаками також є мотив, мета та емоційний стан, розкриття, яких сприятиме правильній та повній оцінці досліджуваного суспільно небезпечного діяння.

Література:

1. Панов М. М. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків: монографія / За ред. В.І. Борисова. — Х.: Право, 2009. — 184 с.
2. Савченко А. В. Теорія кваліфікації злочинів: підручник / А. В. Савченко, В. В. Кузнецов; за заг. ред. В.І. Шакуна. — 4-те вид., перероб. — К.: Алерта, 2012. — 316 с.
3. Вереша Р. В. Вина у кримінальному праві: навчально-методичний вимір: навч. посіб. / Р. В. Вереша. — К.: Атіка, 2006. — 408 с.
4. Албул С. В. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини) / С. В. Албул, Д. О. Балобанова, А. А. Березовський [та ін.]; за ред. В. О. Тулякова // Кримінальне право України: навч.-метод. посібн. — О.: Фенікс, 2011. — 374 с.
5. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини): навч. посіб. / Г. М. Анісімов, Ю. П. Дзюба, В.І. Касинюк [та ін.]; за ред. М.І. Панова. — Х.: Право, 2011. — 184 с.
6. Дячук С.І. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини) / С.І. Дячук; За заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка // Науково-практичний коментар до КК України: у 2 т. — Т. 2. — 3-те вид. перероб. та доп. — К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. — 624 с.
7. Самойлов А. С. Преступления против военной службы / А. С. Самойлов, А. А. Толкаченко // Полный курс уголовного права: [в 5 т.] / Под ред. А. И. Коробеева. — Т. V: Преступления против государственной власти. Преступления против военной службы. Преступления против мира и безопасности человечества. Международное уголовное право / Т. Б. Басова, С. В. Дьяков [и др.]. — СПб: Юридический центр Пресс, 2008. — 951 с.
8. Музыка А. В. Дискусійні питання визначення форми вини порушення статутних правил несення прикордонної служби / А. В. Музыка // Проблеми теорії та практики реалізації правоохоронних функцій в охороні державного кордону: Матер. всеукр. наук.-прак. конф. (22—23 листопада 2007 р.). — Хмель-

- ницький: Вид-во НАДПСУ ім. Б. Хмельницького, 2007. — С. 153—155.
9. Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини КК України / М.І. Хавронюк. — К.: Істина, 2004. — 504 с.
 10. Ніколаєнко Т. Б. Кримінальне право України. Особлива частина: навч. посіб. / Т. Б. Ніколаєнко, В. О. Сич. — Хмельницький: Вид-во НАДПСУ ім. Б. Хмельницького. — 2012. — 1232 с.
 11. Денисов С. Ф. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини) / С. Ф. Денисов, В. П. Бодаєвський // Кримінальне право (Особлива частина): підруч.: в 2 т. / за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. — Т. 2. — Луганськ: Елтон-2, 2012. — 780 с.
 12. Степаненко Н. Е. Нарушение правил несения пограничной службы / Д. В. Дутов, А. Л. Иванов, Д. Н. Кожухарик [и др.] // Нарушения специальных видов военной службы: вопросы уголовной ответственности. — М.: За права военнослужащих, 2007. — 208 с.
 13. Ломако В. А. Суб'єктивна сторона злочину / В. А. Ломако, Ю. В. Баулін, В.І. Борисов [та ін.]; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація // Кримінальне право України. Загальна частина: підручник. — 4-те вид. перероб. та допов. — Х.: Право, 2010. — 456 с.
 14. Бантишев О. Ф. Проблеми визначення форми вини у злочинах із змішаною протиправністю, пов'язаних з порушенням нормативно-встановлених правил / О. Ф. Бантишев, С. А. Кузьмін // Боротьба з організ. злочин. і корупц. (теорія і практика). — 2009. — № 21. — С. 165—169.
 15. Савченко А. В. Суб'єктивна сторона контрабанди / А. В. Савченко, О. В. Процюк, В. В. Сіленко // Кримінальна відповідальність за контрабанду національний та зарубіжний досвід: монографія. — К.: Паливода А. В., 2011. — 276 с.
 16. Вереша Р. В. Необережність та її види (коментар до ст. 25 КК України) / Р. В. Вереша // Вісник Академії адвокатури України. — 2011. — № 2 (21). — С. 91—94.
 17. Фріс П. Л. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / П. Л. Фріс. — 2-ге вид., допов. і перероб. — К.: Атіка, 2009. — 512 с.
 18. Навроцький В. О. Суб'єктивна сторона злочину / В. О. Навроцький // Українське кримінальне право. Загальна частина: підручник / П. С. Берзін, Т. А. Денисова [та ін.]; за заг. ред. В. О. Навроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2013. — 712 с.
 19. Про прикордонний контроль: Закон України від 05.11.2009 // ВВР. — 2010. — № 6. — Ст. 148.
- Курьлюк Ю. Б. Суб'єктивна сторона преступного нарушения правил несения пограничной службы**
- Аннотация.** В статье исследована субъективная сторона преступления, предусмотренного статьей 419 Уголовного кодекса Украины, которое относится к преступлениям со смешанной противоправностью. Двойная форма вины исследуемого преступления представляет собой разное психическое отношение лица в форме умысла и неосторожности к разным объективным признакам одного и того же противоправного деяния. Определено, что отношение лица к непосредственному нарушению правил несения пограничной службы выражается в форме умысла (прямого либо косвенного), а к тяжким последствиям — в умышленной или неосторожной формах. При этом неосторожность выражается в виде преступной самонадеянности.
- Ключевые слова:** субъективная сторона преступления, нарушение правил, пограничная служба.
- Kuryliuk Y. Subjective aspect of a criminal violation of the rules of the border guard duty**
- Summary.** Subjective aspect of a crime, covered by the article 419 of the Criminal Code of Ukraine, which refers to crimes with mixed illegality, is researched in the Article. Double form of guilt of the researched crime is different mental attitude of a person, in the form of guilty intent and carelessness, to different objective indicia of the same illegal action. It is determined that attitude of a person to direct violation of the rules of the border guard duty is expressed exclusively in the form of guilty intent (direct or indirect) as well as to grave consequences in the form of guilty intent or carelessness. However carelessness is expressed in the form of criminal self-confidence.
- Keywords:** subjective aspect of a crime, violation of the rules, Border Guard.

*Локтіонова В. В.,**викладач кафедри кримінального та цивільного права і процесу
Кременчуцького національного університету ім. М. Остроградського*

СТВОРЕННЯ НЕБЕЗПЕКИ ЗАПОДІЯННЯ ФІЗИЧНОЇ ТА ЕКОЛОГІЧНОЇ ШКОДИ У ЗЛОЧИНАХ ПРОТИ ДОВКІЛЛЯ

Анотація. У статті аналізуються склади небезпеки. Створення реальної та абстрактної небезпеки розглядаються як конструктивні особливості побудови злочинів проти довкілля. Створення реальної небезпеки є класичним прикладом складу небезпеки, а створення абстрактної небезпеки – звичайний злочин з формальним складом. Склади конкретної небезпеки вважаються різновидом злочинів з матеріальним складом. Небезпека (загроза) спричинення шкоди перебуває в межах суспільно небезпечних наслідків, її наявність завдає шкоди суспільним відносинам. При визначенні реальності небезпеки спричинення шкоди необхідно брати до уваги такі критерії: існування джерела ризику (токсичної речовини в об'єктах навколишнього природного середовища або продуктах харчування; технологічного процесу, що передбачає використання шкідливих речовин, тощо); присутність цього джерела ризику в шкідливій для людини чи довкілля дозі; щільність населення, тваринного або рослинного світу до впливу згаданої дози токсичної речовини. Констатується, що створення небезпеки заподіяння (загроза заподіяння) фізичної або екологічної шкоди є специфічним наслідком кримінально караного діяння проти довкілля.

Ключові слова: екологічні злочини, створення небезпеки, злочинні наслідки, реальна небезпека, абстрактна небезпека.

Постановка проблеми. У науці кримінального права загальноприйнятий поділ злочинів на такі, що заподіяли реальну шкоду охоронюваним Кримінальним кодексом України (далі – КК) суспільним відносинам, і такі, що створили загрозу (небезпеку) її заподіяння. Основний зміст норм, що встановлюють покарання за створення можливості настання суспільно небезпечних наслідків, у тому й полягає, щоб запобігти настанню такого результату, забезпечити охорону життя, здоров'я людей, власності, довкілля тощо. Виникає питання про визнання обґрунтованою позицію законодавця щодо наявності цих норм у КК України.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. У юридичній літературі різні аспекти екологічної злочинності розглядалися у роботах відомих вітчизняних та зарубіжних вчених, зокрема, С. Б. Гавриша, С. А. Голуб, В. К. Грищука, О. О. Дудорова, М. Й. Коржанського, В. А. Ландіної, І. І. Митрофанова, В. О. Навроцького, Є. А. Плотнікова, Г. С. Поліщука, А. М. Притули, О. В. Сасова, О. В. Скворцової, Є. Л. Стрельцова, В. Я. Тація,

В. П. Тихого, М. І. Хавронюка, І. О. Харь, Ю. С. Шемшуненка, А. М. Шульги та ін. Але опубліковані роботи не торкаються всіх аспектів проблеми ознак злочинів проти довкілля та уніфікації наслідків екологічних злочинів.

Викладення основного матеріалу. У теорії кримінального права виділяються два види конструювання кримінально-правових норм, що передбачають покарання за необережне створення загальної небезпеки [1, 21]: 1) норми, що передбачають покарання за створення «конкретної небезпеки» (наприклад, ч. 1 ст. 239 КК України); 2) норми, що передбачають покарання за створення «абстрактної небезпеки» (наприклад, при незаконному скиданні чи похованні в межах внутрішніх морських чи територіальних вод України або у відкритому морі матеріалів, речовин, шкідливих для життя чи здоров'я людей, і відходів (ч. 1 ст. 243 КК України).

Перший вид кримінально-правових норм є класичним прикладом складу небезпеки, а другий – звичайним злочином з формальним складом. Склади конкретної небезпеки вважаються різновидом злочинів з матеріальним складом. Так, В. В. Лук'янов загрозу заподіяння шкоди розглядає як повноправну матеріальну ознаку об'єктивної сторони, як суспільно небезпечний наслідок діяння й у той же час його безпосередній результат, що поклав початок ланцюжку явищ, поєднаних природними закономірностями, що утворюють наслідок [2, 59]. Хоча окремі вчені вважають склади небезпеки різновидом злочинів з формальним складом, однак загроза (небезпека) настання наслідків не є характеристикою діяння, а якщо ні, то було б справедливо взагалі вести розмову про те, що суспільно небезпечні наслідки також включаються в діяння. Реальність такої загрози (небезпеки спричинення шкоди) потрібно доводити.

Одні вчені переконані в тому, що реальна можливість настання суспільно небезпечних наслідків залежно від особливостей конструкції складу злочину (формальний або матеріальний) може бути відповідно властивістю самого злочинного діяння або певним його наслідком [3, 322–324; 4, 124]. Тобто, автори вбачають причину суперечок у використанні законодавцем різних прийомів юридичної техніки, відходячи від суті проблеми.

Інші вказують на те, що загроза настання наслідків (створення небезпеки настання) займає проміжне положення між дією (бездіяльністю) і суспільно небезпечним наслідком, представляючи собою «закономірну тенденцію розвитку злочинного діяння, певний етап його становлення» [5, 149–150]. Але при цьому виникає проблема ототожнення закінченого злочину (наприклад, злочину, передбаченого ч. 1 ст. 239 КК України) з попередньою злочинною діяльністю, внаслідок чого ставиться під сумнів підстава кримінальної відповідальності за багато злочинів проти громадської безпеки [6, 31].

Треті зазначають, що можливість настання суспільно небезпечних наслідків не збігається з діянням, що спричинило їх. Разом із цим, за фізичною природою така можливість не збігається із дійсними шкідливими змінами. Можливість заподіяння шкоди є самостійною ознакою об'єктивної сторони діянь [7, 51–52].

Розглянуті підходи до розуміння сутності створення небезпеки спричинення суспільно небезпечних наслідків, на нашу думку, суперечать філософському змісту категорії «можливість». «Можливість» і «дійсність» – це співвідносні категорії, які характеризують два головні ступені в розвитку об'єктів: перший – їх становлення; другий – такі, що об'єктивно існують, предмет, річ, явище як сукупність усіх реалізованих можливостей. Можливість з часом стає дійсністю, а дійсність – можливістю [8].

Небезпека (загроза) спричинення шкоди перебуває в межах суспільно небезпечних наслідків, її наявність завдає шкоди суспільним відносинам (інакше чим пояснити криміналізацію посягання, передбаченого, наприклад, ч. 1 ст. 239 КК України?). Судам необхідно досліджувати питання про причинний зв'язок між діянням і виникненням загрози спричинення наслідків. Пленум Верховного суду України (далі – ПВСУ) у абз. 2 п. 4 Постанови «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля» вказав на те, що з'ясовуючи обставини вчиненого протиправного діяння, необхідно особливо ретельно перевіряти, чи є причинний зв'язок між ним і фактом заподіяння шкоди довкіллю, чи не зумовлені шкідливі наслідки факторами, що не залежали від волі підсудного (стихійне лихо, пожежа тощо) [9, 340–348].

Таким чином, якщо наявний причинний зв'язок, то створення реальної небезпеки (загрози) спричинення шкоди слід визнавати наслідком злочину, хоча й специфічним. Це пояснюється тим, що під абстрактною можливістю розуміються можливості, для здійснення яких на даній стадії не можуть скластися відповідні умови [10, 421]. Абстрактна можливість позбавлена конкретного змісту, вона самостійно не може породити інше явище, тобто перетворитися у дійсність. Реальна ж можливість – така стадія розвитку дійсності, яка характеризується наявністю певних

передумов для виникнення нової дійсності, тобто здатна у своєму розвитку породити певне явище [11, 352].

Таким чином, щодо суспільно небезпечних наслідків злочину у кримінальному праві завжди мається на увазі реальна можливість їх настання, яка є необхідною умовою встановлення покарання за створення небезпеки заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам. Певні дії (бездіяльність) у складах створення конкретної небезпеки вважаються злочинними лише в тому разі, якщо в чітко визначених законом умовах вони могли спричинити настання суспільно небезпечних наслідків. При цьому створюється небезпека настання не будь-яких суспільно небезпечних наслідків, а досить значних і небезпечних [6, 32]. Так, винним за ч. 1 ст. 239 КК України визнається особа, яка своїми діями забруднила або псувала землю речовинами, відходами чи іншими матеріалами, шкідливими для життя, здоров'я людей або довкілля, внаслідок порушення спеціальних правил, що створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля.

Законодавство зарубіжних країн про кримінальну відповідальність передбачає подібні склади злочинів проти довкілля. Наприклад, в § 330 КК Німеччини передбачені наслідки у вигляді «тяжкої загрози» довкіллю, а в § 330а – «створення серйозної небезпеки» через викид отрути, під якою розуміється «небезпека заподіяння смерті або тяжкої шкоди здоров'ю іншої людини або шкоди здоров'ю великої кількості людей» [12].

Щодо складів небезпеки, передбачених частинами 1 статей 239, 239¹, 240–244, ч. 1 ст. 253 КК України, актуальною є проблема встановлення реальності загрози заподіяння суспільно небезпечних наслідків. Створення небезпеки для життя і здоров'я людей, як роз'яснив ПВСУ у п. 7 Постанови «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля», наявне тоді, коли забруднення довкілля чи вчинення інших протиправних дій могло призвести до загибелі хоча б однієї людини, масових захворювань людей, зараження хоча б однієї людини епідемічним або інфекційним захворюванням, зниження тривалості життя чи імунного захисту людей, відхилень у розвитку дітей тощо [9, 340–348].

Отже, можна зробити висновок, що у розглянутій постанові ПВСУ відсутні чіткі критерії визначення конкретної небезпеки настання передбачених у законі суспільно небезпечних наслідків. Тому з'ясування питання про те, чи реально створена небезпека діями винної особи, чи ні, віддається на розсуд суду. А встановити чіткі критерії оцінки реальності створення небезпеки для охоронюваних законом інтересів досить складно або взагалі неможливо.

Для вирішення питання про імовірність настання суспільно небезпечних наслідків необхідно досліджувати такі критерії: 1) об'єктивний – має

відображати фактичні зміни, що відбулися в об'єкті посягання в результаті вчинення дій (бездіяльності): а) виникнення (виготовлення) певного виду відходів; б) збільшення обсягу джерел небезпечного впливу на навколишнє природне середовище або підвищення їх інтенсивності; 2) суб'єктивний – визначається як загальносуспільний досвід, на основі якого можна визначити, чи виправданим є прогноз настання шкоди, здійснений з урахуванням усіх обставин справи [13, 144]. При визначенні реальності небезпеки спричинення шкоди необхідно брати до уваги такі критерії: 1) існування джерела ризику (токсичної речовини в об'єктах навколишнього природного середовища або продуктах харчування; технологічного процесу, що передбачає використання шкідливих речовин, тощо); 2) присутність цього джерела ризику в шкідливій для людини чи довкілля дозі; 3) схильність населення, тваринного або рослинного світу до впливу згаданої дози токсичної речовини.

Крім того, необхідно враховувати різні методичні рекомендації, що видаються Міністерством охорони здоров'я України. Так, наприклад, методичні рекомендації «Оцінка ризику для здоров'я населення від забруднення атмосферного повітря» містять схему оцінки ризику, яка передбачає проведення чотирьох взаємопов'язаних етапів, а саме: ідентифікацію небезпеки; оцінку експозиції; характеристику небезпеки (оцінку залежності «доза-відповідь»); характеристику ризику [14].

З метою підвищення ефективності застосування частини 1 статей 239, 239¹, 240–244, ч. 1 ст. 253 КК України у Постанові ПВСУ «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля» слід указати критерії реальності настання розглянутих наслідків. Для цього п. 7 цієї постанови необхідно доповнити абзацом другим такого змісту: «Критеріями визначення наявності конкретної небезпеки настання зазначеної шкоди можуть слугувати: існування джерела загрози (токсичної речовини в об'єктах навколишнього природного середовища (її відсоткова частка, агрегатний стан речовини), технологічного процесу, що передбачає використання шкідливих речовин тощо); наявність цього джерела небезпеки в шкідливій для людини дозі; схильність населення до впливу вказаної дози токсичної речовини внаслідок обставин місця та обстановки (метеорологічних умов, відсутність огорожень, попереджувачих знаків і т. п.) вчинення злочину, спосіб утилізації (негерметичність упаковки, її відсутність і т. п.) та ін.».

Установлення того, що є змістом створення небезпеки для життя і здоров'я людей або довкілля, також викликає труднощі і у теорії, і на практиці застосування кримінально-правових норм. Так, у п. 7 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини та інші правопору-

шення проти довкілля» взагалі не дається роз'яснення терміна «створення небезпеки для довкілля». Серед інших наслідків вчинення злочинів проти довкілля законодавець передбачив створення небезпеки для живих ресурсів моря (ч. 1 і 3 ст. 243 КК України), створення небезпеки загибелі живих організмів моря (ч. 1 ст. 244 КК України), створення небезпеки тяжких технологічних аварій або екологічних катастроф, загибелі або масового захворювання населення або інших тяжких наслідків (ч. 1 ст. 253 КК України). Тому при створенні загрози заподіяння шкоди довкіллю необхідно, перш за все, розглядати не тільки можливість спричинення загибелі, захворювання, ушкодження об'єктів тваринного і рослинного світу тощо, але й загрозу настання інших наслідків.

Небезпекою для живих ресурсів моря визнається загроза загибелі генетичних ресурсів організмів або їх частин, популяцій або будь-яких інших біотичних компонентів екосистем (тобто динамічних комплексів угруповань рослин, тварин і мікроорганізмів, а також їх неживого навколишнього середовища, взаємодіючих як єдине функціональне ціле), життя яких постійно або на окремих стадіях розвитку неможливе без перебування (знаходження) у воді та які мають фактичну або потенційну користь або цінність для людства (абз. 3 ст. 2 Конвенції про охорону біологічного різноманіття від 5 червня 1992 р.). Створення небезпеки для живих ресурсів моря (ч. 1 і 3 ст. 243 КК України) слід відрізнити від створення небезпеки загибелі живих організмів моря (ч. 1 ст. 244 КК України), тобто загрози загибелі або захворювання останніх.

Створення небезпеки тяжких технологічних аварій або екологічних катастроф, загибелі або масового захворювання населення або інших тяжких наслідків є результатом розробки і здачі проектів, іншої аналогічної документації замовнику службовою чи спеціально уповноваженою особою без обов'язкових інженерних систем захисту довкілля або введення (прийм) в експлуатацію споруд без такого захисту. Злочин, передбачений ч. 1 ст. 253 КК України, вважається закінченим з моменту створення небезпеки настання зазначених у статті наслідків. Небезпека їх настання повинна бути реальною, тобто такою, що найближчим часом може відбутися технологічна аварія, екологічна катастрофа, загибель або масове захворювання населення або інші тяжкі наслідки [15, 529].

Уявляється обґрунтованим, що в зміст «створення небезпеки для довкілля» необхідно включати потенційне забруднення, отруєння або зараження об'єктів довкілля. Вирішувати ж питання про їхню можливу істотність, як справедливо відмічається в юридичній літературі, необхідно виходячи з масштабів ураження навколишнього природного середовища, його стійкості, наявності передумов для усунення заподіяної шкоди та інших критеріїв [13, 146]. Разом

з тим, практично досить важко точно визначити, наприклад, яку загибель тварин спричинить забруднення – масову (рівень смертності перевищує середньостатистичний в 3 або більше разів) або таку загибель, при якій даний рівень перевищено в 1,5–2 рази або в меншу чи більшу кількість разів. Здається, що в цих умовах існує необхідність підготовки Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ огляду судової практики за частинами 1 статей 239, 239¹, 240–244, ч. 1 ст. 253 КК України.

Щодо змісту створення небезпеки здоров'ю людини (за відсутності законодавчих орієнтирів) у доктрині кримінального права єдності немає. Так, П. С. Берзін і В. В. Кудрявцев вказують, що небезпекою для життя людей є створення реальної можливості загибелі хоча б однієї особи, а небезпекою здоров'я – створення реальної загрози здоров'ю людей чи здоров'ю майбутніх поколінь (поширення захворювань, зменшення тривалості життя в регіоні, поява каліцтв чи видимих фізичних відхилень у розвитку дітей тощо) [16, 843].

С. Б. Гавриш вказує на те, що під небезпекою для здоров'я людей слід розуміти «вплив факторів середовища життєдіяльності, що створює загрозу здоров'ю, життю або працездатності людини чи здоров'ю майбутніх поколінь (поширення захворювання внаслідок споживання продуктів, вирощених в забрудненій землі, зменшення тривалості життя в регіоні, поява каліцтв чи видимих фізичних відхилень у розвитку дітей тощо)» [17, 681].

Частково це пояснюється тим, що Пленум Верховного Суду України у п. 7 Постанови «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довілля» вказує на те, що створення небезпеки для здоров'я людей (ч. 1 ст. ст. 239–244, ч. 1 ст. 253 КК) має місце в разі, коли забруднення навколишнього природного середовища чи вчинення інших протиправних дій могло призвести до масових захворювань людей, зараження хоча б однієї людини епідемічним або інфекційним захворюванням, зниження тривалості життя чи імунного захисту людей, відхилень у розвитку дітей тощо. Отже, Верховний Суд України для пояснення небезпеки здоров'ю людини взагалі не використовує термінологію розділу II Особливої частини КК України. Між тим, у нормах цього розділу шкода здоров'ю визначається через різні види тілесних ушкоджень.

Тому одні автори вважають, що створення небезпеки здоров'ю не стосується заподіяння легкої шкоди здоров'ю [18, 54]. Інші під загрозою заподіяння шкоди здоров'ю розуміють не тільки загрозу заподіяння тяжкого або середньої тяжкості тілесних ушкоджень хоча б одній людині, але й загрозу поширення епідемії [19, 528]. Окремі автори у зміст загрози заподіяння шкоди здоров'ю особи включають як мінімум заподіяння

шкоди, небезпечної для життя або здатної спричинити інші наслідки, передбачені ч. 1 ст. 111 КК РФ (ч. 1 ст. 121 КК України) [13].

Отже, закон вказує на небезпеку здоров'ю, але ані судова практика, ані законодавство, ані коментарі Кримінального кодексу не дають чіткого розуміння цього поняття. Відзначені труднощі та недосконалість закону про кримінальну відповідальність, на наш погляд, не повинні бути підставою для відмови від використання складу небезпеки, передбаченого відповідними статтями (частинами статей) КК України, як це пропонується деякими авторами, що недооцінюють можливість підвищення за допомогою указаних складів профілактичного значення кримінально-правових заборон, що існують у сфері охорони довкілля [20, 33; 21, 49; 22, 39].

Тому, на нашу думку, слід уточнити у законі про кримінальну відповідальність поняття «створення небезпеки здоров'ю людини» в примітках до аналізованих кримінально-правових норм, що передбачають покарання за вчинення злочинів проти довілля.

Висновки. Таким чином, створення небезпеки заподіяння (загроза заподіяння) фізичної або екологічної шкоди є специфічним наслідком кримінально караного діяння проти довілля. З метою підвищення ефективності застосування складів небезпеки, передбачених відповідними нормами розділу VIII КК України, необхідно доповнити п. 7 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довілля» вказівкою на критерії визначення наявності конкретної небезпеки настання фізичної або екологічної шкоди.

Література:

1. Нерсисян В. А. Проблема уголовной ответственности за неосторожные преступления в составах «оставления в опасность» / В. А. Нерсисян // Уголовное право. — М.: Интел-Синтез, 2000. — № 4. — С. 20–23.
2. Лукьянов В. В. Исключить из УК статью об ответственности за преступления с двумя формами вины / В. В. Лукьянов // Российская Юстиция. — 2002. — № 3 / 2002. — С. 58–59.
3. Российское уголовное право: курс лекций: в 8 т. / под ред. А. И. Коробеева. — Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1999. — Т. 1: Преступление. — 604 с.
4. Уголовное право России. Общая часть: учебное пособие / Р. М. Валеев, Б. С. Волков, М. Д. Лысов [и др.]; под ред. В. П. Малкова, Ф. Р. Сандурова. — Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1994. — 468 с.
5. Курс советского уголовного права. Часть общая: в 6 т. / А. А. Пионтковский; редкол.: А. А. Пионтковский, П. С. Ромашкин, В. М. Чиквадзе. — Т. 2: Преступление. — М.: Наука, 1970. — 516 с.
6. Тихий В. П. Уголовная ответственность за нарушение правил обращения с общепасными предметами: учебное пособие / В. П. Тихий. — Киев: Изд-во УМК ВО при Минвузе УССР, 1989. — 79 с.
7. Землюков С. В. Уголовно-правовые проблемы преступного вреда / С. В. Землюков; под ред. В. К. Гав-

- ло. — Новосибирск: Изд-во Новосибирского ун-та, 1991. — 244 с.
8. Причепій Є. М. Філософія: підручник / Є. М. Причепій, Л. А. Чекаль, А. М. Черній. — К.: Академвидав, 2007. — 592 с.
 9. Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довілля: Постанова ПВСУ від 10.12.2004 р. № 17 // Постанови ПВСУ в кримінальних справах / Верховний Суд України; за заг. ред. В. Т. Маляренка. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 340—348.
 10. Алексеев П. В. Философия: учебник для вузов / П. В. Алексеев, А. В. Панин. — М.: Проспект, 1996. — 504 с.
 11. Курс советского уголовного права. Часть общая: в 5 т. / отв. редакторы: Н. А. Беляев, М. Д. Шаргородский. — Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1968. — Т. 1 — 648 с.
 12. Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии / науч. ред. Д. А. Шестаков. — СПб: Юридический центр Пресс, 2003. — 524 с. — (Законодательство зарубежных стран).
 13. Дубовик О. Л. Экологические преступления: комментарий к главе 26 УК Российской Федерации / О. Л. Дубовик. — М.: Спарк, 1998. — 352 с.
 14. Оцінка ризику для здоров'я населення від забруднення атмосферного повітря: методичні рекомендації. — Офіц. вид. — К.: М-во охорони здоров'я України, Державна санітарно-епідеміологічна служба, 2007. — 39 с.
 15. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / відп. ред. С. С. Яценко. — 4-те вид., перероб. та доповн. — К.: А. С. К., 2005. — 848 с.
 16. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка і Є. В. Фесенка. — К.: Дакор, 2008. — 1428 с.
 17. Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш [та ін.]; за заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — Х.: Одиссей, 2008. — 1208 с.
 18. Тяжкова И. М. Экологические преступления в новом УК РФ / И. М. Тяжкова // Вестник Московского университета. — М.: Изд-во Моск. ун-та, 1998. — № 3. — С. 46—58.
 19. Уголовное право России. Особенная часть: учебник для вузов / отв. ред. Л. Л. Кругликов. — М.: БЕК, 1999. — 842 с.
 20. Пионтковский А. А. Уголовный закон в борьбе с отрицательными последствиями научно-технического прогресса / А. А. Пионтковский // Советское государство и право. — 1972. — № 4. — С. 33—38.
 21. Кригер Г. А. Преступные последствия и структура составов преступлений / Г. А. Кригер // Социалистическая законность. — 1980. — № 3. — С. 47—49.
 22. Брайнин М. С. Уголовно-правовая охрана безопасности труда в СССР / М. С. Брайнин, С. А. Квелидзе. — М.: Юрид. лит., 1977. — 143 с.

Локтионова В. В. Создание опасности причинения физического и экологического вреда в преступлениях против окружающей природной среды

Аннотация. В статье анализируются составы опасности. Создание реальной и абстрактной опасности рассматриваются как конструктивные особенности построения преступлений против окружающей природной среды. Создание реальной опасности является классическим примером состава опасности, а создание абстрактной опасности — обычное преступление с формальным составом. Составы конкретной опасности считаются разновидностью преступлений с материальным составом. Опасность (угроза) причинения вреда находится в пределах общественно опасных последствий, ее наличие наносит ущерб общественному отношению. При определении реальности опасности причинения вреда необходимо принимать во внимание такие критерии: существование источника риска (токсичного вещества в объектах окружающей природной среды или продуктах питания; технологического процесса, который предусматривает использование вредных веществ, и т. п.); присутствие этого источника риска во вредной для человека или окружающей среды; склонность населения, животного или растительного мира к воздействию упомянутой дозы токсичного вещества. Констатируется, что создание опасности причинения (угроза причинения) физического или экологического вреда является специфическим последствием уголовно наказуемого деяния против окружающей природной среды.

Ключевые слова: экологические преступления, создание опасности, преступные последствия, реальная опасность, абстрактная опасность.

Loktionova V. The formation of danger caused with the physical and ecological damage in the crimes against natural environment

Summary. The article deals with the analysis of structure of danger. The formation of real and abstract danger has been considered as constructive peculiarities of crimes composition against natural environment. The formation of real danger is a classic sample of danger components, and the formation of abstract danger is an ordinary crime with formal components. The components of a particular danger are considered as a variety of crimes with material components. The danger (threat) of causing damage is within the limits of social dangerous consequences, and its availability can cause damage to social relations. While determining the reality of danger of causing damage it is necessary to take into account the following criteria: the source of risk (toxic substance in environmental objects or food staff; technological process with harmful substances use etc.); the availability of this source in harmful environment for a human; tendency of population, fauna and flora to the effect of above-mentioned dose of toxic substance. It has been stated that the formation of danger causing physical or ecological damage (threat of causing damage) is the specific consequence of criminally punishable act against natural environment.

Keywords: ecological crimes, formation of danger, criminal consequences, real danger, abstract danger.

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС,
КРИМІНАЛІСТИКА,
ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

*Берназ В. Д.,
д. ю. н., професор, проректор з наукової роботи та міжнародних зв'язків
Міжнародного гуманітарного університету,
заслужений діяч науки і техніки України,
член-кореспондент НАПрН України*

ПРАВОВА ПРИРОДА, ПОНЯТТЯ ТА ЗАГАЛЬНА КЛАСИФІКАЦІЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

Анотація. Досудове розслідування кримінальних правопорушень різної складності здійснюється шляхом проведення слідчих (розшукових) або негласних слідчих (розшукових) дій. Якщо правова природа слідчих (розшукових) не викликає сумнівів, адже вони передбачені тільки в КПК, то друга група дій має подвійний правовий характер і порядок їх проведення регулюються як КПК України, так і Законом України «Про ОРД». Розкриття сутності подвійних дій-заходів, їх класифікація є новою науковою проблемою. Увага приділяється співвідношенню негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів за аналогічною назвою.

Ключові слова: закон, поняття та класифікація негласних слідчих (розшукових) дій, права оперативних підрозділів.

Постановка проблеми. У сучасних умовах досудового розслідування продовжується тенденція ускладнення слідчої діяльності. У першу чергу, така негативна динаміка створюється реальною протиправною протидією розслідуванню з боку злочинців та їх зв'язків, зокрема, у зв'язку з використанням ними нових способів здійснення злочинів, використання ними контрзаходів у протидії слідчій та оперативно-розшуковій діяльності. Ця тенденція реалізується у протиправному забезпеченні підготовки та здійснення злочинів з використанням інформаційних технологій; зі зрощенням організованої злочинності з економічними структурами та укріпленням корумпованих зв'язків тощо.

Перераховані не всі проблеми досудового розслідування, але, і в зв'язку із зазначеним, на практиці виникають значні труднощі, про що свідчить і державна статистика про тенденцію збільшення нерозкритих кримінальних правопорушень. Так, якщо у 2009 році кожний третій злочин був не розкритий, так за даними Генерального прокурора України «Гострою залишається проблема захисту прав осіб, які потерпіли від злочинів. На сьогодні розкривається лише кожен другий злочин 55,4 %» [1, 6].

На жаль ця тенденція не зупинена, а навпаки вона посилюється. На сучасному етапі правоохоронні та судові органи проходять складний процес адаптації до новел КПК України, втілення в практику нової концепції системи оперативно-розшукового забезпе-

чення досудового розслідування, пов'язаної з появою негласних слідчих (розшукових) дій. Новий правовий порядок проведення ряду оперативно-розшукових заходів та аналогічних негласних слідчих (розшукових) дій вимагає ґрунтовного вивчення та правильного використання чинного законодавства, зокрема нових положень Кримінального процесуального кодексу України, Закону України «Про ОРД» та відповідних підзаконних нормативно-правових актів. Зміна процесуальних повноважень слідчого та оперативного уповноваженого суттєво вплинуло на перебіг досудового розслідування та оперативно-розшукову діяльність, з'явилась необхідність у забезпеченні постійного взаємозв'язку між ними, котрий проявляється у різних його формах: взаємне інформування; взаємодія в слідчо-оперативних групах; обов'язкові для оперативних підрозділів виконання доручення слідчого; узгоджене планування; проведення сумісних слідчих (розшукових) дій тощо. І нарешті, у слідчого з'явилися нові процесуальні функції з проведення негласних слідчих (розшукових) дій, які до недавнього могли проводити тільки уповноважені співробітники оперативних підрозділів, з'явилися оперативно-розшукові заходи, порядок проведення яких регулюється КПК України. Тому взаємозв'язок слідчого з оперативним уповноваженим має тенденцію до посилення, який проявляється у взаємопроникненні функцій, в зближенні повноважень, що викликає необхідність удосконалення правового механізму їх взаємодії з метою підвищення ефективності захисту прав і законних інтересів людини, забезпечення безпеки суспільства і держави від кримінальних правопорушень.

У даному контексті надзвичайно значимим для практики оперативних та слідчих підрозділів може стати дослідження правової природи негласних слідчих (розшукових) дій.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Проблеми негласних слідчих (розшукових) дій в юридичній літературі приділена певна увага (О. М. Бандурка, М. А. Погорецький, М. П. Водько та інші). Але проблема ще не знайшла свого належного вирішення, зокрема, не визначено основне поняття «негласні слідчі (розшукові) дії», пра-

вова природа цих дій, необхідно визначити та відокремити негласні слідчі (розшукові) дії від оперативно-розшукових заходів за аналогічною назвою.

Викладення основного матеріалу. Негласні слідчі (розшукові) дії згідно зі ст. 246 КПК – це різновид слідчих (розшукових) дій, які спрямовані на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні, відомості про факт і методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених КПК. Негласні слідчі (розшукові) дії проводяться у разі, якщо відомості про злочин і особу, яка його вчинила, неможливо отримати іншим способом [2, 508-509]. Аналіз положень КПК свідчить про те, що такі слідчі дії проводяться без відома особи, щодо якої їх здійснюють.

Відповідно до 21 глави КПК ці дії поділяються на дві основні групи. Перша група систематизована у § 2 «Втручання у приватне спілкування». До негласних слідчих дій зазначеної групи віднесено: аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260); накладення арешту на кореспонденцію (ст. 261); огляд і виїмка кореспонденції (ст. 262); зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263); зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264); фіксація та збереження інформації, отриманої з телекомунікаційних мереж за допомогою технічних засобів та в результаті зняття відомостей з електронних інформаційних систем (ст. 265); дослідження інформації, отриманої при застосуванні технічних засобів (ст. 266).

Друга група регламентована § 3 «Інші види негласних слідчих (розшукових) дій» та об'єднує такі їх види: обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267); установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268); спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269); аудіо-, відеоконтроль місця (ст. 270); контроль за вчиненням злочину (ст. 271); виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272); засоби, що використовуються під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій (ст. 273); негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (ст. 274); використання конфіденційного співробітництва (ст. 275).

Рішення про проведення негласних слідчих (розшукових) дій приймає слідчий, прокурор, а у випадках, передбачених КПК, – слідчий суддя за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором. Слідчий зобов'язаний повідомити прокурора про прийняття рішення щодо проведення певних негласних слідчих (розшукових) дій та отримані результати. Прокурор має право заборонити прове-

дення або припинити подальше проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

У зв'язку з вищезазначеним всі НС (Р) Д можливо також поділити:

– на тих, які проводяться за ухвалою слідчого судді, зокрема: дії, пов'язані з втручанням у приватне спілкування: аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260); накладення арешту на кореспонденцію (ст. 261); огляд і виїмка кореспонденції (ст. 262); зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263); зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264); інші види: обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267); установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268); спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269); аудіо-, відеоконтроль місця (ст. 270); контроль за вчиненням злочину (ст. 271); негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (ст. 274); використання конфіденційного співробітництва (ст. 275). При цьому негласні слідчі (розшукові) дії, передбачені статтями 269 (Спостереження за особою, річчю або місцем), 270 (Аудіо-, відеоконтроль місця), 271 (Контроль за вчиненням злочину), 272 (Виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації) КПК, а також ті, рішення про проведення яких приймає слідчий суддя, проводяться виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів;

– на тих, які проводяться у виняткових невідкладних випадках (ст. 250), передбачених КПК та пов'язаних із врятуванням життя людей та запобіганням вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину, передбачена розділом негласна слідча (розшукова) дія може бути розпочата до постановлення ухвали слідчого судді за рішенням слідчого, узгодженого з прокурором, або прокурора. У такому випадку прокурор зобов'язаний невідкладно після початку такої негласної слідчої (розшукової) дії звернутися з відповідним клопотанням до слідчого судді. Слідчий суддя розглядає таке клопотання згідно з вимогами статті 248 КПК.

Виконання будь-яких дій з проведення негласної слідчої (розшукової) дії повинно бути негайно припинено, якщо слідчий суддя постановить ухвалу про відмову в наданні дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії. Отримана внаслідок такої негласної слідчої (розшукової) дії інформація повинна бути у передбаченому КПК порядку знищена;

– на таких, які проводяться за рішеннями слідчого, прокурора без необхідності клопотати перед слідчим суддею: виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272); негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (ст. 274); використання конфіденційного співробітництва (ст.

275); фіксація та збереження інформації, отриманої з телекомунікаційних мереж за допомогою технічних засобів та в результаті зняття відомостей з електронних інформаційних систем (ст. 265); дослідження інформації, отриманої при застосуванні технічних засобів (ст. 266);

– на тих, які проводяться тільки за рішенням прокурора. Виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину: контрольоване постачання; контрольована та оперативна закупка; спеціальний слідчий експеримент; імітування обстановки злочину;

При цьому контроль за вчиненням злочину не проводиться, якщо внаслідок таких дій неможливо повністю запобігти: посягання на життя або заподіяння особі (особам) тяжких тілесних ушкоджень; поширенню речовин, небезпечних для життя багатьох людей; втечі осіб, які вчинили тяжкі чи особливо тяжкі злочини; екологічній або техногенній катастрофі.

Контроль за вчиненням злочину щодо незаконного переміщення через територію України транзитом, ввіз до України або вивіз за межі України речей, вилучених з вільного обігу, або інших речей чи документів може бути проведений у порядку, передбаченому чинним законодавством, за домовленістю з відповідними органами іноземних держав або на підставі міжнародних договорів України.

Якщо при проведенні контролю за вчиненням злочину виникає необхідність тимчасового обмеження конституційних прав особи, воно має здійснюватися у межах, які допускаються Конституцією України, на підставі рішення слідчого судді згідно з вимогами КПК.

Відповідно до п. 6 ст. 246 КПК України проводити негласні слідчі (розшукові) дії має право слідчий, який здійснює досудове розслідування злочину, або за його дорученням – уповноважені оперативні підрозділи органів внутрішніх справ, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, органів Державної пенітенціарної служби України. За рішенням слідчого чи прокурора до проведення негласних слідчих (розшукових) дій можуть залучатись також інші особи [2, 509].

Аналогічні за назвою оперативно-розшукові заходи можуть проводитися: на підставі ухвали слідчого судді за клопотанням керівника органу, відповідного оперативного підрозділу або його заступника, уповноваженого на здійснення оперативно-розшукової діяльності, погодженого з прокурором і за рішенням керівника органу, оперативного підрозділу або його заступника, уповноваженого на здійснення оперативно-розшукової діяльності, з повідомленням про прийняте

рішення прокурора; за рішенням оперативного уповноваженого.

Згідно ст. 7 Закону України «Про ОРД» підрозділи, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, зобов'язані: у межах своїх повноважень відповідно до законів, що становлять правову основу оперативно-розшукової діяльності, вживати необхідних оперативно-розшукових заходів щодо попередження, своєчасного виявлення і припинення злочинів та викриття причин і умов, які сприяють вчиненню злочинів, здійснювати профілактику правопорушень.

Відповідно до п. 1 ст. 6 Закону України «Про ОРД» підставами для проведення оперативно-розшукової діяльності є: наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів, про: злочини, що готуються; осіб, які готують вчинення злочину; осіб, які переховуються від органів досудового розслідування, слідчого судді, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання; осіб безвісно відсутніх; розвідувально-підривну діяльність спецслужб іноземних держав, організацій та окремих осіб проти України; реальну загрозу життю, здоров'ю, житлу, майну працівників суду і правоохоронних органів у зв'язку з їх службовою діяльністю, а також осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів, з метою створення необхідних умов для належного відправлення правосуддя; 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.

Згідно ст. 9 Закону України «Про ОРД» у кожному випадку наявності підстав для проведення оперативно-розшукової діяльності заводиться оперативно-розшукова справа, про що виноситься відповідна постановка. Про заведення оперативно-розшукової справи протягом доби письмово повідомляється прокурор. При наявності достатніх підстав дозвіл на проведення оперативно-розшукової діяльності дає керівник відповідного оперативного підрозділу, який несе відповідальність за законність здійснюваних заходів відповідно до чинного законодавства.

З введенням негласних слідчих (розшукових) дій змінився правовий порядок проведення оперативно-розшукових заходів з аналогічною назвою. Так, відповідно до ст. 8 Закону України «Про ОРД» оперативним підрозділам для виконання завдань оперативно-розшукової діяльності серед інших за наявності передбачених статтею 6 цього Закону підстав надається право:

1) проводити контрольовану поставку та контрольовану і оперативну закупку товарів, предметів та речовин, у тому числі заборонених для обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форми власності з метою виявлення та документування фактів протиправних діянь. Проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупок здійснюється згідно з положеннями статті 271 КПК України у порядку, визначеному нормативно-правовими актами МВС України, центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної фінансової політики, Державної податкової служби України, Служби безпеки України, Державної митної служби України, погодженими з Генеральною прокуратурою України та зареєстрованими у Міністерстві юстиції України;

2) з дозволу слідчого судді в порядку, передбаченому КПК України, – витребувати документи та дані, що характеризують діяльність підприємств, установ, організацій, а також спосіб життя окремих осіб, підозрюваних у підготовці або вчиненні злочину, джерело та розміри їх доходів, із залишенням копій таких документів та опису вилучених документів особам, в яких вони витребувані, та забезпеченням їх збереження і повернення в установленому порядку. Вилучення оригіналів первинних фінансово-господарських документів забороняється, крім випадків, передбачених КПК України;

3) негласно виявляти та фіксувати сліди тяжкого або особливо тяжкого злочину, документи та інші предмети, що можуть бути доказами підготовки або вчинення такого злочину, чи одержувати розвідувальну інформацію, у тому числі шляхом проникнення та обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи згідно з положеннями статті 267 КПК України;

4) виконувати спеціальне завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації згідно з положеннями статті 272 КПК України;

5) здійснювати аудіо-, відеоконтроль особи, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, електронних інформаційних мереж згідно з положеннями статей 260, 263-265 КПК України;

6) накладати арешт на кореспонденцію, здійснювати її огляд та виїмку згідно з положеннями статей 261, 262 КПК України;

7) здійснювати спостереження за особою, річчю або місцем, а також аудіо-, відеоконтроль місця згідно з положеннями статей 269, 270 КПК України;

8) здійснювати установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу згідно з положеннями статті 268 КПК України;

9) використовувати конфіденційне співробітництво згідно з положеннями статті 275 КПК України;

10) створювати та використовувати задалегідь ідентифіковані (помічені) або несправжні (імітаційні) засоби згідно з положеннями статті 273 КПК України [3, 76-79].

Прийняття рішення про проведення оперативно-розшукових заходів, подання та розгляд відповідних клопотань, проведення оперативно-розшукових заходів, фіксація та використання їх результатів, проведення цих заходів до постановлення ухвали слідчого судді та інші питання їх проведення регулюються згідно з положеннями глави 21 КПК України, зокрема ст. 250 КПК, з урахуванням особливостей, встановлених цим Законом, щодо мети проведення оперативно-розшукових заходів, суб'єкта ініціювання та проведення цих заходів, обґрунтування клопотання про їх проведення та підстав для його задоволення слідчим суддею, використання результатів оперативно-розшукових заходів та інших питань, обумовлених специфікою мети їх проведення.

Приймаючи до уваги, що перераховані вище оперативно-розшукові заходи проводяться уповноваженими на те посадовими особами (правомочним суб'єктом) та при наявності підстав, передбачених в п. 1 ст. 6 Закону України «Про ОРД» для вирішення завдань передбачених ст. 7 Закону України «Про ОРД» і тільки після заведення оперативно-розшукової справи, не дивлячись на те, що вони повинні проводитися згідно з конкретними ст. ст. КПК України, які передбачають порядок проведення негласних слідчих (розшукових) дій, вони не перестають бути оперативно-розшуковими заходами.

Відповідно до ст. 7 Закону України «Про ОРД» у разі виявлення ознак злочину оперативний підрозділ, який здійснює оперативно-розшукову діяльність, зобов'язаний невідкладно направити зібрані матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, до відповідного органу досудового розслідування для початку та здійснення досудового розслідування в порядку, передбаченому КПК України [3, 53].

Після занесення до ЄРДР даних про виявлені ознаки злочину подальше проведення оперативно-розшукових заходів, які також передбачені в якості негласних слідчих (розшукових) дій в п. 6 ст. 246 КПК, можливо тільки за письмовим дорученням слідчого, прокурора і у такому випадку дані заходи – це негласні слідчі (розшукові) дії, а співробітник оперативного підрозділу відповідно до п. 2 ст. 41 КПК користується повноваженнями слідчого.

Висновки. Таким чином, половина – десять із двадцяти повноважень оперативних підрозділів, передбачених в ст. 8 Закону України «Про ОРД», повинні реалізовуватися згідно з відповідними положеннями глави 21 КПК України. Тобто, поря-

док проведення, перерахованих вище оперативно-розшукових заходів, визначається не тільки нормами Закону України «Про ОРД», але і КПК України, які регулюють проведення аналогічних з ОРЗ негласних слідчих (розшукових) дій.

Якщо уповноважений співробітник оперативно-розшукового підрозділу, при наявності підстав, передбачених в п. 1 ст. 6 Закону України «Про ОРД» для вирішення завдань передбачених ст. 7 Закону України «Про ОРД» та після заведення оперативно-розшукової справи, починає реалізувати права, які передбачені в ст. 8 Закону України «Про ОРД», які також передбачені в гл. 21 КПК та проводяться до внесення відповідних відомостей до ЄРДР – це оперативно-розшукові заходи. Не дивлячись на те, що вони повинні проводитися згідно відповідних статей КПК, які регулюють дії, котрі одночасно називаються негласними слідчими (розшуковими) діями, адже останні можуть проводитися слідчим, прокурором або співробітником оперативно-розшукового підрозділу, але за дорученням слідчого і тільки після внесення відповідних даних до ЄРДР.

Якщо ознаки злочину виявлені під час проведення оперативно-розшукових заходів, що тривають і припинення яких може негативно вплинути на результати кримінального провадження, то згідно з ст. 7 Закону України «Про ОРД», підрозділ, який здійснює оперативно-розшукову діяльність, повідомляє відповідний орган досудового розслідування та прокурора про виявлення ознак злочину, закінчує проведення оперативно-розшукового заходу. В зазначеній ситуації, при появі у слідчого інформації про виявлені ознаки злочину, він повинен внести її до ЄРДР, а далі оскільки згідно з п.2 ст. 41 та п. 6 ст. 246 КПК по кримінальному провадженню проводити негласні слідчі (розшукові) дії оперативний уповноважений може тільки за дорученням слідчого, оперативно-розшуковий захід який продовжується по кримінальному провадженню потребує від слідчого доручення уповноваженому оперативному підрозділу на його продовження і після чого оперативний захід трансформується в негласну слідчу (розшукову) дію. Після закінчення заходу-дії зібрані матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена КК України, направляються до відповідного органу досудового розслідування.

Виникає запитання стосовно правової природи окремих прав оперативних підрозділів. Якщо співробітник оперативно-розшукового підрозділу починає реалізувати повноваження, передбачені ст. 8 Закону України «Про ОРД», проводити які необхідно згідно з відповідними статтями в гл. 21 КПК – то це оперативно-розшуковий захід чи якийсь інше правове утворення? Наш погляд – це нове правове утворення – оперативно-розшуковий захід, який проводиться згідно з КПК України. Якщо оперативно-розшуковий захід почи-

нається до внесення даних до ЄРДР і легітимно продовжується після початку кримінального провадження, то з цього часу він може бути продовжений тільки при наявності відповідного доручення слідчого про його продовження. І у такому випадку він набуває статусу негласної слідчої (розшукової) дії. Відбувається перетворення оперативно-розшукового заходу – в слідчу дію і на завершення повинно оформлятися відповідним протоколом негласної слідчої (розшукової) дії. Але проведення цього заходу – дії здійснюється з дотриманням вимог Закону України «Про ОРД», КПК України і відповідних відомчих нормативних актів. Крім цього, слідчий при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій повинен також керуватися вищезазначеними нормативно-правовими актами, що свідчить про непросту правову природу цих дій-заходів.

Рішення цих нових правових утворень ще не знайшло свого належного втілення в науці. З метою усунення правових колізій, в зазначених вище правовідносинах, є нагальна необхідність їх наукової розробки та усунення цих правових колізій, прогалин в КПК України та Законі України «Про ОРД». Тут тільки зазначимо, що законодавець створив нову правову конструкцію. Перераховані вище дії-заходи мають подвійний правовий характер і визивають потребу у формулюванні нового поняття – процесуально-оперативна дія. *Процесуально-оперативна дія – це нова форма діяльності, яка використовується уповноваженими на те посадовими особами (слідчими та оперативними уповноваженими) при протидії злочинності у порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом, Законом України «Про ОРД» та підзаконними нормативно-правовими актами з метою оптимізації виявлення, припинення, запобігання, розслідування та судового розгляду кримінальних правопорушень.*

В даній статі не можливо відповісти на всі питання детальніше, але, на наш погляд, перераховані вище правові колізії та проблеми, які виникають в слідчій та оперативно-розшуковій практиці підлягають більш об'ємному дослідженню.

Література:

1. Пшонка В. П. Реформування кримінального законодавства України (Із виступу Генерального прокурора України на координаційній нараді за участю Президента України 13 листопада 2012 року) // Новели Кримінального процесуального кодексу України 2012 року. – Частина 2. – Київ: Істина, 2012. – С. 5-9.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / Відп. ред. С. В. Ківалов, С. М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. – Х.: Одісей, 2013. – 1104 с.
3. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України: науково-практичний коментар / В. Д. Берназ, А. М. Питула; За заг. ред. С. В. Ківалова. – О.: Фенікс, 2013. – 190 с.

Берназ В. Д. Правовая природа, понятие и общая классификация негласных следственных действий

Аннотация. Досудебное расследование уголовных правонарушений различной сложности осуществляется путем проведения следственных (сыскных) или негласных следственных (сыскных) действий. Если правовая природа следственных действий не вызывает сомнений, ведь они предусмотрены только в УПК, то вторая группа действий имеет двойной правовой характер и порядок их проведения регулируются как УПК Украины, так и Законом Украины «Об ОРД». Раскрытие сущности двойных действий-мероприятий, их классификация являются новой научной проблемой. Внимание уделяется соотношению негласных следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий под аналогичным названием.

Ключевые слова: закон, понятие и классификация негласных следственных действий, права оперативных подразделений.

Bernaz V. Legal nature of the concept and the overall classification of covert investigative (detective) action.

Summary. Pre-trial investigation of criminal offenses of varying complexity is performed by conducting investigation or undercover investigation. If the legal nature of the investigation does not raise any doubt because they are provided only in the Criminal Procedure Code, the second group of actions has the dual legal nature and is regulated both by Criminal Procedure Code of Ukraine, and by the law of Ukraine «On the Operative Search Activity». Disclosure of the nature of double actions and their classification are new scientific problems. Attention is also given to the relation of undercover investigation and actions of operative search activity with the same name.

Keywords: law, definition and classification of undercover investigation, laws of the operational units.

*Орловська Н. А.,
д. ю. н., професор кафедри
кримінального права, процесу та криміналістики
Міжнародного гуманітарного університету*

ДО ПИТАННЯ ПРО ВІКОВУ ОСУДНІСТЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ

Анотація. У статті проаналізовані проблеми кримінально-процесуального статусу неповнолітнього з розумовою відсталістю. Сформульовані пропозиції про вдосконалення законодавства в контексті концепції осудності та її видів.

Ключові слова: неповнолітній, вікова осудність, кримінально-процесуальний статус, ювенальна юстиція.

Постановка проблеми. Докорінне реформування сфери кримінальної юстиції потребує належного нормативного супроводу, ретельність розроблення якого перевіряється на практиці. У цьому плані особливого значення набуває додержання основоположних принципів, на яких будується національна правова система.

Принципи права – це вихідні, визначальні ідеї, положення, установки, що обумовлені об'єктивними закономірностями існування та розвитку суспільства, які визначають зміст та спрямованість правового регулювання, відображають рівень суспільної правосвідомості. Виступаючи як керівні начала, принципи забезпечують поступовий розвиток законодавства та, відповідно, реалізацію тактичних (найближчих) цілей, які стоять перед окремими галузями.

В умовах кардинальних змін у нормативно-правовій базі, зокрема, з огляду на набуття чинності Кримінальним процесуальним кодексом України доцільно актуалізувати питання про додержання принципу системності. Одним з аспектів цього принципу є розмежування матеріальних і процесуальних норм. При цьому, якщо матеріальне та процесуальне право співвідносяться як зміст та форма, то логіка унормування відповідних відносин вимагає спочатку формулювання власне правил поведінки, а лише потім – процедурних особливостей (форми) їх реалізації.

Однак звернемо увагу на те, що окремі приписи КПК України фактично являють собою безпосередню регламентацію суспільних відносин, які виникають у сфері «відповідальності» кримінального права, тобто призначені для надання останнім правового характеру. Іншими словами, можна говорити про ситуацію формування інститутів кримінального права кримінально-процесуальними нормами.

Зокрема, ідеться про положення п. 1 ст. 485, ч. 1 ст. 486 КПК України, наявність яких вимагає поставити питання про фактичне визнання та спробу регламентації (хоча й фрагментарної) вікової осудності неповно-

літніх – вельми спірного питання, що до сьогодні не є вирішеним у кримінально-правовій науці.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Щодо досліджень у цій сфері, слід зазначити, що вікова осудність неповнолітніх піддавалася аналізу в контексті проблематики осудності та обмеженої осудності поряд із питаннями вікової осудності літніх осіб та професійної осудності (зокрема, операторів джерел підвищеної небезпеки). У кримінально-правовому сенсі в 2001 р. до вікової осудності неповнолітніх на рівні кандидатської дисертації звернулася автор даної статті. Надалі це питання зачіпали в наукових розвідках Бурдін В. М., Зайцев О. В., Марчак В. Я.; у порівняльно-правовому аспекті – Хавронюк М.І.

У кримінально-процесуальному аспекті після набуття чинності КПК України особливої уваги до зазначених питань не простежується (у всякому разі, на рівні фахових статей та наукових повідомлень у загальнодоступному контенті). Однак така ситуація не може бути визнана задовільною, адже кримінально-правовий та кримінально-процесуальний статуси неповнолітнього мають бути узгодженими один з одним.

Відповідно до цього, **метою даної статті** є висвітлення позиції щодо п. 1 ст. 485, ч. 1 ст. 486 КПК України з огляду на уявлення про вікову осудність неповнолітніх в контексті концепції осудності та її видів.

Викладення основного матеріалу. Оскільки в КПК України представлена спроба регламентації вікової осудності неповнолітніх, аналіз відповідних положень доцільно почати з визначення підходу до вікових меж неповноліття в КПК.

Загалом слід визнати, що в законодавчих актах є певні розбіжності щодо фіксації цих меж. Так, у ст. 1 Закону України «Про охорону дитинства» наводиться наступне визначення: дитина – це особа віком до 18 років (повноліття), якщо згідно із законом, застосовуваним до неї, вона не набуває прав повнолітньої раніше [1]. Відповідно до положень ст. 32 Цивільного кодексу України, ст. 6 Сімейного кодексу України неповнолітніх можна визначити як дітей у віці від 14 до 18 років. Однак у п. 12 ч. 1 ст. 3 КПК України подане наступне поняття «неповнолітня особа – малолітня особа, а також дитина у віці від 14 до 18 років». Відповідно до ч. 1 ст. 498 КПК України ниж-

ньою віковою межею, з якою законодавець пов'язує здійснення кримінального провадження (йдеться про застосування примусових заходів виховного характеру), є 11 років.

Таким чином, термін «неповнолітній» у КПК України охоплює віковий проміжок від 11 до 18 років. Загалом такий підхід відповідає п. «а» ч. 2 ст. 2 Мінімальних стандартних правил ООН, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх (Пекінські правила), де неповнолітні визначаються як особи, які в рамках існуючої правової системи можуть бути притягнуті за правопорушення до відповідальності в такій формі, що відрізняється від форми відповідальності, застосовної до дорослих осіб [2]. Він є наслідком застосування в КК України терміну «неповнолітній» як до суб'єктів злочинів у віці до 18 років, так і до осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння до настання віку кримінальної відповідальності, у контексті застосування примусових заходів виховного характеру. Однак він не може вважатися прийнятним з огляду на застосування однакових заходів кримінально-правового впливу на дітей із різним статусом та, відповідно, порушення прав малолітніх дітей.

У п. 1 ст. 485 КПК України серед обставин, що підлягають встановленню в кримінальному провадженні щодо неповнолітніх, зазначається розумова відсталість неповнолітнього, не пов'язана із психічною хворобою. За наявності даних про таку відсталість під час досудового розслідування та судового розгляду кримінального правопорушення, вчиненого неповнолітнім, має бути встановлено, чи міг він повністю усвідомлювати значення своїх дій і в якій мірі міг керувати ними. Цій нормі кореспондує положення ч. 1 ст. 486 КПК України щодо призначення комплексної психолого-психіатричної експертизи для встановлення зазначених фактів.

На перший погляд, таке рішення законодавця є позитивним із декількох міркувань.

По-перше, принцип суб'єктивного ставлення й вітчизняна концепція осудності визначають необхідність ретельного дослідження психічного стану особи під час вчинення злочину (суспільно небезпечного діяння). В іншому випадку неможливо забезпечити справедливість, доцільність та відповідні спрямованість й інтенсивність кримінально-правового впливу. У цьому сенсі наявність будь-яких особливих станів психіки особи має отримати правову оцінку. Судячи з положень КПК України, що розглядаються, законодавець прагне максимально індивідуалізувати підхід до конкретного неповнолітнього правопорушника, враховуючи персональні особливості його розвитку.

По-друге, таке врахування має безпосереднє відношення до розбудови системи ювенальної юстиції з огляду на дотримання міжнародно-правових стандартів статусу дитини. І якщо в розділі I «Основні положенні принципи» Керівних принципів Організації

Об'єднаних Націй для попередження злочинності серед неповнолітніх (Ер-Рядські керівні принципи) [3] наголошується на гармонійному розвитку підлітків при повазі до їх особистості та заохоченні розвитку з раннього дитинства (п. 2), забезпеченні добробуту молоді з раннього дитинства (п. 4), забезпеченні прав та інтересів всіх молодих людей (п. 5), це означає, що держави мають прагнути до втілення цих принципів й у сфері кримінальної юстиції. Тому максимальна індивідуалізація ставлення до неповнолітнього, який вступив у конфлікт із кримінальним законом – одна із провідних ідей ювенальної юстиції як системи поведінки з делінквентами.

По-третє, можна говорити про певне погіршення ситуації зі злочинністю неповнолітніх, зокрема, про зростання кількості вчинених злочинів, «омолодження» цього виду кримінальності. Тому проблеми особливостей станів дітей під час вчинення суспільно небезпечних діянь потребують нормативного вирішення.

Однак, з огляду на додержання принципу системності, ці позитивні аспекти не можуть переважити існуючих недоліків та протиріч у нормативному тексті.

У першу чергу, звернемо увагу на те, що будь-які оцінки особливостей особи, яка вступила в конфлікт із кримінальним законом, можуть носити тільки правовий характер. Це сфера компетенції юристів, а не експертів (психіатрів або психологів). Тому виникає закономірне питання: у яких нормативно визначених категоріях повинен оцінити правозастосувач наявність у неповнолітнього розумової відсталості, не пов'язаної із психічною хворобою?

Очевидно, така оцінка перебуває за рамками категорії «осудність», оскільки передбачається, що внаслідок наявності розумової відсталості, не пов'язаної із психічною хворобою, особа не могла повною мірою усвідомлювати значення своїх дій і керувати ними (саме на встановлення цієї обставини орієнтує спеціальний припис КПК України).

У цей же час неповнолітній із такою відсталістю не може бути визнаний неосудним внаслідок відсутності ознак критеріїв неосудності:

– медичного, адже розумова відсталість не тільки не є наслідком психічного захворювання, вона не є недоумством у сенсі ч. 2 ст. 19 КК України;

– юридичного, адже розумова відсталість повністю не позбавляє здатності усвідомлювати свої діяння або керувати ними.

Більше того, за змістом §1 «Загальні правила кримінального провадження щодо неповнолітніх» (глава 38 «Кримінальне провадження щодо неповнолітніх»), у ст. 485 КПК України йдеться про дітей, які досягли віку кримінальної відповідальності та є осудними. Тобто дитина, щодо якої встановлена наявність розумової відсталості, не пов'язаної із психічною хворобою, не розглядається як неосудна, а такі випадки не

порушують загальну презумпцію осудності суб'єкта злочину.

Чи може дитина при наявності фактів, зазначених у п. 1 ст. 485 КПК України, бути визнана обмежено осудною? Згідно ч. 1 ст. 20 КК України обмежена осудність пов'язана з нездатністю особи (суб'єкта злочину) повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними внаслідок наявності психічного розладу.

З п. 1 ст. 485 КПК України не випливає, що розумова відсталість неповнолітнього є наслідком психічного розладу чи має бути пов'язана з ним. Тому медичний критерій обмеженої осудності в цьому випадку відсутній. Формулювання юридичного та клінічного критеріїв обмеженої осудності за ч. 1 ст. 20 КК України, на відміну від ст. 485 КПК України, передбачають:

- діяння, а не лише дії;
- можливість наявності дефектів лише усвідомлення або лише керування діяннями, а не жорстко одночасного та одноступеневого ураження обох сфер, з відповідних же положень КПК України не вбачається кореляції з таким підходом у КК України;

- усвідомлення свого діяння (зокрема, його об'єктивного (фактичного) вираження, суспільної небезпеки його та наслідків), а не лише його значення;

- вказівку на «неповність» усвідомлення та (або) керування, на відміну від КПК, у якому говориться про «неповноту» усвідомлення та загалом встановлення «міри» керування.

Крім того, обмежена осудність як юридична оцінка психічного стану особи тягне настання певних наслідків: згідно ч. 2 ст. 20 КК України вона враховується судом при призначенні покарання (винятково як обставина, яка пом'якшує покарання) і може бути підставою для застосування примусових заходів медичного характеру. У цей же час звернемо увагу на відсутність вказівок на рішення, які приймаються органами досудового розслідування та судом у зв'язку із встановленням факту розумової відсталості неповнолітнього, не пов'язаної із психічною хворобою, тим більше, у випадках, коли така відсталість вплинула на міру усвідомлення своїх дій і керування ними.

Тому, як видається, немає підстав ототожнювати зазначений у п. 1 ст. 485 КПК України стан неповнолітнього з обмеженою осудністю.

Чи означають приписи КПК України, що розглядаються, формування інституту вікової осудності? Думаємо, що в КПК України представлений фрагмент інституту, який, будучи кримінально-правовим за своєю суттю, не є характерним для кримінального законодавства України.

Відомі приклади регламентації вікової осудності неповнолітніх. Наприклад, згідно ч. 3 ст. 20 КК РФ, якщо неповнолітній досяг віку, з якого настає кримінальна відповідальність, але внаслідок відставання у психічному розвитку, що не пов'язане

з психічним розладом, під час вчинення суспільно небезпечного діяння був не здатний у повній мірі усвідомлювати фактичний характер та суспільну небезпеку своїх дій (бездіяльності) або керувати ними, він не підлягає кримінальній відповідальності [4]. Пленум Верховного Суду РФ у 2000 р. роз'яснив, що за наявності даних, які свідчать про розумову відсталість неповнолітнього, призначається судова комплексна психолого-психіатрична експертиза для вирішення питання про наявність такого відставання. При цьому перед експертом обов'язково має бути поставлене питання про ступінь розумової відсталості неповнолітнього. Цьому кримінально-правовому положенню кореспондує ч. 2 ст. 421 КПК РФ [5].

У такій ситуації правозастосувачеві більш-менш ясно, яку правову оцінку можна дати наявності в неповнолітнього розумової відсталості, яка не є наслідком психічної хвороби /розладу та позбавляє дитину можливості в повній мірі усвідомлювати фактичний характер та суспільну небезпеку своїх дій (бездіяння) або керувати ними, а також які правові наслідки тягне встановлення цього факту. Нормативні приписи КПК України, як вже було зазначено, такої ясності не дають.

Однак, на наш погляд, ситуація, що розглядається, не є результатом тільки не зовсім вдалої спроби запозичити зарубіжний досвід. Ще 15.05.2006 р. Пленумом Верховного Суду України була прийнята постанова № 2 «Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру» [6].

Ця постанова в п. 18 містить вказівки на два психічних стани неповнолітнього:

- розумова відсталість неповнолітнього, не пов'язана із психічним захворюванням, що вплинула на можливість особи повністю усвідомлювати значення своїх дій і керувати ними. У зв'язку із цим пропонувалося призначати відповідну експертизу (п./п. 1 п. 18);

- розумова або психічна відсталість, не пов'язана із психічним розладом, такого ступеня, за якого неповнолітній за своїм розвитком не відповідає віку, зазначеному в документах про народження. Установлення цього факту припускало, що суд повинен поставити на розгляд питання про визнання неповнолітнього таким, що не досягнув віку, з якого може наступати кримінальна відповідальність (останній абзац п. 18).

За змістом розглянутої постанови (хоча прямої вказівки на це немає), у випадку встановлення кожного із зазначених видів психічного стану неповнолітнього передбачався розгляд питання про призначення примусових заходів виховного характеру.

У п. 1 ст. 485 КПК України відтворений саме п./п. 1 п. 18 даної постанови Пленуму Верховного Суду України, однак без зв'язку з інститутом примусових заходів виховного характеру. У результаті даних

кримінально-процесуальний припис як би «зависає в повітрі».

Вирішення ситуації, що склалася, вбачається в наступному:

1. Доцільно визнати розумову відсталість неповнолітнього, не пов'язану із психічним захворюванням /розладом, яка позбавляє його здатності під час вчинення злочину повною мірою усвідомлювати фактичний характер та суспільну небезпеку своїх дій (бездіяльності) або керувати ними, фактом, що має кримінально-правове значення.

2. Вважаємо, що нездатність повною мірою усвідомлювати фактичний характер та суспільну небезпеку своїх дій (бездіяльності) вказує на невідповідність інтелектуального розвитку неповнолітнього тому віку, якого він фактично досяг.

3. Вважаємо, що нездатність повною мірою керувати своїми діями (бездіяльністю) вказує на відставання розвитку емоційно-вольової сфери, що утруднює реалізацію регуляційних можливостей дитини.

4. Зазначений кримінально-правовий припис регламентує оцінку поведінки осудної неповнолітньої особи, що досягла віку, з якого можливе настання кримінальної відповідальності за вчинення злочину. У цьому сенсі не можна погодитися із пропозицією про виділення в КК України кримінально-правових наслідків вчинення злочинів для осіб, які вчинили їх у віці 18-21 років, та мають затримки психофізіологічного розвитку [7, 22].

5. Щодо такого неповнолітнього мають бути застосовані тільки примусові заходи виховного характеру, чи в порядку звільнення від кримінальної відповідальності (ч. 1 ст. 97 КК України) чи в порядку звільнення від покарання (ч. 1 ст. 105 КК України).

6. Мають бути встановлені кримінально-правові приписи, які регламентують правовий статус такого неповнолітнього, та кримінально-процесуальні норми, які закріплюють процедуру визнання факту вікової осудності неповнолітнього та порядок настання відповідних правових наслідків.

З огляду на викладене можна сформулювати **висновки**, що на сьогодні в порушення вимог системності КПК України містить приписи матеріального характеру, які являють собою фрагментарну регламентацію вікової осудності. Цей факт не може бути пояснений спробою законодавця розв'язати питання, не врегульовані в КК України, з метою підвищення ефективності правозастосування. Кримінальне законодавство – самостійна галузь, що, безсумнівно, має потребу в реформуванні, але не шляхом регламентації відносин у сфері кримінального права кримінально-процесуальними засобами.

Вважаємо, що **перспективним з огляду на подальші дослідження** в цьому аспекті є розробка теоретико-прикладної концепції вікової осудності неповнолітніх як виду осудності з формулюванням пропозицій змін та доповнень до КК України та КПК України. Така розробка є затребуваною з огляду на розбудову системи ювенальної юстиції в Україні.

Література:

1. Про охорону дитинства: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 30 — Ст. 142 (в ред. від 6.11.2012 р.)
2. Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються правосуддя щодо неповнолітніх, від 29 листопада 1985 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_211.
3. Керівні принципи Організації Об'єднаних Націй для попередження злочинності серед неповнолітніх (Ер-Рядські керівні принципи): Прийняті та проголошені резолюцією 45 /112 Генеральної Асамблеї 14.12.1990 року. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_861
4. Уголовный кодекс РФ (в ред. от 05.04.2013 года) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.consultant.ru/popular/ukrf>
5. Уголовно-процессуальный кодекс РФ (в ред. от 01.03.2012 года) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.consultant.ru/popular/ukprf>
6. Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру: Постанова Пленуму Верховного Суду України. — № 2. — 15.05.2006 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-06>
7. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук: спец.12.00.08 / М.І. Хавронюк // Київський нац. ун-т внутрішн. справ. — К., 2007. — 36 с.

Орловская Н. А. К вопросу о возрастной вменяемости в Уголовном процессуальном кодексе Украины

Аннотация. В статье проанализированы проблемы уголовно-процессуальной регламентации статуса несовершеннолетнего с умственной отсталостью. Сформулированы предложения об усовершенствовании законодательства в контексте концепции вменяемости и ее видов.

Ключевые слова: несовершеннолетний, возрастная вменяемость, уголовно-процессуальный статус, ювенальная юстиция.

Orlovska N. About the age sanity aspects in the Ukrainian Criminal Procedural Code

Summary. The actual problems of criminal procedure regulation of mentally retarded juvenile status are analysed. The suggestions concerning legislation improvement in a context of the concept of sanity and its kinds are presented.

Keywords: juvenile, age sanity, criminal procedure status, juvenile justice.

*Меркулова Ю. В.,
к. ю. н., доцент, доцент кафедри психології та педагогіки
Одеського державного університету внутрішніх справ*

ІСТОРІЯ ТА СУЧАСНИЙ СТАН КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ НА ПІДСТАВІ УГОД

Анотація. Статтю присвячено вивченню історії та сучасного стану кримінального провадження на підставі угод. Розглянуті історичні етапи змін правовідносин потерпілий – правопорушник та їх залежність від тлумачення об'єктивної та суб'єктивної сторони злочину, від звичаїв та суспільної думки на різних етапах розвитку суспільства, а також теперішній стан проблеми.

Ключові слова: потерпілий, кримінальне провадження на підставі угод, юридичний конфлікт.

Постановка проблеми. Історія юриспруденції має справу з договірними відносинами між потерпілим і підозрюваним (обвинуваченим) з давніх пір. Але в давнину державна влада не втручалася в суперечки між приватними особами. Реагувати так чи інакше на образі було справою самого ображеного. Своїми діями злочинець віддавав себе на свавілля ображеного; сама особа злочинця була об'єктом для помсти, причому вид злочину був байдужий – завдання майнової шкоди, поранення чи особистої образи, в усіх випадках потерпілий мстив безпосередньо самому кривдникові: особисто його карали за злочин. У такому вигляді вперше виникло поняття відповідальності однієї особи перед іншою [1, 378]. Далі в цій статті ми маємо за мету розглянути історичні етапи змін правовідносин потерпілий – правопорушник та їх залежність від тлумачення об'єктивної та суб'єктивної сторони злочину, від звичаїв та суспільної думки тої чи іншої доби, а також теперішній стан проблеми.

Викладення основного матеріалу. Почнемо з етапу дії правила таліона («око за око, зуб за зуб»). Як відомо, за Римським правом існувало правило: «Вільних людей, спійманих у крадіжці на місці злочину, піддавати тілесному покаранню й видавати [головою] тому, у кого здійснена крадіжка, рабів же карати батою і скидати зі скелі; але [відносно неповнолітніх]: або піддавати їх за розсудом претора тілесному покаранню, або стягати з них відшкодування збитків» [2]. Таким чином, на ранніх етапах розвитку права зобов'язання із деліктів було суворо особистою відповідальністю того, хто вчинив правопорушення, причому в цій відповідальності майновий елемент не відігравав визначальної ролі.

Коли особа, що заподіяла каліцтво, підлягала таліону, коли злодій, захоплений на місці злочину, або боржник, що не сплатив позиченої суми, віддавалися в розпорядження кредитора, то примітивне право,

що встановлювало ці норми, не стільки турбувалося про відшкодування майнової шкоди, скільки реалізовувала установку про зобов'язання як особисте підпорядкування боржника кредитором. Звідси стягнення покладається на особу, а не на майно [3, 382].

З позицій юридичної психології таке правило не знімало напругу, а підсилювали її, адже злочинець, якому причиняли такі ж або ще більші страждання, за правилом таліона спричиняли каліцтво, чим створювали нову конфліктну ситуацію. У цієї особи теж могло виникнути бажання помститися своїм кривдникам. Круг замикався. Тому правило віддавати злочинця на волю та милість скривдженого з часом себе вичерпало.

Згодом, завдяки розвитку товарообороту, держава починає втручатися в сферу правовідносин потерпілий – правопорушник й спочатку обмежує, а потім і зовсім забороняє помсту; замість неї встановлюються відомі приватні (ті, що йдуть на користь ображеного) штрафи. Те, що раніше було добровільним, тепер стає обов'язковим. Державна влада природно бере на себе завдання гарантувати отримання ображеним установленого штрафу. І ось тут-то вперше виникає юридичний стан боргового зобов'язання: кривдник повинен, зобов'язаний сплатити потерпілому штраф (роєпа). Але невиконання цього зобов'язання ще довго спричиняє за собою наслідки, подібні до тих, які виникали раніше при невиконанні добровільної угоди про викуп, тобто помсти або вміщення боржника у «боргову яму» й знущання над ним. Виступаючи зі своїми обмеженнями й заборонами помсти, державна влада на перших порах діє дуже обережно: всі її заборони можуть виявитися безсилими там, де вони мають справу із гнівом ображеного. Тому норми про відносини з деліктів мають тривалий час змішаний, перехідний характер, і саме такою змішаною перехідністю відмічено старе римське право [3, 378].

Поступово держава заборонила помсту й замінила її на штраф з порушника. Потерпілий починає одержувати задоволення в грошовій формі – помсту замінює вигода [4]. Це стало можливим, оскільки з розвитком економіки суспільство дійшло висновку, що покарання боржника навіть смертю не відшкодовує заподіяних кредитором майнових збитків. Набагато краще й вигідніше замість фізичної розправи примусити боржника до відшкодування заподіяних збитків, відповідати

власним майном. Так, особиста відповідальність замінюється майновою, за злочин винний відповідає своїм майном, а не тілом [5, 151].

З позицій юридичної психології ми бачимо. Що замкнене коло кровавої помсти й ескалації конфлікту, який виникав за правилом таліона, нові норми права, давали можливість за рахунок матеріальної компенсації спочатку зменшити конфлікт, а за плином часу і взагалі його нейтралізувати. Стало вигідніше замість фізичної розправи примусити боржника до відшкодування заподіяних збитків, відповідати за злочин власним майном.

Поступово зароджувалися і компромісні правовідносини, які виникали із деліктів, коли з'являлися альтернативні варіанти відповідальності. Відповідні приклади ми знаходимо в розширеній редакції Руської Правди, яка містить деякі підстави звільнення порушника від кримінальної відповідальності на підставі угоди між сторонами. Зокрема, закріплювалась норма, згідно з якою особа, що незаконно розтратила чужі гроші або товари, могла бути звільнена від відповідальності за цей злочин, якщо приймала зобов'язання відшкодувати завдані збитки (при цьому дозволялося навіть здійснення таких виплат і в розстрочку) [6, 32].

Як вбачається, мова в цьому випадку могла йти як про примирення осіб, так і про каяття винного. Це свідчить про те, що в цей період суспільного розвитку головною увагою приділялася не покаранню винного, а, як відзначають дослідники законодавства цього періоду, відшкодуванню збитків потерпілому та його родичам, поповнення державної казни [7, 84].

Поступового розвитку набуває компроміс в нормах про припинення кримінального переслідування, зокрема шляхом розширення кола підстав для цього. Згідно зі ст. 14 «Судебника Великого князя Казимира» (1468 р.), у випадку вчинення вперше крадіжки речей не великої вартості дозволялося не карати злодія, якщо він відшкодував завдані збитки (повертав майно потерпілому або здійснював компенсацію іншим чином) [8, 58].

Норми права, які передбачали компроміс, було відтворено і в Литовському статуті 1588 р. Цей Статут передбачав можливість звільнення від кримінальної відповідальності винного у згвалтуванні, якщо потерпіла жінка висловлювала згоду вийти за нього заміж [9, 80].

Досить вагомим кроком у розвитку кримінального та кримінально-процесуального законодавства стали положення, закріплені у III розділі «Права, по которим судиться малоросійський народ», згідно яких суд міг звільнити від кримінальної відповідальності учасника злочинного угруповання за умов дієвого каяття та його сприяння викриттю злочинів [9, 211]. У зв'язку з вищезначеним ми можемо констатувати те, що почався новий етап вирішення деліктів – етап пошу-

ку компромісних рішень конфліктів, які виникали в результаті вчинення злочинів.

У подальшому в більшості країн світу держава повністю взяла на себе право вирішувати долю осіб, які вчинили злочини відносно потерпілих. Такий каральний ухил призводив до збільшення кількості тюрем і колоній, де утримувалися в'язні, до одержання ними нового кримінального досвіду і одночасно до погіршення механізму відшкодування матеріальних та моральних збитків потерпілим. І тому виникла потреба у вдосконаленні правового механізму зазначених вище правовідносин в інтересах насамперед потерпілої сторони.

Компромісні відносини на довірчій основі достатньо широко використовуються в кримінальному процесі країн з давніми ринковими відносинами, зокрема в англосаксонській моделі права. Вони використовують компроміс стосовно обвинувачення, міри покарання, винуватості особи. Характерним є те, що в США, наприклад, на основі компромісів вирішуються більше чим 90 % від усіх кримінальних справ.

Найпоширенішим видом угод з правопорушником є договір із прокуратурою, відповідно до якого остання знімає з обвинуваченого частину обвинувачення або змінює кваліфікацію злочину на менш тяжкий в обмін на визнання обвинуваченим своєї вини та сприяння розкриттю інших злочинів. За іншим видом угод особа отримує від прокуратури «іммунітет» в обмін на показання проти співучасників. В США таку угоду називають перетворенням злочинця на свідка обвинувачення [10].

В історичному аспекті необхідно також зазначити, що у 1999 році Рада Європи прийняла Рекомендацію «Про медіацію у кримінальних справах», щоб сприяти країнам-учасникам у питаннях становлення або подальшого розвитку практики медіації [11, 189]. Європейський Союз в 2001 році прийняв рішення «Про становище жертв злочинів у кримінальному судочинстві», у відповідності до якого до 22 березня 2006 року кожна держава-учасниця ЄС повинна була у своєму законодавстві закріпити можливість проведення медіації (одна з форм відновного правосуддя) у випадках вчинення злочинів.

Економічна та Соціальна Рада ООН 24 липня 2002 року прийняла Резолюцію «Про основні принципи використання відновного правосуддя у кримінальних справах», яка закликала держави-учасниці ООН розробити стратегії та політику, спрямовану на впровадження відновного правосуддя [12].

В Україні інститут примирення також знайшов свій розвиток. Так, відповідно до ст. 8 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року був передбачений порядок звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим. В чинному КПК України з'явилася глава 35 – «Кримінальне про-

вадження на підставі угод», і якщо за попереднім Кодексом могла мати місце угода про примирення між обвинуваченим, підсудним та потерпілим, то тепер з'явився новий вид угоди – між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості, що свідчить про стійку тенденцію вітчизняного кримінального судочинства до розширення інституту угод в кримінальному провадженні.

Відповідно до ст. 469 КПК України слідчий, прокурор зобов'язані поінформувати підозрюваного, потерпілого про їх право на примирення, роз'яснити механізм його реалізації та не чинити перешкод в укладенні угоди про примирення. Угода про примирення може бути укладена за ініціативою потерпілого чи підозрюваного, обвинуваченого.

Домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним, обвинуваченим, захисником і представником або за допомогою іншої особи, погодженої сторонами (за винятком слідчого, прокурора або судді). Слідчий, прокурор зобов'язані поінформувати підозрюваного, потерпілого про їх право на примирення, роз'яснити механізм його реалізації та не чинити перешкод в укладенні угоди про примирення.

Угода про примирення між потерпілим та підозрюваним, обвинуваченим може бути укладена у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої і середньої тяжкості та у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення. Укладення угоди про примирення може ініціюватися в будь-який момент після повідомлення особі про підозру і до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку. З позицій юридичної психології головну увагу слід приділити визнанню порушником своєї провини та бажання отримати прощення потерпілого і відшкодувати йому завдану шкоду. З іншого боку, прощення кривдника, особливо у випадку завдання немайнової шкоди – не просте рішення, яке вимагає від потерпілого великодушності.

У разі недосягнення згоди щодо укладення угоди факт її ініціювання і твердження, висловлені з метою її досягнення, не можуть розглядатися як відмова від обвинувачення або як визнання винуватості.

У випадку, якщо кримінальне провадження здійснюється щодо кількох осіб, які підозрюються, обвинувачуються у вчиненні одного або кількох кримінальних правопорушень, і згода щодо укладення угоди досягнута не з усіма підозрюваними, угода може бути укладена з одним (кількома) з підозрюваних, обвинувачених. Кримінальне провадження щодо особи (осіб), з якими досягнуто згоди, підлягає виділенню в окреме провадження.

Якщо в кримінальному провадженні беруть участь кілька потерпілих від одного кримінального правопорушення, угода може бути укладена та затверджена лише з усіма потерпілими.

Якщо в кримінальному провадженні беруть участь кілька потерпілих від різних кримінальних правопорушень, і згода щодо укладення угоди досягнута не з усіма потерпілими, угода може бути укладена з одним (кількома) з потерпілих. Кримінальне провадження щодо особи (осіб), яка досягла згоди, підлягає виділенню в окреме провадження.

Всі перераховані умови основані на тому, що законодавець вірить особі, яка вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, що вона виконала всі передбачені законом до неї вимоги, зокрема, відшкодувала завдані нею збитки або усунула загрозу шкоди, примирилася з потерпілою стороною і все це ґрунтується на компромісних відносинах між потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, державою і суб'єктом злочину на домовленості про те, що підозрювана особа чи обвинувачений виконають у повному обсязі взяті на себе зобов'язання перед потерпілим та державою, вона розкається і у подальшому не буде вести антисоціальний образ життя, не здійснить знову злочинного діяння.

Сьогодні правовідносини, які виникають між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим, щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої і середньої тяжкості та у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення теж відносяться до конфліктних. Але необхідно наголосити на тому, що є певний історичний поворот до практики стародавніх часів у частині вирішення конфліктів, які виникають із деліктів. Зокрема, з точки зору психології, є позитивні зрушення вирішення таких конфліктів за допомогою компромісів, взаємних уступок, укладання угод. Держава знову віддає потерпілому право вирішити долю особи, яка вчинила злочин, але у нових, більш досконалих правових рамках.

Слід зазначити, що як свідчить практика, не просто привести до компромісу потерпілого та підозрюваного, і особливо, по насильницьким та насильницько-майновим злочинам. Залишається чимало дискусійних, недостатньо розроблених питань і аспектів, що пояснюється складністю й багатогранністю інституту відновного правосуддя. Складність ситуації полягає тут у психологічному забезпеченні проведення примирення, зазначених вище осіб, ще не розроблені психологічні механізми проведення підготовки та укладання угод примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим. Складність ситуації полягає тут і у невизначеності статусу медіатора та його ролі у відновному правосудді тощо.

Висновки. Новели КПК України поки ще не набули рівня звичайного алгоритму розв'язання юридичного конфлікту. Вони потребують пропаганди на рівні суспільної думки та професійного співтовариства, а також психологічного супроводу процесу примирення сторін, адже на цьому етапі кримінального провадження його учасники відчують сильні емоції.

Є нагальна необхідність узагальнення як минулих надбань, так і наявний практичний досвід та теоретичні знання про інститут примирення, його функціональне призначення та на основі історичного досвіду визначити основні напрями удосконалення слідчої діяльності, зокрема, психологічного забезпечення відновного правосуддя в частині приведення його до європейських стандартів.

Література:

1. Покровский И. А. История римского права / И. А. Покровский. — СПб: Летний Сад, 2002.
2. Новицкий И. Б. Римское право / И. Б. Новицкий. — 7-е изд. — М.: ТЕИС, 2002. — 310 с.
3. Покровский И. А. История римского права / И. А. Покровский. — СПб: Летний Сад, 1998. — 560 с.
4. Кривцов А. С. Общее учение об убытках / А. С. Кривцов. — Юрьев: Типогр. К. Маттисена, 1902.
5. Підпригора О. А. Основи римського приватного права: підручник / О. А. Підпригора. — К.: Вентурі, 1997. — 336 с.
6. Хрестоматія з історії держави і права України. — Т. 1. З найдавніших часів до початку XX ст.: навчальний посібник: у 2 т. / В. Д. Гончаренко, А. І. Рогожин, О. Д. Святоцький. — К.: Ін Юре, 1997. — 464 с.
7. Історія держави і права України: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.: у 2 т. / В. Я. Тацій, А. І. Рогожин, В. Д. Гончаренко [та ін.]. — К.: Ін Юре, 2003. — Т. 1. — 656 с.
8. Хрестоматія з історії держави і права України: навчальний посібник / Упорядник. Чайковський А. С. — К.: Юрінком інтер, 2003. — 656 с.
9. Демидов В. Некоторые вопросы применения особого порядка судебного разбирательства / В. Демидов // Российская юстиция. — 2003. — № 4. С. 23-27.
10. Кувалдина Ю. В. Предпосылки и перспективы развития компромиссных способов разрешения уголовно-

- правовых конфликтов в России: дисс.... канд. юрид. наук / Ю. В. Кувалдина. — Самара, 2011. — 272 с.
11. Шаталов А. С. Заключение досудебного соглашения о сотрудничестве: правовая регламентация, достоинства и недостатки / А. С. Шаталов // Журнал российского права. — 2010. — № 5. — С. 35-44.
 12. Розвиток медіації в Україні. Польсько-українська співпраця: зб. статей / Наук. ред. Войтюк І. А. — К.: Арт-бюро. — 2004. — 189 с.

Меркулова Ю. В. История и современное состояние уголовного производства на основании соглашений

Аннотация. Статья посвящена изучению истории и современного состояния уголовного судопроизводства на основании соглашений о примирении. Рассмотрены исторические этапы изменений правоотношений пострадавший – правонарушитель и их зависимость от толкования объективной и субъективной стороны преступления, от обычаев и общественного мнения на разных этапах развития общества, а также нынешнее состояние проблемы.

Ключевые слова: потерпевший, уголовное производство на основании соглашений о примирении, юридический конфликт.

Merkulova J. History and current state of the criminal proceedings on the basis of agreements

Summary. This article is devoted to the study of the history and current state of the criminal proceedings on the basis of agreements. Considered the historical stages of change of legal victim – offender, and dependence on the interpretation of objective and subjective side of crime, of customs and public opinion in various stages of social development and present state of the problem.

Keywords: the victim, the criminal proceedings on the basis of agreements, legal conflict.

Неледва Н. В.,

*к. ю. н., доцент кафедри кримінального права,
процесу та криміналістики
Міжнародного гуманітарного університету*

«РОЗУМНІСТЬ СТРОКІВ» ЯК НОВЕ ПОНЯТТЯ В КПК УКРАЇНИ

Анотація. Обговорюється проблема реалізації загальної засади кримінального процесу «розумність строків» на основі даних сучасної правової науки та досвіду Європейського суду з прав людини.

Ключові слова: загальні засади, розумність строків, процесуальні строки, рішення.

Постановка проблеми. Справедливість правосуддя, в тому числі кримінального, обумовлюється багатьма засадами і, зокрема, розумністю строків.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. В 1997 році Верховна Рада України ратифікувала Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1950 року, тим самим визнала юрисдикцію Європейського суду з прав людини, а також взяла на себе зобов'язання виконувати його рішення. Згідно зі ст. 6 Конвенції кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Кожна особа, яка переслідується у кримінальному порядку, має право на отримання остаточного рішення про обґрунтованість пред'явленого їй кримінального обвинувачення протягом розумного строку [1]. Між тим, як слушно зазначає В. Паліюк, Конвенція має низку характерних особливостей, її положення містять чимало оціночних понять, а інколи – є досить абстрактними. Тлумачення норм Конвенції міститься у рішеннях Європейського суду. Ці рішення мають обов'язковий характер не лише для учасників конкретного процесу, а й для всіх держав, які ратифікували Конвенцію [2].

Викладення основного матеріалу. Багато українців сьогодні використовують механізм захисту прав та свобод звертаючись зі скаргами до Європейського суду з прав людини у Страсбурзі. За станом на серпень 2012 року на розгляді в ЄСПЛ знаходиться більш одинадцяти тисяч заяв проти України. Такі показники дозволяють нашій країні зайняти почесне п'яте місце за кількістю скарг. Частіше всього українці звертаються зі скаргами про порушення ст. 6 Конвенції, а саме, на розгляд справи впродовж розумного строку.

Згідно листа Верховного Суду України до голів апеляційних судів України від 25.01.2006, за період чинності Конвенції ЄСПЛ були винесені рішення, які стосуються порушення права особи на розгляд її справи упродовж розумного строку. Це рішення у справах «Світлана Науменко проти України», «Странніков проти України», «Антоненков проти України», «Лещенко проти України», «Меріт проти України» та інші [3].

Поняття «розумний строк» як запасний варіант, який діє, коли відсутні усі інші варіанти. Саме в такому розумінні поняття «розумних строків» відображене в практиці Європейського суду з прав людини, а саме в Рішенні по ділу Броуган та інші проти Сполученого Королівства від 29 листопада 1988 р. Європейський суд роз'яснив: часовий проміжок, що розуміється під терміном «негайно» є більш коротким, ніж часовий проміжок, що визначається термінами «без зволікань» та «упродовж розумного строку» [4].

Главою другою КПК України ст. 7 «Загальні засади кримінального провадження» п. 21 передбачено загальну засаду кримінального провадження як «розумність строків», правова реалізація якої спрямована на захист сторін від затягування кримінального процесу. Ст. 28 КПК України «Розумні строки» визначає, що «під час кримінального провадження кожна процесуальна дія або процесуальне рішення повинні бути виконані або прийняті у розумні строки».

У Новому тлумачному словнику української мови термін «розум» тлумачиться як «здатність людини мислити, відобразити і пізнавати об'єктивну дійсність... бути розсудливим...діяти самостійно..., вміти розбиратися, мати досвід у чому-небудь» [5, 201-202]. «Розумний» – це таке поняття, яке стосується кожного індивідуума, тобто суб'єктивна категорія і тому слово розумний слідчий буде трактувати по-своєму, а захисник по-іншому, що безумовно не принесе користі при встановленні істини в кримінальному провадженні і буде завжди предметом протиріч та підґрунтям для скарг, клопотань тощо. Тому це поняття повинно бути максимально та конкретно розкрито в законі.

Дійсно, в ч. 1 ст. 28 КПК України зазначається, що «Розумними вважаються строки, що є об'єктивно необхідними для виконання процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень». Але, об'єктивно необхідні строки будуть визначати слідчий, прокурор, слідчий суддя для кожного випадку окремо

в залежності від слідчої ситуації. І тому, критерій «об'єктивно необхідний» виявляється розпливчатим, не конкретним, який залежить від розуму посадової особи, тобто має суб'єктивний характер і також приведе до різного тлумачення змістовного навантаження «розумного строку», а це в свою чергу спровокує безліч скарг, клопотань з боку підозрюваного, обвинуваченого та захисту, адже вони по своєму будуть тлумачити – що таке розумний строк. Таким чином, якщо зміст норми права такий, що приводить до конфліктних ситуацій при її використанні, то таку норму необхідно привести у відповідність до реального життя. Тому, на наш погляд, після другого речення необхідно було б внести в першу частину 28 статті КПК доповнення «Необхідність визначення розумності строків можлива тільки в тих випадках, коли конкретні строки діяльності слідчого, прокурора або судді не визначені в законі».

Завершується перша частина ст. 28 КПК України нормою такого змісту «Розумні строки не можуть перевищувати передбачені цим Кодексом строки виконання окремих процесуальних дій або прийняття окремих процесуальних рішень». Певна декларативність цієї частини норми проявляється в тому, що в КПК не по всім слідчим діям та для прийняття процесуальних рішень передбачені конкретні строки (наприклад, ст. 318 КПК України визначає, що судовий розгляд має бути проведений і завершений протягом розумного строку». Необхідно звернути увагу, що недостатньо для «розумних строків» тільки прийняття окремих процесуальних рішень адже необхідні ще строки для їх виконання. Також, крім процесуальних можуть бути і тактичні рішення, а для цього потрібен свій час, особливо на їх реалізацію.

Встановив терміни виконання процесуальних дій, прийняття окремих процесуальних рішень, законодавець не визначився з впливом на «розумність строків» перебігу строку всього кримінального провадження. Крім цього, в окремих ситуаціях (багатоепізодні злочини, злочини, які вчинені організованою групою та інше) в строки, які передбачені Кодексом, можливо і не впоратися. Для надійного захисту законних інтересів потерпілого необхідно було б продовжити розслідування, що може не охоплюватися такою трактовкою розумності строків.

В статті 28 КПК України неповно перераховані суб'єкти, які повинні забезпечувати розумні строки кримінального провадження. Так, в ч. 2 зазначається, що «Проведення досудового розслідування у розумні строки забезпечує прокурор, слідчий суддя (в частині строків розгляду питань, віднесених до його компетенції), а судового провадження – суд». Ми вважаємо, що головним суб'єктом забезпечення розумних строків кримінального провадження являється слідчий, як основний виконавець процесуальних дій та рішень, які приймаються під час досудового

розслідування, тому його необхідно включити до переліку посадових осіб, які повинні забезпечувати розумні строки кримінального провадження.

В листі ВСУ до голів апеляційних судів України від 25.01.2006. було визначено критерії оцінювання розумності строку для всіх категорій справ (кримінальних, цивільних, господарських адміністративних). Це – складність справи, поведінка заявника та поведінка органів державної влади (насамперед суду). Які стали основою визначення критеріїв розумності строків кримінального провадження ч. 3 ст. 28 КПК України, а саме:

«...1) складність кримінального провадження, яка визначається з урахуванням кількості підозрюваних, обвинувачуваних та кримінальних правопорушень, щодо яких здійснюється провадження, обсягу та специфіки процесуальних дій, необхідних для здійснення досудового розслідування тощо;

2) поведінка учасників кримінального провадження;

3) спосіб здійснення слідчим, прокурором і судом своїх повноважень».

В законі зазначені не всі фундаментальні критерії для визначення розумності строків, зокрема, немає головних із них – «...Розумними вважаються строки, що є об'єктивно необхідними для виконання процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень. Розумні строки не можуть перевищувати передбачені цим Кодексом строки виконання окремих процесуальних дій або прийняття окремих процесуальних рішень» (ч. 1 ст. 28 КПК України) – це по-перше. По-друге, на практиці є і інші важливі критерії, які впливають на визначення розумності строків, зокрема, навантаження на слідчого, характер протидії розслідуванню з боку зв'язків учасників кримінального провадження, рівень кваліфікації слідчого, технічне, матеріальне та інші види забезпечення розслідування. Також, законодавець не розкрив зміст критеріїв «розумності строків».

Взагалі, в реальному житті, державні органи ставляться до виконання засади «розумні строки» з певною долею скептицизму, тим більше, вони звикли діяти в межах конкретно визначених строків, тому поняття «розумності строків» є незвичним і незрозумілим.

Закріплення на законодавчому рівні критеріїв розумності строків це, безперечно, вдале придбання для кримінального процесу України, але критерії не гарантують реалізації цієї засади під час її правового застосування. Рішення ЄСПЛ у справі «Меріт проти України» містить зауваження стосовно відсутності ефективного та доступного засобу юридичного захисту в разі скарг на тривалість розгляду кримінальної справи [6]. Стаття 308 КПК України не передбачає можливості оскаржувати недотримання розумних строків суддею, а також взагалі не йде мова про

компенсацію шкоди яка були вчинена в результаті недотримання розумних строків посадовими особами.

Не викликає заперечень ч. 4 ст. 28 КПК України «Кримінальне провадження щодо особи, яка тримається під вартою, неповнолітньої особи повинно бути здійснено невідкладно і розглянуто в суді першочергово». Але, на наш погляд, правило «невідкладно та першочергового розгляду в суді» необхідно розповсюдити також у справах про злочини осіб, які мають фізичні або психічні вади, жінок, які знаходяться в стані вагітності, на осіб, у яких на волі залишилися неповнолітні діти, які потребують опіки, тощо.

Висновки. Таким чином, п. п. 1, 2, 3, 4 ст. 28 КПК України потребують суттєвого удосконалення, без якого не можливо запобігання на досудовому слідстві суперечностей між слідчим і потерпілим, обвинуваченим та захисником, які, на жаль, породжуються змістом зазначених пунктів ст. 28 КПК України. Тим більше, визначення поняття «розумності строків» як загальної засади кримінального провадження спрямоване на захист прав і свобод як сторони обвинувачення, так і сторони захисту.

Література:

1. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1950 року // Офіційний вісник України. — 1998. — № 13. — Ст. 270.
2. Паліюк В. П. Застосування судами України Конвенції про захист прав людини та основних свобод / В. П. Паліюк. — К., 2004. — 264 с.

3. Щодо перевищення розумних строків розгляду справ: Лист ВСУ головам апеляційних судів від 25 січня 2006 року № 1-5 /45 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.helsinki.org.ua>.
4. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Броган та інші проти Сполученого Королівства» (Case of Brogan and Others v. the United Kingdom) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://smiskr.echr.coe>. — 19.09.2011.
5. Новий тлумачний словник української мови / Укладачі: Василь Яременко, Оксана Сліпущко. — Видання друге, виправлене. Том 3. — Київ: Аконіт, 2001. — 862 с.
6. Європейський Суд у Страсбурзі 30 березня 2004 року ухвалив рішення у справі Меріт проти України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.Helsinki.org.ua>.

Неледва Н. В. «Разумность сроков» как новое понятие в УПК Украины

Аннотация. Обсуждается проблема реализации основного принципа уголовного процесса — «разумность сроков» на основе данных современной правовой науки и опыта Европейского суда по правам человека.

Ключевые слова: основные принципы, разумность сроков, процессуальные сроки решения.

Neledva N. «Reasonable time» as a new concept in the Code of Criminal Procedure

Summary. The problem of the implementation of the basic principle of the criminal process «reasonable time» on the basis of the modern legal science and the experience of the European Court of Human Rights.

Keywords: basic principles, the reasonableness of the terms procedural deadlines solutions.

*Печерский В. В.,**к. ю. н., доцент, доцент кафедры уголовного права и процесса филиала
Российского государственного социального университета в г. Минске*

ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ ТАКТИКИ ИССЛЕДОВАНИЯ В СУДЕ ВЕЩЕСТВЕННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ И ПИСЬМЕННЫХ МАТЕРИАЛОВ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

Аннотация. В статье рассматривается содержание программ исследования вещественных доказательств и письменных материалов уголовного дела, которые применяются представителями стороны обвинения и защиты в ходе судебного разбирательства. Предложенные критерии исследования базируются на уголовно-процессуальных и криминалистических приемах анализа материалов уголовного дела, разрабатываемых автором при создании методик обвинения и защиты по уголовным делам.

Ключевые слова: программа исследования, письменное доказательство, вещественное доказательство, предмет доказывания, относимость и допустимость доказательства.

Постановка проблемы. В соответствии со ст. 337 УПК Республики Беларусь вещественные доказательства, полученные в ходе предварительного расследования, а также вещественные доказательства, представленные в ходе судебного разбирательства, должны быть осмотрены судом и предъявлены сторонам. Осмотр всех указанных вещественных доказательств может производиться в любой момент судебного следствия. Инициаторами подобного исследования могут быть как стороны, так и суд. Вещественные доказательства, кроме исследования сторонами, могут быть предъявлены для осмотра свидетелям, эксперту и специалисту. Эти лица вправе обращать внимание суда на обстоятельства, связанные с осмотром предъявленных вещественных доказательств.

В соответствии с положениями ст. 338 УПК Республики Беларусь в суде по ходатайству сторон или по собственной инициативе самого суда могут быть оглашены протоколы следственных действий и документы.

Приведенные положения уголовно-процессуального закона на практике должны реализоваться достаточно просто: при необходимости для одной из сторон представить и исследовать соответствующее доказательство (письменное или вещественное) представитель этой стороны оглашает содержание данного доказательства или представляет его в натуре суду и другим участникам уголовного процесса, при этом поясняя какое обстоятельство предмета доказывания данное доказательство доказывает. Это всё должно происходить в рамках судебного следствия, когда государственный обвинитель, другие представители

стороны обвинения (потерпевший, гражданский истец, их представители) осуществляют процесс доказывания, реализуя свою процессуальную обязанность, возложенную на них уголовно-процессуальным законом. Представители стороны защиты имеют право представлять соответствующие доказательства, подтверждающие определенные обстоятельства, имеющие значение для рассматриваемого уголовного дела.

Между тем, проведенный анализ позволяет сделать вывод о том, что в судебном заседании произошло появление нового самостоятельного этапа, именуемого оглашением письменных материалов уголовного дела и исследования вещественных доказательств. Обязанность соответствующей стороны представлять соответствующие письменные и вещественные доказательства суду, другим участникам уголовного процесса в ходе доказывания, трансформировалась в обязанность суда огласить все материалы уголовного дела, точнее – наименование соответствующих процессуальных документов, находящихся в одном или нескольких томах уголовного дела. При этом суд не производит исследования каждого из называемых документов, иногда обобщает некоторую совокупность документов (например, называя материалами, характеризующими личность обвиняемого, потерпевшего и т. д.). Представители сторон заслушивают оглашаемый перечень документов и вещественных доказательств, зачастую не ходатайствуя перед судом о необходимости их подробного исследования. Данный искусственный этап возник в силу того, что в законодательстве по-прежнему существует принцип полноты, всесторонности и объективности производства судебного разбирательства. При этом реализацию этого принципа законодатель возложил на суд, и если последний по окончании судебного следствия не огласит перечень документов и вещественных доказательств, имеющих в материалах уголовного дела, в силу неисполнения требований указанного принципа приговор может быть отменен.

Именно поэтому мы предлагаем к использованию программы исследования в судебном следствии письменных материалов (доказательств) и вещественных доказательств, которыми могут воспользоваться как представители стороны обвинения, так и стороны защиты.

Изложение основного материала. Каждый объект может быть проанализирован с точки зрения достоверности его получения и достаточности его наличия как для доказывания определенных обстоятельств, входящих в предмет доказывания, так и примененных к нему специальных и иных познаний. К примеру, в практике стали встречаться уголовные дела, в которых для установления факта принадлежности определенного объекта, несмотря на заявленные сторонами обвинения или защиты ходатайства, были ограничены виды экспертных исследований, в частности, не проводилась дактилоскопическая экспертиза, устанавливающая факт наличия на объекте следов рук определенного лица (того же обвиняемого).

Программа исследования вещественного доказательства, разработанная государственным обвинителем и защитником на этапе подготовки к судебному разбирательству, должна включать следующие основные положения:

1. Точное наименование вещественного доказательства, его единообразное обозначение (именование) как при выявлении в результате определенного процессуального действия, так и в дальнейших следственных действиях и процессуальных решениях

2. Точное указание количественных и качественных признаков вещественного доказательства. К количественным признакам относятся форма, размер, вес и т. д.; к качественным – цвет, плотность, материал и проч. Сюда же следует отнести и выявленное отсутствие отдельных частей определенного объекта (например, отсутствие затвора в карабине, спиленный боек ударного механизма револьвера и проч.) и иные существующие внешние и внутренние противоречия.

3. У каждого вещественного доказательства должен быть свой законно допустимый источник появления в материалах уголовного дела. Чаще всего доказательства появляются через их фиксацию в протоколе осмотра места происшествия, обыска, выемки, проверки показаний на месте и иных следственных действий.

4. Соблюдение правил и рекомендаций криминалистики по дополнительной фиксации обнаруженного вещественного доказательства (фото-, видеосъемка и т. д.), его изъятия с места обнаружения и последующего хранения.

5. Анализ проведенных в отношении вещественного доказательства следственных действий, в ходе которых оно подвергалось дополнительному исследованию. Главным образом, это касается полученных результатов и сделанных выводов в рамках исследований, проведенных специалистом (главным образом экспертом). При этом следует обращать внимание на количество и качество проведенных исследований, их полноту и комплексность. Анализируя полученные выводы, государственному обвинителю и адвокату вновь необходимо обратить внимание на ранее рассмотренные критерии и взаимосвязи между процессу-

альными действиями и процессуальными решениями [1, 198-200].

6. Относимость вещественного доказательства и результатов его дополнительного исследования к одному или нескольким обстоятельствам, входящим в предмет доказывания. Именно использование подобного критерия позволяет нам не просто абстрактно, а реально применять обозначенное свойство вещественного доказательства.

7. Допустимость вещественного доказательства. Этот как бы итоговое решение обвинителя и адвоката по совокупности допущенных процессуальных и иных нарушений в ходе обнаружения, фиксации, изъятия, хранения, исследования и использования вещественного доказательства.

8. Достаточность вещественного доказательства в процессе доказывания одного или нескольких обстоятельств, входящих в предмет доказывания. Степень достаточности может быть выражена в уровне идентификации: индивидуальный, родовый, видовой.

9. Как и когда использовать имеющееся вещественное доказательство, необходимо ли при этом заявление определенных ходатайств (о проведении следственного действия, о приглашении эксперта, специалиста и проч.). Кроме того, необходимо предусмотреть и возможность и необходимость использования определенной криминалистической техники в процессе исследования определенного вещественного доказательства. Это также могут быть фототаблицы, планы местности, схемы дорожного движения, представленные как на бумажных носителях, так и с помощью компьютерных технологий. Данный технический элемент в тактике исследования вещественных доказательств требует обобщения существующей практики и специальной разработки для целей обвинения и защиты в судебном разбирательстве.

Примерная программа исследования имеющихся в материалах предварительного следствия или представляемых стороной защиты или обвинения **письменных документов** может быть представлена следующим образом:

1. Точное наименование письменного документа и соответствие его перечню письменных документов, установленных законодательством, а также соответствующее его наименование на всем протяжении предварительного следствия и судебного разбирательства.

2. Соответствие наименования письменного документа целям и задачам того следственного или иного действия или решения, которое урегулировано соответствующим законодательством.

3. Оценка относимости письменного документа к обстоятельствам, входящим в предмет доказывания, включающая в себя «примеривание» содержания документа к одному или нескольким таким обстоятельствам.

4. Соответствие обязательных и факультативных участников следственного или иного действия требованиям закона, обозначенных в содержании такого письменного документа, или присутствовавших при его обнаружении, фиксации, изъятия и т. д.

5. Соблюдение прав и обязанностей участников следственного действия, заключающееся не только в их разъяснении, но и в следовании этим требованиям на протяжении всего процесса и фиксации полученных результатов.

6. Соблюдение существующих нормативных правил и методических рекомендаций в процессе осуществления процессуального действия или принятия процессуального решения. При рассмотрении данного элемента (критерия) программы следует обратить внимание на существенный характер отступления от этих правил и рекомендаций, который с неизбежностью вызывает появления в подобном случае следующего элемента программы.

7. Важным элементом программы является формирование вывода о допустимости данного письменного документа в данном уголовном деле.

8. Еще одним элементом программы, которую следует применять к каждому письменному документу, который будет исследоваться в ходе судебного разбирательства, является определение его достоверности, то есть определение его соответствия действительному процессу, когда-нибудь ранее происходившему и имеющему в настоящее время отношение к уголовному делу.

9. Письменный документ исследуется и с точки зрения его достаточности для того, чтобы доказать одно или несколько обстоятельств предмета доказывания по уголовному делу.

10. И, безусловно, программа должна включать в себя итоговое решение стороны уголовного процесса – как и когда использовать имеющийся письменный документ (если его предоставление зависит от этой стороны), необходимо ли при этом заявление определенных ходатайств (о проведении следственного действия, о приглашении эксперта, специалиста и проч.). Если документ имеется в материалах уголовного дела или предположительно будет представлен противоположной стороной непосредственно в судебном заседании, итоговое решение должно заключаться в определении направления исследования и использования для этого ранее рассмотренных элементов программы.

Тактика исследования рассматриваемых объектов зависит от значения вещественного доказательства или письменного документа, характера его содержания (обвинительный, оправдательный или смешанный), иных свойств и признаков, влияющих на необходимость его исследования соответствующей стороной уголовного процесса и вероятность его использования противоположной стороной или по инициативе суда.

Можно выделить три следственные ситуации, в которых может разрабатывать и реализовывать свою тактику представитель соответствующей стороны процесса. Первая ситуация касается рассматриваемых объектов, имеющих обвинительный характер. Сторона защиты может обнаружить и идентифицировать данный объект на этапе ознакомления с материалами уголовного дела. В соответствии с предложенной ранее программой, адвокат в процессе подготовки к судебному разбирательству сможет выделить имеющиеся процессуальные, организационные или тактические дефекты объекта и использовать их для критики исследуемого объекта, для уменьшения его значимости для доказывания тех или иных обстоятельств, входящих в предмет доказывания. Если такими дефектами исследуемый объект не обладает, адвокату тактически правильным будет принять результаты исследования, полученные стороной обвинения, как факт. К примеру, во время совершения преступления нападавший, для нейтрализации потерпевших, воспользовался несколькими парами номерных специальных средств. Однако в процессе преступных действий план преступника был нарушен и, чтобы не быть задержанным, он скрылся, не изъяв эти номерные предметы. В дальнейшем обвинение, установив местонахождение подозреваемого лица, провело большое количество следственных и оперативно-розыскных действий. Однако их результаты имели только косвенное значение и не могли с полной убедительностью доказать факт его участия в преступлении. Обвиняемый являлся сотрудником правоохранительных органов, и его профессиональные познания позволяли ему хорошо ориентироваться в складывающейся ситуации. В судебное заседание государственный обвинитель принес номерные специальные средства и документы, подтверждающие получение их обвиняемым незадолго до совершения преступления. Исследуя в судебном заседании вещественные доказательства, он предъявил их номера присяжным заседателям, описал место их обнаружения и способ их применения лицом, совершившим преступление. После этого он предъявил заседателям письменные документы – ведомости на получение специальных средств, где в графах с ранее указанными номерами стояла фамилия и подпись обвиняемого. Совокупностью собранных доказательств обвиняемый был признан виновным и привлечен к уголовной ответственности. В подобной следственной ситуации адвокат, не имея никаких претензий ни по фактам обнаружения, фиксации, изъятия и исследования вещественных доказательств и письменных материалов, принял с подобающим достоинством доказанный факт.

Вторая следственная ситуация связана исследованием вещественных доказательств и письменных документов, имеющих смешанный, то есть и обвинительный, и оправдательный, характер. Представитель

соответствующей стороны процесса должен уметь рефлексировать позицию противоположной стороны по конкретному объекту исследования и определить очердность своего выступления. Он может выступить как с инициативой его исследования, так и выступить после инициатора. Отметив в содержании исследования основные моменты и допущенные дефекты, свое исследование сторона может строить через демонстрацию представленного основания, точнее ее демонстрацию и критику, через демонстрацию существенных обстоятельств, влияющих на относимость, достоверность, допустимость и достаточность данного объекта для установления обстоятельств, входящих в предмет доказывания. Наглядным в этой ситуации является пример из уголовного дела, когда в его материалах отсутствовали процессуальные основания для экспертного исследования гильз. Несмотря на это следователь направил эти объекты на баллистическую экспертизу, в соответствии с заключением которой выстрелы были произведены из конкретного оружия патронами определенного калибра, что и явилось причиной смерти потерпевшего. В судебном следствии при исследовании оружия и стреляных гильз адвокат, в соответствии с предложенной программой, продемонстрировал отсутствие свойства допустимости нахождения в уголовном деле гильз. Такая интерпретация данного факта оказала влияние на другие взаимосвязанные с ним доказательства, итогом чего стало признание отсутствия причинной связи между действиями обвиняемого и наступившей смертью потерпевшего.

Третья ситуация складывается при исследовании вещественных доказательств и письменных документов, содержание которых носит оправдательный характер. Безусловно, инициатива подобного исследования практически всегда принадлежит или стороне защиты или суду и тактика исследования должна содержать демонстрацию не только указанного характера объекта, но и относимость, достоверность и достаточность свойств этого объекта.

Мы не зря опустили свойство допустимости, поскольку именно в нем находится камень преткновения споров о возможности уменьшенной допустимости вещественных доказательств и письменных документов, представляемых в судебное следствие стороной защиты. Л. Е. Владимиров, рассматривая требования, применяемые к обвинительным и оправдательным доказательствам, подчеркивал их принципиальное отличие. «В отличие от обвинительных, оправдательные доказательства должны быть настолько удостоверены, чтобы показана была только их вероятность, между тем как обвинительные доказательства должны стоять на степени уголовно-судебной достоверности [2, 136]. В истории уголовного процесса данное условие оправдательного доказательства получило название «favor defensionis», и означало, что оправдательные

доказательства не теряют своего значения даже в том случае, когда они не имеют формальных условий достоверного доказательства вообще. Поэтому оправдательное доказательство должно быть лишь настолько сильно, чтобы возбуждать у суда *разумное сомнение* [2, 137].

Спор об этом свойстве доказательства не идет, когда объект приобщен органом уголовного преследования. Это, в частности касается, писем, направляемых подозреваемым или обвиняемым из СИЗО неофициальным способом и перехваченным соответствующими службами. Если в них содержится информация о непричастности доверителя к совершенному преступлению, о применении незаконных мер воздействия для получения показаний и иная значимая для стороны защиты информация, этот документ обязательно должен быть исследован в судебном следствии.

Использование предложенных программ исследования вещественных доказательств и письменных материалов дела и тактических рекомендаций в совокупности с другими доказательствами, полученными в ходе судебного разбирательства, позволит каждой из сторон уголовного процесса и суду эффективно выполнить стоящие перед ними цели и задачи и привести к постановлению законного и справедливого решения по уголовному делу

Выводы. Нами неоднократно ставился вопрос о необходимости изменения уголовно-процессуального закона в части обязательности передачи всех материалов уголовного дела по окончании предварительного расследования в суд. Все материалы уголовного дела должны оставаться у государственного обвинителя, который, исполняя свои процессуальные функции, будет, осуществляя доказывание в процессе судебного следствия, представлять суду необходимые доказательства, в том числе письменные и вещественные, будет оглашать соответствующие письменные материалы уголовного дела. Точно также и представители стороны защиты будут представлять только необходимые оправдывающие и /или смягчающие вину обвиняемого доказательства, и после соответствующего исследования приобщать к материалам уголовного дела, которое формируется судом только в процессе судебного заседания. Все, что не было представлено и исследовано перед судом, не должно быть включено в состав соответствующего уголовного дела и использоваться при постановлении приговора. А появившийся в судебной практике искусственный этап судебного заседания следует исключить.

Литература:

1. Печерский В. В. Основы анализа материалов уголовного дела / В. В. Печерский, В. Т. Калмыков, Н. В. Калмыкова. — Мн.: Тесей, 2005.
2. Владимиров Л. Е. Учение об уголовных доказательствах / Л. Е. Владимиров. — Тула: Автограф, 2000.

Печерський В. В. Проблемні аспекти тактики дослідження в суді речових доказів та письмових матеріалів кримінальної справи

Анотація. У статті розглядається зміст програм дослідження речових доказів та письмових матеріалів кримінальної справи, які застосовуються представниками сторони обвинувачення і захисту в ході судового розгляду. Запропоновані критерії дослідження базуються на кримінально-процесуальних та криміналістичних прийомах аналізу матеріалів кримінальної справи, які розробляються автором при створенні методик обвинувачення та захисту у кримінальних справах.

Ключові слова: програма дослідження, письмовий доказ, речовий доказ, предмет доказування, відносність і допустимість доказів.

Pechersky V. Problematic aspects tactics research in court of evidence and written materials of the criminal case

Summary. The article considers the content of study programmers of material evidence and written materials of the criminal case, used by representatives of the prosecution and defense during the trial. Proposed criteria for the research are based on criminal procedure and criminalistics methods of analysis of the materials of the criminal case, developed by the author when creating methods prosecution and the defense in criminal cases.

Keywords: a research program, written evidence, material evidence, the matter of proof, relevance and admissibility of evidence.

*Шевчук В. М.,**к. ю. н., доцент, доцент кафедри криміналістики,
НУ «Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого»*

ТАКТИЧНА ОПЕРАЦІЯ ЯК РІЗНОВИД ТАКТИКО-КРИМІНАЛІСТИЧНИХ КОМПЛЕКСІВ

Анотація. Досліджуються тактичні операції у системі тактико-криміналістичних комплексів. Доктринальні підходи до визначення поняття «тактико-криміналістичний комплекс» ґрунтуються на диференційованому розумінні таких організаційно-тактичних засобів як тактична операція і тактична комбінація. Вони розглядається і як самостійні категорії криміналістики, і як особливі різновиди тактико-криміналістичних комплексів розкриття та розслідування злочинів.

Ключові слова: тактико-криміналістичні комплекси, тактична операція, тактична комбінація, організаційно-тактичні засоби.

Постановка проблеми. Визначальною тенденцією сучасного розвитку криміналістики та слідчої практики є комплексне застосування слідчих дій, оперативно-розшукових та інших заходів з метою вирішення в певній слідчій ситуації окремих тактичних завдань розслідування, вирішення яких в інший спосіб є неефективним або взагалі неможливим. «Усе більшою мірою $\frac{3}{4}$ наголошує М. О. Селіванов, – виявляється тенденція в розвитку слідчої тактики до розробки комплексів слідчих та оперативних дій для досягнення цілей і вирішення тактичних завдань, що виникають у процесі розслідування кримінальних справ» [18, 40]. На переконання Б. В. Щура, настав час перейти від розрізнених методичних рекомендацій щодо тактичної доцільності проведення окремих слідчих дій до відповідного комплексного підходу, встановлення певних залежностей із проміжним (тактичним) завданням розслідування [27, 185]. При цьому треба враховувати, що тактико-криміналістичні комплекси при розслідуванні злочинів (прийоми, комбінації, операції) являють собою певні інструменти збирання і перевірки доказів. Вони розглядаються як процесуальна та організаційно-тактична форма здійснення оптимальних, допустимих способів дій, лінії поведінки в процесі вирішення тактичних завдань, що реалізується для досягнення цілей розслідування злочину [30, 50]. Розроблення комплексів різних рівнів, дослідження і типізація ситуацій розслідування, в умовах яких ці комплекси застосовуються, дозволяють розробляти рекомендації практичної спрямованості на рівні алгоритмів [2, 5].

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Для позначення комплексів у спеціальній літературі та практиці розслідування злочинів використовують різноманітні терміни. Нерідко їх іменують «тактичний комплекс» [17, 92], «криміналі-

стичний комплекс» [19, 98], «тактико-криміналістичний комплекс» або «тактичний (криміналістичний) комплекс» [2, 5], «організаційно-тактичний комплекс» [25, 331-343; 23. 185-192] та ін. У більшості випадків спостерігаються різні підходи до тлумачення розглядуваних понять, певні дискусії щодо їх сутності та змісту. У зв'язку з цим правильно зазначає О. Ю. Головін, що, на жаль, однозначного розуміння сутності розглядуваних дій, заходів і прийомів немає до цього часу, так само як і немає єдиного напрямку їх систематизації [7, 216-221].

Виходячи з викладеного, одним із нагальних завдань теоретичної розробки проблематики комплексного використання тактико-криміналістичних засобів є вирішення проблеми понятійного апарату. Адже на початку будь-якого наукового дослідження необхідно визначити значення, місце і взаємозв'язок досліджуваного явища (категорії), розібратися в загальних теоретичних положеннях, сформулювати вихідні поняття і тільки тоді безпосередньо приступити до наукової розробки проблеми. Нехтування цим правилом призводить лише до плутанини, а іноді змушує «відкидати» вже наявний досвід теоретичних і прикладних досліджень і починати розгляд тих чи інших питань буквально з початку, з першооснов [2, 3]. У цьому аспекті, безсумнівно, значний науковий і практичний інтерес має поглиблене дослідження поняття «тактико-криміналістичний комплекс», його структури, співвідношення компонентів, що в ньому поєднуються, їх вплив один на одного тощо.

Викладення основного матеріалу. Формулювання поняття «тактико-криміналістичний комплекс» потребує передусім ретельного аналізу і з'ясування сутності терміна «комплекс», під яким розуміється (англ. *complex* < лат. *complexus* сплетіння, поєднання, зв'язок) сукупність предметів, понять або асоціації, які складають одне ціле [3, 299]. У тлумачних словниках термін «комплекс» трактується як сукупність, поєднання явищ та властивостей [21, 1428] або сукупність предметів, пристроїв, програм, явищ, дій, властивостей, що становлять одне ціле, які діють в єдиній системі, що мають загальне призначення, у комплексі – спільно, вєдино, не роз'єднуючи з чим-небудь [4, 445], або сукупність, поєднання чого-небудь; група, сукупність предметів явищ єдиного призначення [15, 282].

У психологічній літературі під комплексом розуміється поєднання окремих психічних процесів в єдине ціле, відмінне від суми своїх елементів [1, 79; 28, 129]; сукупність психічних елементів, що об'єднуються навколо якого-небудь тематичного ядра і асоціюються з певними почуттями [20, 269]. У психології – це сукупність психічних процесів, які викликають неадекватну реакцію на будь-який зовнішній або внутрішній психічний подразник [3, 299] або сукупність яких-небудь психічних елементів, характерна для когось-небудь, що усвідомлюються ним і визначають його поведінку [4, 445]. У свою чергу *комплексний* (лат. *complexus* «сплетений») означає поєднаний з чимось, складний [3, 299]; такий, що охоплює групу предметів, явищ, дій, властивостей, процесів; який становить комплекс чого-небудь [4, 445].

У понятійному апараті науки криміналістики термін «тактичний (криміналістичний) комплекс» з'явився як наслідок намагання науковців об'єднати під «один дах» усі існуючі організаційно-тактичні засоби [12, 369]. У цьому сенсі О. Ю. Головіна справедливо зауважує, що завдання побудови чіткої та логічної системи понять у сучасній криміналістиці обумовлює необхідність введення в науку спеціального терміна, що позначає різні об'єднані необхідністю вирішення певних завдань розслідування комплекси дій слідчого [7, 216-217].

Разом з тим, у теорії криміналістики питання щодо поняття «тактичний (криміналістичний) комплекс» залишається дискусійним. Зокрема, М. О. Селіванов під тактичним комплексом розуміє поєднання (комбінацію) тактичних прийомів у рамках однієї процесуальної дії [17, 92]. В.І. Сорокотягін та О. А. Шмідт, навпаки, вважають, що криміналістичний комплекс являє собою поєднання безлічі слідчих, організаційно-перевірочних, контрольно-ревізійних заходів, а також дій із використання спеціальних знань, що проводяться слідчим та іншими учасниками кримінального судочинства з метою своєчасного виконання окремих значних за обсягом завдань [19, 98].

Є. Г. Джакішев у понятті «тактико-криміналістичний комплекс» по суті поєднує дві категорії – «тактична операція» і «тактична комбінація». На його думку, такий підхід до позначення різних сукупностей слідчих дій найбільш оптимальний, оскільки і тактична операція і тактична комбінація взаємно доповнюють одне одного «і можуть бути використані одночасно для характеристики всієї системи із сукупності слідчих заходів» [8, 25]. Окремі вчені вважають, що тактико-криміналістичний комплекс являє собою сукупність слідчих дій, оперативно-розшукових, контрольно-ревізійних, технічних та інших заходів, а також сукупність тактичних прийомів, які реалізуються в рамках окремої слідчої дії. Вказані комплекси застосовуються з метою вирішення конкретних завдань, які виникли

на певних етапах розслідування злочинів в умовах тих чи інших слідчих ситуацій [2, 5-21].

У системі тактико-криміналістичних комплексів С. Ю. Якушин розрізняє окремі тактичні прийоми та комплексні тактичні засоби – тактичні комбінації та тактичні операції [29, 556-560]. При цьому науковець наголошує, що поняття тактико-криміналістичного комплексу не повинно ототожнюватись з поняттям криміналістичного комплексу, яке є більш широким за своїм змістом [31, 51-66]. На думку О. Ю. Головіна, тактичні комплекси це різнорівневі системи слідчих, оперативно-розшукових і організаційних дій, прийомів, направлених на вирішення поставлених завдань при розслідуванні кримінальної справи [7, 216-288].

А. В. Шмонін зазначає, що термін «тактичний комплекс» – це організаційно-упорядкована сукупність (система) тактичних прийомів та /або процесуальних дій, та /або оперативно-розшукових, та /або інших заходів, спрямованих на вирішення завдань попереднього розслідування або обумовлених цим завданням та слідчою ситуацією. На його думку, тактичні комплекси можуть включати у свій склад такі елементи: тактичні прийоми; слідчі дії; інші процесуальні дії; організаційні заходи; технічні заходи; оперативно-розшукові заходи; ревізії та документальні перевірки (податкові перевірки); заходи по вивченню документальної інформації; заходи по використанню засобів масової інформації та інтернет-технологій в процесі розслідування злочинів; заходи, пов'язані з використанням допомоги громадськості (громадських організацій, інших об'єднань громадян; інші. Запропонований підхід, на переконання А. В. Шмоніна, має такі переваги. По-перше, він заснований на загально-визнаному всіма вченими положенні, що незалежно від індивідуальних інтерпретацій розглядуваного процесу він являє собою комплекс тактичних прийомів та /або процесуальних дій, та /або оперативно-розшукових, та /або інших заходів. По-друге, використання єдиного терміну вирішує питання про практичне значення самостійного розгляду таких категорій, як «тактичні комбінації», «тактичні операції». По-третє, даний підхід передбачає найбільш системну і цілеспрямовану розробку класифікаційних систем організаційно-тактичних комплексів процесуальних та інших дій (заходів) [26, 346-347].

Викладену позицію А. В. Шмоніна було піддано критиці на сторінках криміналістичних видань. Зокрема, Б. В. Щур, вважає, що важко уявити поєднання різнопорядкових засобів криміналістичної тактики – систем тактичних прийомів (або окремих тактичних прийомів) і процесуальних (слідчих) дій чи інших заходів, оскільки тактичні прийоми не існують самі по собі, вони застосовуються в межах слідчої дії. Тому й поєднання може бути слідчих дій та інших (процесуальних чи непроцесуальних) заходів. Інша справа, що існують різновиди тактичних операцій:

(1) система слідчих дій; (2) комплекс слідчих дій та оперативно-розшукових заходів; (3) комплекс слідчих дій та організаційно-технічних заходів тощо. Ось такі поєднання можливо було б віднести до тактичних комплексів, які використовуються як елемент окремої криміналістичної методики [27, 188-189].

Відмінну від попередніх і доволі оригінальну позицію з розглядуваного питання займає В. М. Ісаєнко, який зазначає, що тактичний комплекс – це система слідчих, інших процесуальних, оперативно-розшукових, інформацій-них та інших допоміжних дій, спрямованих на отримання доказів, які мають значення для вирішення відносно локалізованого конкретного завдання досудового розслідування, підкореного загальній його меті, і яке є, таким чином, *локальною методикою розслідування* (курсив наш. – В. Ш.) [10, 269-276]. Він пропонує розрізняти зміст тактичного комплексу у вузькому і в широкому сенсі. Тактичний комплекс у вузькому сенсі – це система тактичних прийомів, які застосовуються при виконанні будь-якої однієї слідчої дії (наприклад, допиту). Тактичний комплекс в широкому розумінні є системою декількох видів дій – слідчих, оперативно-розшукових, інших (або лише слідчих), спрямованих на вирішення окремого завдання розслідування [11, 77].

На думку В. М. Ісаєнка, терміни «тактичний комплекс» і «тактична операція (комбінація)» – це рідні поняття, оскільки мають єдину природу походження і спрямовані на реалізацію загальної мети розслідування. Але разом з тим ці поняття не тотожні. Для тактичної операції (тактичної комбінації) характерна підкорена роль по відношенню до тактичного комплексу, будучи одним з інструментів його здійснення, одним із складових його елементів. Тактична операція (комбінація) має певну комплексну побудову, але на меншому рівні складності та спрямованості. Крім того, вони мають різний зміст і структуру, а основна їх різниця полягає в різному значенні отриманих шляхом їх використання результатів. За своїм характером всі вони є комплексами з різним змістом. Зокрема, тактична операція більше асоціюється з поняттям методу оперативно-розшукової роботи. Об'єм і характер дій, які намічаються до здійснення в рамках тактичної операції, значно вужче, аніж у рамках тактичного комплексу. Тактична операція здійснюється у більш стислий проміжок часу. У систему елементів тактичної операції слідчі дії, як правило, не входять, а якщо і включаються до неї, то вони спрямовані не на досягнення мети отримання доказів, а головним чином на створення умов для їх отримання. Однією з відмінностей також є те, що тактичний комплекс завжди орієнтований на отримання конкретного локального результату шляхом провадження певної сукупності слідчих дій, які знаходяться у жорсткому взаємозв'язку та взаємообумовленості. Кожна слідча дія, яка у нього

входить, має конкретне призначення і не може бути замінена іншою слідчою дією [10, 269-276].

Окремі з викладених В. М. Ісаєнком положень викликають заперечення. По-перше, не поділяємо позицію автора щодо доцільності поряд з «тактичною операцією» і «тактичною комбінацією» виокремлювати «тактико-криміналістичний комплекс» як побудову більш високого рівня складності та спрямованості. Тим більше поданої у такій формі як локальна методика розслідування. По-друге, не можемо погодитися із спірним твердженням В. М. Ісаєнка, що у систему елементів тактичної операції слідчі дії, як правило, не входять, а якщо і включаються до неї, то вони спрямовані не на досягнення мети отримання доказів, а головним чином на створення умов для їх отримання. Це положення суперечить усталеним у криміналістичній доктрині поглядам на поняття, природу, призначення тактичних операцій.

Висновки. Отже, з огляду на проведений аналіз, можна стверджувати, що категорії «тактична комбінація» і «тактична операція» відбивають окремі різновиди тактико-криміналістичних комплексів. Вони є відносно новими, специфічними діяльними категоріями, що розкривають функціональну сторону тактико-криміналістичних засобів, які застосовуються слідчим у процесі розслідування злочинів. Тактична комбінація і тактична операція – динамічні категорії, сутністю яких є дія, взаємодія та вплив. Незважаючи на чисто зовнішню схожість, вони є самостійними тактичними засобами, а їх розмежування відбувається на основі таких індивідуалізуючих ознак:

1) *сутність та зміст* – тактична комбінація являє собою поєднання тактичних прийомів у межах однієї слідчої дії; тактична операція – це сполучення слідчих дій, оперативно-розшукових та інших заходів, яке відповідає цілям, загальному задуму, місцю та часу, специфіці вирішення проміжного завдання розслідування, слідчій ситуації, що склалася, наявним ресурсам для успішного практичного застосування цього комплексу;

2) *система цілей і завдань* – тактична комбінація, спрямована на забезпечення вдалого вирішення конкретного завдання певної слідчої дії, наприклад, викриття неправди під час провадження допиту; метою тактичної операції є успішне розв'язання локального, проміжного завдання розслідування, вирішить яке у інший спосіб або не доцільно, або взагалі не можливо;

3) *складність компонентів структури* – у тактичній операції компонентами є слідчі дії, оперативно-розшукові процедури, організаційні заходи, тобто різнопорядкові тактичні засоби; структура тактичної комбінації охоплює систему однопорядкових засобів, в основному прийомів криміналістичної тактики. При цьому, чим вище рівень завдання розслідування, тим більш складний комплекс дій потребується провести для його вирішення;

4) *функціональне призначення* – тактичну операцію необхідно розглядати як засіб організації конкретного акту розслідування, з метою впливу на слідчу ситуацію для її зміни у сприятливий для слідства бік, а тактичну комбінацію як засіб організації конкретної слідчої дії;

5) *масштабність і тривалість провадження* – тактичні комбінації носять локальний характер, місце їх здійснення, як правило, обмежується місцем провадження слідчої дії. У порівнянні з ними тактичні операції більш масштабні, наприклад, розшук може бути як місцевим, так і у масштабі країни. Окрім цього, тактична комбінація – одночасна категорія, яка реалізується на певному етапі провадження слідчої дії. Тактичну ж операцію можна визначити як «така, що продовжується», бо час і послідовність проведення дій та заходів, які входять у її склад, залежать від відображеного у єдиному плані тактичного задуму слідчого;

6) *складність організації* – тактична операція це форма взаємодії співробітників слідчих, оперативно-розшукових, ревізійних, контролюючих та інших органів, використання знань спеціалістів, за допомогою яких застосовуються засоби та методи різноманітних природних та технічних наук. Тобто, тактичні операції, з точки зору їх організації, являють собою більш складний комплекс, а ніж тактичні комбінації;

7) *суб'єктний склад учасників* – у організації і проведенні тактичної операції приймають участь окрім слідчого, співробітники оперативних і технічних підрозділів правоохоронних органів, спеціалісти різних галузей знань і навіть представники громадськості, тоді як тактична комбінація реалізується зусиллями одного слідчого (інколи двох), тобто коло учасників тактичної операції завжди ширше, ніж при проведенні окремої слідчої дії і, відповідно, тактичної комбінації.

Проте, не дивлячись на певні критерії розмежування цих комплексів необхідно погодитись з В. А. Журавлем, який зазначає, що запропоновані комплекси треба розглядати не як конкуруючі між собою криміналістичні категорії, а навпаки, як доповнюючі один одного засоби, що в сукупності створюють єдиний, найбільш ефективний механізм отримання інформації, необхідної для розкриття, розслідування та попередження злочинних проявів [9, 197-208].

З нашого погляду, у даному випадку найбільш вдалим терміном для позначення комплексу процесуальних та непроцесуальних дій та заходів, спрямованих для вирішення окремих тактичних завдань розслідування, все ж таки є «тактична операція», оскільки термін розкриває сутність та зміст даного криміналістичного засобу. З метою уніфікації понять термін «тактична операція» доцільно застосовувати тільки тоді, коли мова йде про систему (комплекс) слідчих дій, оперативно-розшукових, організаційно-технічних та інших заходів, а термін «тактична комбінація» – лише відносно системи тактичних

прийомів у рамках проведення окремої слідчої дії. При цьому тактичну операцію слід розглядати і як самостійну категорію криміналістики, і як особливий різновид тактико-криміналістичних комплексів розкриття та розслідування злочинів. Комплекс дій, що входять до структури тактичної операції, не замінює собою тактику слідчих дій, а утворює більш складну побудову, зміст якої не вичерпується тактичними прийомами, а включає також слідчі дії, оперативно-розшукові та інші заходи, які сприяють їх реалізації [6, 5]. У порівнянні з тактичними прийомами та їх поєднаннями, тактичні операції відрізняються масштабністю та тривалістю дій, більш широким колом учасників та високим ступенем організованості їх діяльності.

Разом з тим, необхідно враховувати, що не будь-який набір слідчих та інших дій можна визнати тактичною операцією. У функціональному відношенні об'єднання слідчих дій, оперативно-розшукових та інших заходів у тактичну операцію відбувається на підставі можливості вирішення у результаті такого об'єднання певного завдання розслідування, яке через об'єм або зміст неможна вирішити шляхом застосування окремих тактичних прийомів, слідчих дій і т. д., або отримання слідчим тактичної переваги при вирішенні даного завдання у порівнянні із застосуванням інших засобів розслідування. Якщо ж мова йде лише про декілька дій слідчого, які виконуються ним для вирішення будь-якого конкретного завдання у певній послідовності, то це ще не тактична операція [22, 106]. Все це зумовлює потребу в подальшій активній розробці проблеми тактичних операцій, що має не лише теоретичне, але й практичне значення, дозволяючи включити в арсенал слідчого наукові рекомендації, здатні відіграти суттєву роль у підвищенні ефективності кримінального провадження і в кінцевому рахунку у встановленні істини. Чітке уявлення сутності тактичної операції та співвідношення її з іншими тактико-криміналістичними комплексами розслідування слугує подальшому розвитку теорії криміналістики, вдосконаленню слідчо-судової практики.

Література:

1. Александров Д. О. Юридична психологія. Словник: Довідкове видання / Д. О. Александров, В. Г. Андросюк, Л. І. Казміренко та ін. – Вид. 2-ге., уточ. та доп. – К.: КНТ, 2008. – С. 204-208.
2. Асташкина Е. Н. Расследование преступлений. Криминалистические комплексы: учеб.-практ. пособие / Е. Н. Асташкина, Н. А. Марочкин, А. Е. Михальчук, В. Я. Решетников. – М.: Приор-издат, 2003. – 112 с.
3. Большой словарь иностранных слов / сост. А. Ю. Москвин. – М.: Центрполиграф; Полюс, 2001. – 816 с.
4. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь: Перун, 2002. – 1728 с.
5. Гаврилин Ю. В. Криминалистика в понятиях и терминах / Ю. В. Гаврилин, А. Ю. Головин, И. В. Тишунина. – М.: Книжный мир, 2006. – С. 121–123.

6. Герасимов И. Ф. Тактические операции как форма взаимодействия органов предварительного следствия и дознания / И. Ф. Герасимов // Тактические операции и эффективность расследования: межвуз. сб. науч. тр. — Свердловск: Изд-во Свердлов. юрид. ин-та, 1986. — С. 4-7.
 7. Головин А. Ю. Криминалистическая систематика / А. Ю. Головин; под ред. Н. П. Яблокова. — М.: ЛексЭкст, 2002. — 305 с.
 8. Джакишев Е. Г. Проблемы совершенствования криминалистических приемов и средств борьбы с хищениями и иными корыстными преступлениями в сфере экономики: автореф. дисс. на соискание ученой степени докт. юрид. наук: 12.00.09 / Е. Г. Джакишев. — Алмааты, 1994. — 54 с.
 9. Журавель В. А. Системи слідчих дій та тактичні операції в структурі окремої криміналістичної методики розслідування злочинів / В. А. Журавель // Вісник Акад. прав. наук України. — 2009. — № 2 (57). — С. 197—208.
 10. Исаенко В. Н. Проблемы теории и практики использования тактических комплексов в расследовании убийств / В. Н. Исаенко // «Черные дыры» в российском законодательстве. — 2004. — № 1. — С. 368—382.
 11. Исаенко В. Н. Тактические комплексы в расследовании убийств с использованием сведений о материальных ценностях, похищенных преступниками у потерпевших: дис. канд. юрид. наук / В. Н. Исаенко. — М., 1990. — 188 с.
 12. Колдин В. Я. Логико-информационная структура следственного действия и тактической комбинации / В. Я. Колдин // Криминалистика: ученик для вузов / отв. ред. Н. П. Яблоков. — М., 1996. — С. 369-370.
 13. Матусовский Г. А. Экономические преступления: криминалистический анализ / Г. А. Матусовский. — Харьков: Консум, 1999. — 480 с.
 14. Михальчук А. Е. Тактический комплекс и тактическая программа / А. Е. Михальчук // Криминалистика. Экспертиза. Розыск: сб. науч. тр. — Саратов: Саратов. юрид. академ., 1995. — С. 20—23.
 15. Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова. — 3-е изд. — М.: АЗЪ, 1995. — 944 с.
 16. Перкін В.І. Тактичні комплекси та їх роль у розслідуванні вбивств, пов'язаних із заволодінням матеріальними цінностями / В.І. Перкін // Наук. вісник Нац. акад. внутр. справ. — 2003. — № 1. — С. 174-178.
 17. Селиванов Н. А. Советская криминалистика: система понятий / Н. А. Селиванов. — М.: Юрид. лит., 1982. — 152 с.
 18. Селиванов Н. А. Советская криминалистика. Теоретические проблемы / Н. А. Селиванов, В. Г. Танасевич, А. А. Эйсман и др. — М.: Юрид. лит., 1978. — 192 с.
 19. Сорокотягин И. Н. Использование специальных познаний в криминалистическом комплексе «установление неопознанного трупа или его частей» / И. Н. Сорокотягин, А. А. Шмидт. — Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1986. — С. 104-105.
 20. Столяренко Л. Д. Психология: учебник для вузов / Л. Д. Столяренко. — СПб: Питер, 2008.
 21. Толковый словарь русского языка / под ред. Д. Н. Ушакова. — Т. 1. — М.: Астрель, АСТ, 2000. — 1752 с.
 22. Чебуренков А. А. Общетеоретические положения и практические аспекты криминалистической тактики / А. А. Чебуренков. — М.: Юрлитинформ, 2008. — 176 с.
 23. Шепітько В. Ю. Організаційно-тактичні засоби: поняття та значення / В. Ю. Шепітько, В. А. Журавель // Питання боротьби із злочинністю: зб. наук. пр. / редкол.: В.І. Борисов та ін. — Х.: Право, 2009. — Вип. 18. — С. 185—192.
 24. Шиканов В. И. Теоретические основы тактических операций в расследовании преступлений / В. И. Шиканов. — Иркутск: Изд-во Иркут. гос. ун-та, 1983. — 200 с.
 25. Шмонин А. В. Методика расследования преступлений: учеб. пособие / А. В. Шмонин. — М.: Юстицинформ, 2006. — 464 с.
 26. Шмонин А. В. Методология криминалистической методики: монография / А. В. Шмонин. — М.: Юрлитинформ, 2010. — 416 с.
 27. Щур Б. В. Теоретичні основи формування та застосування криміналістичних методик: монографія / Б. В. Щур. — Х.: Харків юридичний, 2010. — 320 с.
 28. Юридическая психология: Терминологический словарь / сост. А. М. Бандурка, В. С. Венедиктов, А. В. Тимченко, В. Е. Христенко, В. Б. Калиновский; под ред. А. М. Бандурки. — Харьков: Тимченко, 2005. — 425 с.
 29. Якушин С. Ю. Актуальные проблемы тактико-криминалистического обеспечения уголовного судопроизводства в современных условиях / С. Ю. Якушин // Криміналістика ХХІ століття: матеріали міжнар. наук.—практ. конф., 25—26 листоп. 2010 р. — Х.: Право, 2010. — С. 556—560.
 30. Якушин С. Ю. Криминалистическая тактика: вопросы теории и практики: учеб. пособие / С. Ю. Якушин. — Казань: Казан. ун-т, 2010. — 178 с.
 31. Якушин С. Ю. Тактические задачи и средства их решения при расследовании преступлений / С. Ю. Якушин // Криміналіст першодрукований. — 2011. — № 3. — С. 51-66.
- Шевчук В. М. Тактическая операция как разновидность тактико-криминалистических комплексов**
Аннотация. Исследуются тактические операции в системе тактико-криминалистических комплексов. Доктринальные подходы к определению понятия «тактико-криминалистический комплекс» основывается на дифференцированном понимании таких организационно-тактических средств как тактическая операция и тактическая комбинация. Они рассматриваются и как самостоятельные категории криминалистики, и как специфические разновидности тактико-криминалистических комплексов раскрытия и расследования преступлений.
- Ключевые слова:** тактико-криминалистические комплексы, тактическая операция, тактична комбинация, организационно-тактические средства.
- Shevchuk V. Tactical operation as a variety of tactical and criminalistic complexes**
Summary. Tactical operations in the system of tactical-forensic complexes have been investigated in this research. The doctrinal approaches to the definition of «tactical -forensic complex» are based on a differentiated understanding of such organizational and tactical means as a tactical operation and tactical combination. They are considered both as separate categories of criminology and as specific types of tactical and forensic complexes used to disclose and investigate crimes.
- Keywords:** tactical and forensic complexes, tactical operations, tactical combination, organizational and tactical means.

*Шиманський Ф. В.,
к. ю. н., доцент, професор кафедри кримінального права,
процесу та криміналістики
Міжнародного гуманітарного університету*

НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ У БОРОТЬБІ ПРОТИ КОРУПЦІЇ В УМОВАХ НОВОГО КПК

Анотація. Висловлюються важливі питання в умовах дії нового КПК, що включає кардинальні зміни діяльності правоохоронних органів, на які законом покладено обов'язок щодо протидії корупції, також нетривалий час застосування на практиці положень нового КПК свідчить про наявність ряду проблем, що потребують або роз'яснень, або ініціювання питання щодо внесення змін до кодексу та інших нормативно-правових актів.

Ключові слова: протидія корупції, антикорупційна політика, досудове розслідування, кримінальне провадження.

Постановка проблеми. З першого дня чинності нового Кримінального процесуального кодексу (КПК) України перед правоохоронцями, які за законом здійснюють повноваження щодо протидії корупції, постає чимало питань з приводу виконання ними своїх обов'язків в нових умовах. Існуюча до цього практика викриття корупціонерів, розслідування злочинів за такими фактами і здійснення прокурорського нагляду у цих провадженнях потребує переосмислення. Акцент зроблено тому, що майже кожна друга направлена до суду у 2012 р. кримінальна справа з ознаками корупції – по обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовими особами [1].

Викладення основного матеріалу. Згідно зі ст. 223, 246 КПК негласні слідчі (розшукові) дії є діями, спрямованими на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів про злочин та особу, яка його вчинила, у конкретному кримінальному провадженні, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню за винятком випадків, передбачених цим Кодексом. Такі дії проводяться лише у разі, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб – шляхом проведення слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених КПК. Для їх проведення слідчий, прокурор приймає рішення у формі постанови, слідчий суддя – ухвали.

Негласні слідчі (розшукові) дії в КПК розподілені на 2 групи: перша – втручання у приватне спілкування, друга – інші види негласних слідчих (розшукових) дій. До першої групи включено дії, що передбачені ст. ст. 260-264 КПК України, до другої – дії, що передбачені ст. ст. 267-272, 274 КПК України.

Огляд і виїмка кореспонденції не є самостійним видом негласних слідчих (розшукових) дій, що випливає із змісту ч. 4 ст. 258, ст. 261 та ст. 262 КПК України, і тому не потребує прийняття окремого рішення. Слідчий отримує право на здійснення огляду та виїмки кореспонденції після накладення на неї арешту відповідно до вимог ст. 261 КПК України. Про їх проведення складається протокол.

Слідчий, прокурор мають право приймати рішення про проведення таких видів негласних слідчих (розшукових) дій:

– здобуття відомостей з електронної інформаційної системи або її частини, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем або утримувачем або не пов'язаний з подоланням системи логічного захисту (ч. 2 ст. 264 КПК України);

– спостереженням за річчю або місцем (ст. 269 КПК України);

– виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272 КПК України).

У останньому випадку постановою слідчого погоджується з керівником органу досудового розслідування. Рішення про здійснення контролю за вчиненням злочину (ст. 271 КПК України) має право прийняти виключно прокурор.

Інші негласні слідчі (розшукові) дії проводяться за ухвалою слідчого судді, постановленою за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором. У виняткових невідкладних випадках, зазначених у ч. 1 ст. 250 КПК України, до винесення ухвали слідчого судді за постановою прокурора або слідчого, узгодженого з прокурором, може бути розпочато встановлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК України) та спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269 КПК України). Після початку таких негласних слідчих (розшукових) дій прокурор зобов'язаний не-

відкладно звернутися з відповідним клопотанням до слідчого судді.

Згідно зі ст. 246 КПК відомості про факт та методи проведення такої слідчої (розшукової) дії не підлягають розголошенню. Згідно з п. 5.1 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні фактично всі процесуальні документи щодо проведення негласної (розшукової) слідчої дії підлягають засекречуванню, що на практиці не завжди є доцільним. Зокрема, у разі прийняття рішення про засекречування таких матеріальних носіїв інформації з присвоєнням відповідного грифу таємності незрозумілим є вирішення питання щодо обов'язку слідчого стосовно складання протоколу у присутності особи, щодо якої проводились негласні слідчі (розшукові) дії, оскільки процедура розсекречення матеріалів сформульована в розділі 5 Інструкції та є досить тривалою, а особа, чії дії відкрито фіксувались, допуску до державної таємниці не має. Таким чином, виконання вимог пункту 4 ст. 271 КПК у разі, якщо контроль за вчиненням злочину закінчується відкритим фіксуванням, фактично призводить до порушення вимог Закону «Про державну таємницю» від 21 вересня 1999 р.

Відповідно до ч. 1 ст. 214 КПК України слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та розпочати розслідування. Слідчий, який здійснюватиме досудове розслідування, визначається керівником органу досудового розслідування.

Досудове розслідування розпочинається з моменту внесення відомостей до Єдиного державного реєстру досудових розслідувань. Тобто рішення про початок досудового розслідування фактично прирівнюється до внесення реєстру відповідних відомостей що «можуть свідчити про вчинене кримінальне правопорушення». Факт внесення до Єдиного реєстру даних зобов'язує слідчого негайно розпочати досудове розслідування. Разом з тим виникає питання, який процесуальний документ, де розкривається вищезазначене рішення слідчого, повинен бути долучений до матеріалів кримінального провадження? А якщо є підстави, то яке необґрунтоване, незаконне процесуальне рішення може скасувати прокурор? Яке процесуальне рішення можна оскаржити до суду, і що саме скасовує за необхідності суд?

На думку В. Д. Берназа та Н. В. Неледві відповіді на ці питання немає в новому КПК України. Вони вважають, що на практиці виконати такий припис дуже складно. Так, слідчий, який заступив на добове чергування і який виявив обставини, що можуть свід-

чити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний не пізніше 24 годин після цього внести відомості до Єдиного реєстру [2]. У зв'язку з цим виникає дуже багато питань, зокрема чи в змозі за такий короткий час слідчий одночасно з чергуванням якісно провести необхідні перевірочні дії, прийняти правильне рішення та винести відповідні відомості до реєстру? Чи можливо такі дії взагалі виконати слідчому в такій ситуації? Як це організувати в зазначені законом стислі терміни?

Необхідно зауважити, що внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄДР може тягнути за собою і кримінальну відповідальність. Це може мати місце у випадках, коли у діях слідчого, прокурора як службових осіб є склад кримінального правопорушення, передбаченого ст. 365 КК «Перевищення влади або службових повноважень», і ними заподіяна істотна шкода охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб. Істотною є шкода, котра полягає у прихованні злочинів (кримінальних правопорушень) (пункт 6 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 грудня 2003 р. № 15 «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень»).

Здійснення досудового розслідування до внесення відомостей до Реєстру або без такого внесення може мати наслідком кримінальну відповідальність слідчого, прокурора за ст. 365 КК, оскільки вони є службовими особами. Відповідальність за цією статтею КК, як думає Лобойко Л., може наставати лише тоді, коли внаслідок дій слідчого, прокурора з досудового розслідування заподіяна істотна шкода охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб [3].

Специфікою мети проведення негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів обумовлюються і особливості обґрунтування клопотання про проведення таких заходів та підстав для його задоволення слідчим суддею, використання їх результатів.

Новим у КПК і зі зарахуванням останніх змін до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» є те, що ОРС заводиться за наявності достатньої інформації про готування до злочину – про злочини, що готуються, та осіб, які готують вчинення злочину (ст. 6, 9 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»). У разі надходження заяви, повідомлення або після самостійного виявлення слідчим, прокурором з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення корупційного кримінального правопорушення, відомості про це невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення або самостійного виявлення вносяться до Єдиного реєстру досудових розслідувань, і розпочинається роз-

слідування. Тобто за наявності інформації про корупційні діяння не заводити ОРС і відповідно проводити оперативно-розшукові заходи, а треба здійснювати досудове розслідування, таким чином треба діяти і в разі замаху на обіцянку або одержання неправомірної вигоди, оскільки законодавець встановив, що лише інформація про готування до вчинення корупційного кримінального правопорушення перевіряється за допомогою оперативно-розшукових заходів.

Якщо виникає необхідність збирати докази про вчинене корупційне кримінальне правопорушення, які неможливо отримати іншим шляхом, проводяться негласні слідчі (розшукові) дії з додержанням вимог глави 21 КПК України.

Відповідно до законодавчих новел, негласні дії можуть проводитися як слідчі (розшукові) у кримінальних провадженнях, так і оперативно – розшукові заходи в оперативно-розшукових справах (ОРС). Ці дії в обох випадках проводяться згідно з положеннями глави 21 КПК (ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»). Закон не дозволяє проведення оперативно-розшукових заходів і негласних слідчих (розшукових) дій за фактами готування та вчинення кримінальних проступків. Під час підготовки та проведення оперативно-розшукових заходів і негласних слідчих (розшукових) дій забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення корупційного злочину. Така заборона передбачена, зокрема, у ч. 3 ст 271 КПК України (контроль за вчиненням злочину). З метою недопущення помилок під час застосування новел законодавства, слід урахувати практику Європейського суду по правам людини, тим більше це – вимога КПК України (ч. 2 ст. 8, ч. 5 ст. 9), а також практику Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

За новим КПК істотно змінюється підслідність кримінальних правопорушень з ознаками корупції, переважна більшість яких буде розслідуватися слідчими органів внутрішніх справ, а щодо певної категорії службових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування – слідчими органів державного бюро розслідування. Повноваження цих слідчих у перехідний період до створення органів державного бюро розслідування здійснюватимуть слідчі органів прокуратури.

Слідчі органів прокуратури, які продовжують розслідувати всі кримінальні справи, що перебували в їх провадженні до 19 листопада 2012 р. включно, відповідно до вимог нового КПК до закінчення досудового слідства; з 20 листопада 2012 р. до набрання чинності Законом України від 17 листопада 2011 р. «Про державну службу» здійснюють досудове розслідування кримінальних правопорушень згідно з ч. 4 ст. 216 КПК у первинній редакції, тобто стосовно суддів і працівників правоохоронних органів, а також службових осіб, які займають особливо відповідальне

становище відповідно до ч. 1 ст. 9 Закону України від 16 грудня 1993 «Про державну службу», та осіб, посади яких віднесено до 1 – 3 категорій посад. Відповідно до первинної редакції пункту 1 розділу IX «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про державну службу» цей закон набрав чинності з 1 січня 2013 р. Проте, 20 листопада 2007 р. Верховна Рада України прийняла Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про державну службу», згідно з яким Закон України «Про державну службу» набирає чинності з 1 січня 2014 р.

Висновки. З дня набрання чинності новим КПК досудове розслідування кримінальних правопорушень з ознаками корупції та щодо членів злочинних угруповань має здійснюватися згідно з положеннями цього Кодексу. Лише глибоке знання нових законів мінімізує можливі помилки під час їх застосування, сприятиме напрацюванню відповідної практики і стане запорукою належної протидії корупції.

Література:

1. Ударцов Ю. Протидія корупції та організованій злочинності в умовах дії нового КПК / Ю. Ударцов // Вісник прокуратури – 2012. – № 12. – С. 18-26
2. Берназ В. Д. Регламентация початку досудового розслідування / В. Д. Берназ, Н. В. Неледва // Вісник прокуратури. – 2012. – № 1. – С. 63-65.
3. Лобойко Л. Початок досудового розслідування за новим КПК / Л. Лобойко // Новели Кримінального процесуального Кодексу України 2012 року. Частина 2. Збірник статей. – К.: Істина, 2012. – С. 39-40.

Шиманский Ф. В. Негласные следственные (розыскные) действия в борьбе против коррупции в условиях нового УПК

Аннотация. Высказываются важные вопросы в условиях действия нового УПК, включая кардинальное изменение деятельности правоохранительных органов, на которые законом возложена обязанность по противодействию коррупции, также непродолжительное время применения на практике положений нового УПК свидетельствует о наличии ряда проблем, требующих или разъяснений, или инициирования вопроса о внесении изменений в Кодекс и другие нормативно-правовые акты.

Ключевые слова: противодействие коррупции, антикоррупционная политика, досудебное расследование, уголовное производство.

Shimansky F. Covert investigative (search) activities in the fight against corruption in the conditions of the new KPC

Summary. Speak important issues in the context of the new code of criminal procedure, including a radical change in the activity of law enforcement bodies have statutory responsibility for combating corruption, it is a short time application in practice of the provisions of the new code indicates the availability of a number of problems that require or clarification, or initiation of the issue on amending the Code and other normative-legal acts.

Keywords: anti-corruption, anti-corruption policy, the pre-trial investigation, criminal proceedings.

*Цехан Д. М.,
науковий співробітник
науково-дослідної частини
НУ «Одеська юридична академія»*

ЦИФРОВІ ДОКАЗИ: ПОНЯТТЯ, ОСОБЛИВОСТІ ТА МІСЦЕ У СИСТЕМІ ДОКАЗУВАННЯ

Анотація. У статті на підставі аналізу наукових джерел досліджено інноваційні види доказів у кримінальному провадженні. Зокрема, автором визначено особливості цифрової інформації, які впливають на її використання у доказуванні. Обґрунтовано, у тому числі й з урахуванням міжнародного досвіду, необхідність використання цифрових доказів. Крім того, детально досліджено основні способи та засоби забезпечення їх допустимості у кримінальному процесі.

Ключові слова: докази, цифрова інформація, цифрове алібі, цифрові докази, коректність фіксації.

Постановка проблеми. Основним чинником трансформації сучасного суспільства є стрімка інформатизація, яка змінює усі сторони життєдіяльності, впливає на прийняття управлінських рішень і функціонування усталених суспільних інституцій, у тому числі й правових. Змінюючи усі сторони життя людства, динамічний розвиток високих інформаційних технологій торкнувся і сфери кримінального судочинства у контексті появи нових форм представлення інформації та необхідності визначення її місця у системі доказів.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Для нашої правової доктрини поняття «цифрових доказів» є досить новим, хоча й привертало увагу таких вчених як В. М. Бутузов, В. Б. Вехов, С. Й. Гонгало, М. А. Іванов, Т. Е. Кукарнікова, Л. Б. Краснова, А. В. Касаткін, Ю. М. Літвінов, В. В. Лисенко, В. О. Мещеряков, Д. В. Пашнев, М. М. Федотов тощо.

Водночас, розроблені науковцями пропозиції та надані рекомендації не були враховані під час підготовки нового Кримінального процесуального кодексу України, що знову актуалізує цю проблему, яка вимагає комплексного вивчення та обговорення вченими із урахуванням нових реалій.

Метою статті є аналіз теоретико-прикладних підходів щодо розуміння цифрових доказів та визначення їх місця у системі засобів доказування.

Викладення основного матеріалу. Розпочинаючи аналіз необхідно акцентувати увагу на тому, що інформація, яка створена за допомогою високих інформаційних технологій має унікальні особливості, які відрізняють її від усіх форм представлення

інформації, які існували раніше та є звичними для слідчих, зокрема:

- існує у нематеріальному вигляді;
- зберігається на відповідному носії, оперативній пам'яті ЕОМ або каналі зв'язку;
- для її сприйняття та дослідження необхідне використання програмно-технічних засобів;
- має здатність до дублюжу, тобто копіювання або переміщення на інший носій без втрати своїх характеристик [1].
- має особливий статус оригіналу і може існувати у такому статусі у декількох місцях [2, 13].

На початковому етапі розвитку комп'ютерної техніки проблема використання у доказуванні цифрової інформації виникла у США, де існували правила використання «нетрадиційних доказів» (novel evidence). З урахуванням особливостей англосаксонської системи права, джерелом таких правил став судовий прецедент у справі Фрай проти США (Frye vs United States), який стосувався використання у доказуванні нових даних та методик науки і складався із двох елементів: по-перше, суду необхідно визначити, до якої галузі наукового знання відноситься дані та методики, які покладені в основу доказу, а по-друге, чи визнається провідними вченими-фахівцями цієї галузі принцип, на основі якого сформований доказ.

У вітчизняній теорії кримінального процесу докази класифікуються за різними підставами. Розподіл доказів на види – це одна з класифікаційних систем, відповідно до якої вони розподіляються, виходячи із специфічних та найбільш суттєвих особливостей їх форми та змісту [3, 228]. При цьому, окремі види доказів утворюються у випадку, коли їх форма та зміст володіють специфічними характеристиками, що визначають спеціальний режим їх отримання чи використання у кримінальному процесі. Традиційно, вчені пропонують поділяти докази за механізмом формування на особисті та речові [4]. Ю. М. Грошевой та С. С. Стахівський зазначають, що за змістом формування докази доцільно поділити на дві групи та відносити до другої докази, що містяться в предметах і документах [5, 208].

У зв'язку з цим, практика діяльності правоохоронних органів склалась таким чином, що слідчий, виявивши на жорсткому диску чи в оперативній

пам'яті ЕОМ цифрову інформацію, що може містити сліди злочинної діяльності чи в інший спосіб сприяти вирішенню завдань кримінального судочинства, повинен відносити її до речових доказів, у випадку, передбаченому ст. 98 КПК України чи документів відповідно до ст. 99 КПК України.

Але це створює логічні суперечності та неузгодженості, оскільки речові докази – це, у відповідності до ст. 98 КПК України, матеріальні об'єкти. Крізь призму матеріальності об'єкта законодавець у ст. 99 КПК України визначив такий вид доказів як документи, деталізувавши, що до документів можуть належати матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації (у тому числі й електронні).

Саме тому цифровий об'єкт, який є нематеріальним, не має відповідних якісних фізичних характеристик, має специфічну процедуру та середовище створення, здатний до копіювання та переміщення без втрати характеристик, сприймається людиною лише після обробки ЕОМ та виведення інформації на відповідний технічний пристрій (монітор), неможливо визнати матеріальним об'єктом і, як наслідок, речовим доказом чи традиційним документом. У даному випадку необхідно оцінювати власне інформацію, а не матеріальний об'єкт на якому вона зафіксована.

У наукових джерелах зарубіжних країн широкого застосування набув термін «digital evidence» (цифрові докази), під якими розуміють будь-які збережені дані або дані, що передаються з використанням комп'ютера і підтримують або спростовують намір чи алібі. Цифрові дані виявляються дуже корисними при розслідуванні злочинів, оскільки є текстовою, графічною, звуковою та відеоінформацію [6].

Експертами Scientific Working Group on Digital Evidence було запропоновано під терміном «цифрові докази» розуміти будь-яку інформацію доказового значення, яка зафіксована чи передана у цифровій формі [7].

Саме тому сьогодні можна говорити про існування «цифрових доказів», під якими розуміються фактичні дані, що представлені у цифровій (дискретній) формі та зафіксовані на будь-якому типі носія та після обробки ЕОМ стають доступними для сприйняття людиною. При цьому, обов'язковою ознакою цифрового доказу є конвергентність, під якою розуміється здатність одного доказу входити у сукупність інших доказів і набувати у зв'язку з цим доказового значення.

Необхідність підвищеної уваги до цифрових доказів зумовлюється тим, що, як слушно відзначає І. П. Пономарьов, у слідчій та судовій практиці останніх років, обґрунтовуючи своє алібі, учасники кримінального провадження все частіше посилаються на те, що під час вчинення злочину вони взаємодіяли з електронними системами (працювали з персональним

комп'ютером, користувались мобільним телефоном, потрапляли у поле зору камер спостереження, авторизувались у системах контролю доступу до приміщень), які знаходяться в іншому місці [8, 437]. У зарубіжній практиці, як відзначає М. А. Іванов, такі пояснення отримали назву «цифрового алібі» (digital alibi), оскільки основою для їх підтвердження чи спростування є цифрова інформація, яка записана на матеріальних носіях [9]. При цьому дослідники звертають увагу на особливості перевірки такого алібі з урахуванням того, що, по-перше, доказова інформація, яка підтверджує чи спростовує «цифрове алібі», недоступна для безпосереднього сприйняття, і для її вивчення необхідно використовувати програмно-технічні засоби; по-друге, така доказова інформація є вкрай нестійкою, оскільки може бути легко знищена (у тому числі й некваліфікованими діями слідчого) [8, 438].

У кримінальному процесі доказ повинен відповідати двом вимогам, які висувуються до його змісту та форми, – відносності і допустимості. Закономірно, що такими ознаками повинен володіти і «цифровий доказ», що може забезпечуватись коректністю фіксації та подальшою незмінністю цифрової інформації. У зв'язку з цим, ґрунтовнішою уваги заслуговує процедура фіксації цифрової інформації та забезпечення її доказового значення. Сьогодні, під час виявлення цифрової інформації у слідчих виникають значні труднощі щодо її фіксації з урахуванням вимог, що висуває кримінально-процесуальне законодавство до доказів та подальшого використання у кримінальному судочинстві.

Можливість оперативно змінювати зміст сайту, фізичне розташування серверів на території інших держав, використання анонімних програмних пакетів є факторами, які суттєво ускладнюють можливість фіксації цифрової інформації. Особливої гостроти ця проблема набуває у зв'язку з тим, що встановлення факту такого порушення є чи не найвагомішою складовою процесу доказування у відповідних провадженнях. Серед прийомів для закріплення відомостей, розміщених в мережі Інтернет, з тим, аби їх можна було використати як докази, можна отримувати від провайдера копії файлів, що формують web-сайт. Відповідні носії таких файлів можливо долучити до матеріалів кримінального провадження як докази.

Проте, у даному випадку складно забезпечити цілісність збереження цифрової інформації, що створює підґрунтя для її спростування як доказу. Ключовим чинником у цьому випадку є коректна фіксація інформації, яка може здійснюватись автоматично за допомогою спеціального програмного забезпечення та за участю відповідного суб'єкта (експерта, спеціаліста). Сьогодні можна говорити про низький рівень підготовки слідчих до роботи із програмно-технічними комплексами та складними програмними

оболонками. Як зазначають вчені, з боку слідчих та працівників оперативних підрозділів було б самовпевнено розраховувати на власні сили у цій галузі, адже справжнім IT-професіоналом стають після навчання у ВНЗ і кількох років роботи за спеціальністю. Отримати еквівалентні знання, прочитавши книги, поспілкувавшись із спеціалістом і провівши розслідування десятка комп'ютерних злочинів, неможливо [10, 119]. У зв'язку з цим, залучення спеціаліста під час роботи з «цифровими доказами» є обов'язковим, оскільки найменша некваліфікована дія може призвести до втрати важливої доказової чи орієнтуючої інформації.

У кожній ситуації необхідним є висунення відповідних вимог до коректності фіксації інформації. Так, будь-яке програмне забезпечення може містити помилки, які можна розділити на систематичні та спорадичні, тобто епізодичні та нерегулярні. Аналіз роботи окремих видів програмного забезпечення свідчить, що ймовірність помилки у програмному забезпеченні залежить від її виробника. Саме тому необхідним є використання програмного забезпечення, яке сертифіковане, хоча це також не виключає можливість помилки. Проте, ймовірна можливість помилки програмного забезпечення не може априорно слугувати фактором, що спростовує зафіксовану за його допомогою цифрову інформацію.

Виявлена помилка повинна відповідати трьом ключовим умовам:

- підтверджуватись службою технічної підтримки виробника програмного забезпечення, його уповноваженого представника або компетентної організації, яка займається вивченням та узагальненням помилок та недоліків програмного забезпечення;

- помилка повинна мати безпосереднє відношення до фіксації інформації і тому могла призвести до її модифікації, що підтверджується висновком експерта;

- модифікувала під час фіксації саме ту інформації, що має значення для доказування, що підтверджується висновком експерта.

Деякі інші вимоги до коректності фіксації інформації необхідно визначити у випадку покрокової фіксації необхідної інформації слідчим, у тому числі з використання відповідних програмних продуктів. Так, для закріплення у якості доказів цифрової інформації, яка отримана внаслідок проведення слідчих дій чи негласних слідчих (розшукових) дій, потрібне виконання, принаймні, трьох умов. **По-перше**, необхідно здійснити оформлення усіх необхідних документів, що підтверджують правові підстави, окреслюють коло суб'єктів та умови фіксації даних у відповідності до чинного законодавства України. **По-друге**, при фіксації необхідно уникнути можливих фізичних дефектів відповідного носія та забезпечити максимально високу якість фіксації з метою можливості подальшого

експертного дослідження такої інформації. **По-третє**, у разі відсутності у слідчого необхідних спеціальних технічних знань та навичок роботи з апаратними засобами та програмним забезпеченням, повинні залучатись спеціалісти, здатні кваліфіковано поводитись з ними, і згодом підтвердити технічну можливість та факт отримання таких відомостей у судовому засіданні.

У практичній діяльності працівників оперативних підрозділів та слідчих можуть виникати тактичні ситуації, коли з технічних причин неможливо представити суду носій, на якому було зафіксовано цифрову інформацію, що отримана внаслідок проведення оперативно-розшукових заходів, слідчих дій чи негласних слідчих (розшукових) дій. У такому випадку можна формувати докази копіюванням інформації на даному носії із застосуванням відповідних технічних засобів. Копія означеного носія із супровідним документом, що містить відомості не лише про те, під час проведення якого оперативно-розшукового заходу чи слідчої дії був отриманий оригінал вказаного носія, але і про дату, місце, час копіювання, характеристики технічних засобів і носіїв, що використовувались при цьому, повинні бути надані суду.

У даному випадку гостро постає проблема збереження цілісності інформації. Існує декілька моделей апаратних та програмних копіювальників носіїв цифрової інформації. Так, до найбільш поширених програмних засобів можна віднести: «EnCase», «FTK», «SMART», «dd», «NED». При цьому, під копіюванням мається на увазі побітова копія, «сектор в сектор», «bitstream image». Аналогічні методики набули значного поширення закордоном. Так, у поліції Німеччини поширеним є метод Perkeo, важливою особливістю якого є надійне забезпечення цілісності інформації в ході документування злочинної діяльності та можливість її використання у кримінальному судочинстві, оскільки забезпечується копіювання інформації біт за бітом та завдяки цьому її модифікація не можлива.

У випадку, коли копіювання файлів проводиться за схемою «сектор в сектор», досить важливо, щоб цільовий носій, на який копіюється інформація, був попередньо очищений. Тобто усі його сектори без винятку повинні бути перезаписані нулями або випадковими бітами. В іншому випадку, під час дослідження такого носія, фахівець, досліджуючи копію одного диска, знайде там залишки попередньої копії. При цьому, факт очищення усіх секторів цільового носія доцільно фіксувати у протоколі. Окрім цього, під час копіювання корисно вираховувати хеш-функції або контрольні суми секторів, що копіюються і заносити їх до протоколу.

Звертаючи увагу на способи забезпечення допустимості «цифрових доказів», як позитивний досвід можливо використати досвід США, де суд

визначив, що для визнання доказу допустимим, він має відповідати двом критеріям: засновуватись на науковому знанні (scientific knowledge) та сприяти розумінню чи встановленню достовірності фактів суддею чи присяжними.

Дещо інші вимоги існують щодо визначення допустимості анімації та ілюстративних доказів (комп'ютерних моделей подій), які активно використовуються у кримінальних процесах зарубіжних країн. У даному випадку суд зобов'язаний встановити: правильність параметрів, введених у програму людиною; належність програми, якою оброблялись дані, тобто чи можна стверджувати, що створена цифрова реконструкція є точною.

В окремих слідчих ситуаціях, зокрема коли об'єкти сфери високих інформаційних технологій використовувались як засоби зв'язку злочинців, для розповсюдження порнографічних предметів, розміщення інформації про продаж заборонених товарів тощо, виникає необхідність надання статусу доказів інформації, яка розміщена в мережі Інтернет. На сьогодні, на фрагментарному рівні практикою вироблені окремі методи фіксації змісту web-сайту з метою подальшого використання у кримінальному судочинстві:

- роздруківка веб-сторінки через браузер;
- роздруківка та подання рапорту працівником міліції;
- огляд web-сайту слідчим у присутності понятих;
- аналогічний огляд разом із спеціалістом;
- відповідь провайдера на запит щодо змісту сайту.

З метою забезпечення допустимості «цифрових доказів» необхідно використовувати можливості сучасних судових техніко-криміналістичних експертиз, зокрема: експертизи комп'ютерної техніки і програмних продуктів, інформаційно-комп'ютерної експертизи та комплексної експертизи. При цьому увага експерта має зосереджуватись на виявленні ознак модифікації цифрової інформації, її способів та меж.

Прогресивними у контексті використання «цифрових доказів» у кримінальному провадженні є положення ст. 360 КПК України, якою дозволяються суду скористуватись під час дослідження доказів усними консультаціями чи письмовими роз'ясненнями спеціаліста, наданими на підставі його спеціальних знань, оскільки під час дослідження судом «цифрових доказів» існує необхідність пояснення особливостей алгоритму програмування чи обробки даних, а також специфіки комп'ютерної системи.

Висновки. Підсумовуючи викладене, відзначимо, що перманентне збільшення цифрової інформації та її систематичне використання у різних сферах життєдіяльності зумовлює необхідність вироблення оптимальних підходів щодо її використання у доказуванні в кримінальних провадженнях. З урахуванням існуючої нині концепції класифікації доказів

цифрова інформація з урахуванням унікальних характеристик не може бути віднесена до жодної класифікаційної групи. Тому існує необхідність введення категорії «цифрового доказу» під яким слід розуміти фактичні дані, представлені у цифровій (дискретній) формі та зафіксовані на будь-якому типі носія, що стають доступними для сприйняття людиною після обробки ЕОМ та на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню.

З урахуванням розповсюдження стандартизованого програмного забезпечення у багатьох країнах спостерігається тенденція до пом'якшення вимог до цифрових доказів.

Література:

1. Цехан Д. М. Правові аспекти використання цифрової інформації як доказу у кримінальному судочинстві / Д. М. Цехан // Процесуальні, тактичні та психологічні проблеми, тенденції та перспективи вдосконалення досудового слідства: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 30 травня 2008 р.). — Одеса, 2008. — С. 206 —209.
2. Гонгало С. Й. Судова техніко-криміналістична експертиза документів: сучасні можливості дослідження та перспективи розвитку: автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук.: спец. 12.00.09 — кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність / С. Й. Гонгало. — К., 2013. — 20 с.
3. Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н. В. Жогин. — Изд. 2-е, испр. и доп. — М.: Юрид. лит., 1973. — 736 с.
4. Алексеев С. С. Обсуждение спорных вопросов теории доказательств в советском уголовном процессе / С. С. Алексеев, В. П. Божьев // Соц. законность. — 1965. — С. 95 —98.
5. Грошевий Ю. М. Докази і доказування у кримінальному процесі: наук.-практ. посіб. / Ю. М. Грошевий, С. М. Стахівський. — К.: КНТ, 2006. — 272 с.
6. Casey E. Digital evidence and computer crime: forensic scene, computer, and the Internet / Eoghan Casey. — 2nd ed. — Amsterdam: Elsevier Academic Press, 2004. — 690 p.
7. Scientific Working Group on Digital Evidence [Electronic resource]. — Electronic data (1 file). — Mode of access: <http://www.swgde.org/>. — Title from the screen.
8. Пономарев И. П. Цифровое алиби и его проверка / И. П. Пономарев // Вестник ВГУ. Серия: Право, 2011. — № 2 — С. 437-444
9. Иванов Н. А. Применение специальных знаний при проверке «цифрового алиби» / Н. А. Пономарев. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.infolaw.ru/lib/2006-4>
10. Федотов Н. Н. Форензика — компьютерная криминалистика / Н. Н. Федотов. — М.: Юрид. мир, 2007. — 360 с.

Цехан Д. Н. Цифровые доказательства: понятие, особенности и место в системе доказывания

Аннотация. В статье на основе анализа научных источников исследованы инновационные виды доказательств в уголовном производстве. В частности,

автором определены особенности цифровой информации, влияющие на возможность ее использования в доказывании. Обосновано, в том числе и с учетом международного опыта, необходимость использования цифровых доказательств. Кроме того, детально исследованы способы и средства обеспечения их допустимости в уголовном судопроизводстве.

Ключевые слова: доказательства, цифровая информация, цифровое алиби, цифровые доказательства, корректность фиксации.

Tsekhan D. Digital evidence: concepts, characteristics and place in the proof system

Summary. In the article on the analysis of scientific sources the innovative types of evidence in criminal proceedings were investigated. In particular, author defines the peculiarities of digital information that affect it's use in proceeding. Besides, the basic ways and means to ensure this admissibility in criminal proceeding were investigated.

Keywords: evidence, digital investigation, digital alibi, digital evidence, the correctness of fixation.

*Браверман Ю.І.,
здобувач кафедри кримінального права,
процесу та криміналістики
Міжнародного гуманітарного університету*

ВІДОБРАЖЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРИНЦИПІВ В ЗАСАДАХ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Анотація. У зв'язку з прийняттям нового Кримінально-процесуального кодексу України стало актуальним питання змісту та регламентації засад кримінального провадження. Вперше законодавець закріпив 22 загальні засади, у відповідності до яких має здійснюватися кримінальне судочинство. Система принципів кримінального процесу суттєво змінилася: засади чітко закріплені у кодексі, з'явилися нові принципи, які раніше не зазначалися у старому Кримінально-процесуальному кодексі, деякі старі принципи було втрачено. Нами розглянуто поняття засад кримінального провадження, їх класифікація. В статті розглядається нова система засад кримінального процесу, її зв'язок з конституційними принципами, недоліки та переваги нової системи. Детально розглянуто статті нового Кримінально-процесуального кодексу, які розкривають конституційні засади, та зміст яких відрізняється від Конституції. Зазначено, які конституційні принципи, важливі для кримінального провадження, не були закріплені в новому Кримінально-процесуальному кодексі України. У висновках нами запропоновано деякі зміни у системі загальних засад кримінального судочинства.

Ключові слова: засади кримінального процесу, система, Конституція, принципи.

Постановка проблеми. Побудова правової та соціальної держави в Україні висуває на передній план завдання щодо забезпечення прав та законних інтересів громадян, верховенства закону у всіх сферах державного та громадського життя. Гарантією прав і свобод людини є Конституція України. Термін «конституція» (від лат. *constitutio* – встановлення, устрій) відомий ще за часів Давньої Греції і Стародавнього Риму [1]. Нині під конституцією розуміють систему загальнообов'язкових норм, що мають, як правило, вищу юридичну силу і регулюють основи відносин між людиною і суспільством, з одного боку, і державою – з іншого, а також засади організації самої держави та її відносин зі світовим співтовариством.

Одним з найважливіших аспектів у виконанні завдання щодо забезпечення прав та законних інтересів громадян є питання про систему засад кримінального провадження. Бо саме у сфері кримінального судочинства, де має місце застосування різних заходів державного примусу і де особливо обмежуються права та свободи осіб, залучених у сферу кримінального процесу, питання охорони прав і законних інтересів учасників кримінального провадження набуває особливого значення. Слід також зазначити, що прин-

ципи грають велику роль під час застосування і тлумачення норм права судами, посадовими особами кримінального провадження, прийняття певних процесуальних рішень.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Питання про систему засад кримінального провадження досліджується як вітчизняними, так і зарубіжними вченими. У теорії кримінального процесу питанням поняття та системи принципів кримінального процесу присвячені праці Ю. М. Грошевого, Т. М. Добровольської, А. Я. Дубинського, В. Т. Маляренка, М. М. Михеєнка, В. Т. Нора, М. С. Строговича, І. В. Тиричева, В. М. Тертишника, та ін. Але система принципів кримінального процесу суттєво змінилася, з'явилися нові принципи, які потребують дослідження.

Попри значний ступінь наукової розробки даної теми, на жаль в даній сфері ще залишаються питання, зокрема співвідношення нових засад КПК України з конституційними принципами і т.п.

Мета статті – аналіз основних положень нового КПК щодо реформування системи принципів, виявлення зв'язку нової системи засад кримінального судочинства з Конституцією України.

Викладення основного матеріалу. Засади кримінально-процесуального права є гарантією дотримання прав і законних інтересів особи в кримінальному процесі; гарантією прийняття законних і обґрунтованих рішень у кримінальній справі; вихідними положеннями для тлумачення окремих кримінально-правових засад.

Засади кримінального процесу утворюють систему – самостійних, об'єктивно взаємопов'язаних правових положень, які розповсюджують свою дію на весь кримінальний процес. І. В. Тиричев відзначав, що принципи живуть і діють в рамках цілісної системи, «де суть і значення кожного принципу обумовлені не тільки власним змістом, а й функціонуванням всієї системи» [2]. Добровольська Т. М. вважала, що система принципів – це сукупність самостійних за змістом, взаємопов'язаних і об'єктивно обумовлених положень, пронизаних єдністю цілей та завдань, які саме в цій сукупності мають якісний сенс [3]. Михеєнко М. М. під системою принципів розумів їх сукупність та порядок розташування. Систему принципів кримінального

процесу поділяли на конституційні і інші принципи [4]. До конституційних відносять засади, що закріплені в Конституції України. Цієї позиції дотримуються видатні вітчизняні вчені – процесуалісти Альперт С. А. Грошевий Ю. М., Стецовський Ю.І. і інші. До інших відносять засади, закріплені в КПК України.

На нашу думку, більш практичною є класифікація засад кримінального провадження на конституційні, процесуальні (загальні засади кримінального провадження) та спеціальні. Конституційні – передбачені в Конституції України, процесуальні – перераховані в КПК України і спеціальні – це засади, які стосуються, переважно, основ проведення негласних слідчих (розшукових) дій, проведення тактичних комбінацій та стратегічних операцій на досудовому слідстві і одночасно являються спеціальними для оперативно-розшукової діяльності.

Ретроспективний погляд на проблему свідчить про те, що КПК України 1960 року не містив глави «Засади кримінального провадження», яка б чітко визначала поняття та закріпила кримінально-процесуальні засади, їх кількість. Процес реформування кримінального процесуального законодавства в Україні тривав майже двадцять років. 13 квітня 2012 р. Верховною Радою України був прийнятий новий Кримінальний процесуальний кодекс України, в главі другій якої вперше названо і розкрито зміст засад кримінального провадження.

Засади кримінально-процесуального права – це закріплені в правових нормах вихідні положення, що відбивають панівні в державі політичні та правові ідеї і визначають сутність організації і діяльності компетентних державних органів щодо досудового розслідування і судового розгляду кримінальних справ [5].

Вперше законодавець закріпив 22 загальні засади, у відповідності до яких має здійснюватися кримінальне судочинство. Зокрема закріплено чимало принципів, що давно вже є фундаментальними у кримінальному судочинстві багатьох європейських країн. Відповідно до ст. 7 КПК України «Зміст та форма кримінального провадження повинні відповідати загальним засадам кримінального провадження, до яких, зокрема, відносяться: 1) верховенство права; 2) законність; 3) рівність перед законом і судом; 4) повага до людської гідності; 5) забезпечення права на свободу та особисту недоторканність; 6) недоторканність житла чи іншого володіння особи; 7) таємниця спілкування; 8) невтручання у приватне життя; 9) недоторканність права власності; 10) презумпція невинуватості; 11) свобода від самовикриття та право не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї; 12) заборона двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне і те саме правопорушення; 13) забезпечення права на захист; 14) доступ до правосуддя; 15) змагальність; 16) безпосередність дослідження показань, речей і

документів; 17) забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності; 18) публічність; 19) диспозитивність; 20) гласність і відкритість судового розгляду; 21) розумність строків; 22) мова, якою здійснюється кримінальне судочинство». Кожному з 22 принципів законодавець присвятив окрему статтю.

Із них п. п. 1-14, 17 і 22 передбачені відповідними статтями Конституції України, тобто 16 пунктів із 22 – це конституційні принципи. Не визиває сумнів обов'язковість дотримання цих принципів у кримінальному процесі. Але при розкритті змісту конституційних принципів, на наш погляд, в КПК України допускається дещо вільна їх трактовка, що є неприпустимим, адже їх зміст не може бути іншим, ніж це передбачено в Конституції України.

Детальніше розглянемо конституційні засади, зміст та назва яких були дещо змінені у КПК.

Верховенство права (ст. 8 КПК). Дана засада закріплена в ст. 8 Конституції України та ст. 8 КПК. Положення ст. 8 Основного закону зазначають, що Конституція України має найвищу юридичну силу. КПК же посилається і на іншу нормативну базу – «з урахування практики Європейського суду з прав людини» [6]. Така трактовка можлива при доктринальному роз'ясненні, але не в кодексі, норми якого повинні повністю відповідати аналогічним статтям Конституції України.

Забезпечення права людини на свободу та особисту недоторканність (ст. 12 КПК). В ст. 29 Конституції України зазначається, що «Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника». Стаття 12 КПК не містить такого положення. На наш погляд, при розкритті змісту цього конституційного принципу недопустимо опускає цілу частину із змісту відповідного принципу Конституції України.

Презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини. Стаття 17 КПК України за своєю сутністю є формою втілення у кримінально-процесуальне законодавство закріпленої у ч. 1 ст. 62 Конституції України презумпції невинуватості, відповідно до якої 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. В Конституції України ця засада детально регламентована. Вважаємо недоречним доповнення цього конституційного принципу словами «забезпечення доведеності вини», на наш погляд, більш виваженим є виділенні цих слів у окрему заставу Кримінального процесуального кодексу.

Гласність та відкритість судового провадження та його повне фіксування технічними засобами. Гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами Конституцією віднесено до основних засад судочинства (п. 7 ч. 3 ст. 129), при цьому термін «гласність судового процесу» вживається як синонім терміна «відкритий розгляд справи». Статтею 27 КПК «Гласність і відкритість судового провадження» передбачено, що учасники кримінального провадження, а також особи, які не брали участі у кримінальному провадженні, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси чи обов'язки, не можуть бути обмежені у праві на отримання в суді як усної, так і письмової інформації щодо результатів судового розгляду. На нашу думку, фіксування технічними засобами – окрема засада кримінального провадження, і її положення повинні регламентуватися окремою статтею Кодексу.

Права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності. Ст. ст. 40, 55 Конституції України, які закріплюють за громадянами право на звернення у державні органи, доповнюється положеннями, які містяться в ст. 24 КПК України:

1. Кожному гарантується право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, слідчого судді, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому цим Кодексом.

2. Гарантується право на перегляд вироку, ухвали суду, що стосується прав, свобод чи інтересів особи, судом вищого рівня в порядку, передбаченому цим Кодексом, незалежно від того, чи брала така особа участь у судовому розгляді [7]. Разом з тим, ми вважаємо, що недопустимо опускати в статті КПК важливу частину змісту із цих конституційних принципів, зокрема ч. 3 ст. 55 Конституції України: «Кожний має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав у відповідні міжнародні судові інстанції...».

Заборона двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне і те саме правопорушення (ст. 19 КПК). В ст. 61 Конституції України зазначено, що ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення. Юридична відповідальність особи має індивідуальний характер.

На жаль, у процесі становлення системи засад кримінального судочинства було втрачено такий конституційний принцип, як:

– принцип здійснення правосуддя тільки судом (ст. 15 старого КПК). Згідно з ч. 1 ст. 124 Конституції правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускається. Судочинство здійснюється судом України та судами загальної юрисдикції.

Висновки. Новий КПК копіює деякі положення Конституції. Та, на жаль, зміст окремих принципів КПК суперечить визначенням, закріпленим у Конституції України. Положення конституційних принципів вже закріплено в Основному законі держави. Конституція України має найбільшу юридичну силу серед усіх правових актів у державі. Положення підзаконних актів не може суперечити положенням Конституції [8]. Найвища юридична сила Конституції України проявляється в тому, що: по-перше, її норми мають пріоритет (верховенство) перед нормами інших (звичайних) законів, по-друге, норми інших законів та підзаконних актів мають прийматися на основі Конституції і повинні відповідати їй (ст. 8 Конституції України).

Змінення тексту положень деяких засад, що містяться у Конституції схоже на тлумачення Основного закону. Законодавець не є суб'єктом офіційного тлумачення Конституції. Офіційне тлумачення Конституції та законів України згідно зі ст. 150 Основного Закону дає тільки Конституційний Суд України. Конституційне тлумачення має офіційний характер, виходить від компетентного державного органу. Офіційне тлумачення Конституції України органом конституційної юрисдикції – це діяльність Конституційного Суду в межах законодавчо встановлених процедур з допомогою апробованих наукою і практикою прийомів і способів по подоланню неоднозначного розуміння конституційних норм [9].

На нашу думку, доцільніше було б не переписувати текст Конституції, а тільки перерахувати конституційні принципи у ст. 7 КПК. Розкривати зміст тільки процесуальних засад. Крім цього, дуже важливо з введенням негласних слідчих (розшукових) дій у КПК України передбачити також спеціальні принципи слідчої діяльності, а саме: поєднання гласних і негласних заходів, добровільність, конфіденційність, конспірація, наступальність, цілеспрямованість, об'єктивність, доцільність, соціальна і правова захищеність конфідентів, а також, повнота та об'єктивність дослідження обставин події, взаємодії з органами управління, ЗМІ і населенням [10].

Нами розглянута тільки частина засад кримінального провадження але вищезазначене свідчить про те, що засади КПК України підлягають подальшому дослідженню.

Література:

1. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підручник: пер. з рос. / О. Ф. Скакун. — Харків: Консум, 2001. — 656 с.
2. Тыричев И. В. Принципы советского уголовного процесса: учебное пособие / И. В. Тыричев. — М.: Юрид. лит., 1984. — С. 9.
3. Добровольская Т. Н. Принципы советского уголовного процесса / Т. Н. Добровольская. — М.: Юридическая литература, 1974. — С. 34.
4. Михеенко М. М. Проблеми розвитку кримінального процесу в Україні: Вибрані твори / М. М. Михе-

- енко. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — С. 223.; Молдован В. В. Порівняльне кримінально-процесуальне право: Україна, ФРН, Франція, Англія, США: навч. посібн. / В. В. Молдован, А. В. Молдован. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — С. 9-23.
5. Маляренко В. Т. Реформування кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: теорія, історія і практика: підручник / В. Т. Маляренко. — К.: Ін Юре, 2004. — 544 с.
 6. Зеленський С. М. // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». — 2012. — № 2(6)
 7. Михеєнко М. М. Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України / М. М. Михеєнко, В. П. Шибіко, А. Я. Дубинський. — 2-ге вид. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — 624 с.
 8. Кравченко В. В. Конституційне право України: навчальний посібник / В. В. Кравченко. — Вид. 3-тє, виправл. та доповн. — К.: Атіка, 2004. — 512 с.
 9. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України: науково-практичний коментар / В. Д. Берназ, А. М. Притула; За заг. ред. С. В. Ківалова. — О.: Фенікс, 2013. — 190 с.

Браверман Ю. И. Отображение конституционных принципов в принципах уголовного производства

Аннотация. В статье мы рассмотрели систему принципов, закрепленную в новом Уголовно-процессуальном кодексе, ее взаимосвязь с конституционными принципами, преимущества и недостатки новой системы.

Ключевые слова: принципы уголовного процесса, система, Конституция, принципы.

Braverman J. Constitutional principles in the principles of criminal proceedings

Summary. In the article, we discussed the principles of a new system of criminal procedure, its relationship with constitutional principles, advantages and disadvantages of the new system.

Keywords: principles of criminal procedure system, the Constitution, the principles.

*Дынтю В. А.,
аспірантка кафедри криміналістики
Інститута прокуратури і слідства
НУ «Одеська юридическа академія»*

КРИМИНАЛЬНАЯ ОБСТАНОВКА И ЕЕ ОТРАЖЕНИЕ В ОБСТАНОВКЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

Аннотация. Проанализированы подходы к формулированию понятия «негативные обстоятельства». Автором исследовано место негативных обстоятельств в структуре обстановки преступления.

Ключевые слова: обстановка преступления, негативные обстоятельства, следы преступления, криминалистическая характеристика.

Постановка проблемы. Актуальность выбранной темы обуславливается необходимостью изучения обстановки преступления как источника информации об обстоятельствах дела.

Анализ последних исследований. Исследованием указанного понятия занимались такие ученые, как: Р. С. Белкин, И. Н. Букаева, Ю. И. Ильченко, В. П. Колмаков, В. В. Набиулин В. А. Образцов, В. В. Тищенко, Н. П. Яблоков и др. Следует отметить, что на сегодняшний день не выработана четкая позиция относительно внутреннего содержания структуры обстановки преступления.

Изложение основного материала. Поскольку негативные обстоятельства, как определял их И. Н. Якимов, обстоятельства «нарушающие обычный, ожидаемый порядок, который всегда и неизменно наблюдается при известных условиях» [1; 11], могут быть выявлены при исследовании обстановки преступления, усматривается необходимость анализа их места в структуре обстановки в целом.

Познавательная сущность уголовно-процессуального познания заключается в ретроспективном раскрытии (познании) отдельных сторон событий прошлого и установлении на этой основе объективной истины [2, 13].

Познание обстановки преступления осуществляется по аналогичному принципу. Воссоздание объективной обстановки в которой совершались действия по подготовке, реализации и сокрытию преступления на основании информации, полученной при изучении фактической обстановки при исследовании места происшествия.

Р. С. Белкин указывает на то, что всякое событие преступления обязательно отражается в окружающей среде, элементами которой являются не только материальные образования – вещи, предметы, но и люди, в чьем сознании отражается событие преступления. Среда, в которой преступник совершает изменения,

это не что-то монолитное, не один объект, а комплекс объектов, процессов, явлений. В процессе отражения возникают следы – отображения [3, 9-11, 41].

При взаимодействии обстановки преступления с другими элементами криминалистической характеристики преступления остаются следы- отображения, как в самой обстановке преступления, так и в системе, которая с ней взаимодействовала. «Изменение среды, будучи отражением события преступления, результатом взаимосвязи объектов, участвующих в акте отражения, является конечной фазой этого процесса... Судить по отражению об отражаемом, по информации о преступлении можно только в том случае, если отражение обладает содержательной стороной, если связь изменений с событием можно обнаружить, выявить, понять по содержанию этих изменений» [4, 90, 94].

Следует заметить, что система объектов материальной среды и система следов отражения на этих объектах от взаимодействия с другими элементами криминалистической характеристики преступления это не одно и то же. Следы могут рассматриваться как материальные последствия, которые возникают при взаимодействии элементов обстановки преступления с другими объектами, являясь отображением результата влияния одной системы на другую, которое привело к их изменению. Процесс возникновения, существования и исчезновения следов невозможен вне обстановки преступления.

Если следы являются подтверждением взаимодействия обстановки преступления с другими элементами криминалистической характеристики, тогда возможно предположить, что их отсутствие также может быть источником криминалистически важной информации. Однако следует отличать понятия «отсутствующие следы» и «отсутствие следов» [5, 185].

Отсутствующие следы – это совокупность материальных последствий, которые не характерны для данного явления.

В отличие от отсутствующих следов, которые не имеют логической связи с событием, отсутствие следов, характерное для определенного вида явлений, становится объектом познания. Чаще отсутствие следов проявляется после изучения и исследования имеющихся следов, т. е. очевидных явлений. И при

установлении отклонений от закономерности появления, развития и исчезновения явления возникает вопрос об отсутствии обязательного элемента, который должен проявить себя при взаимодействии с обстановкой преступления в виде следа, который отсутствует. Наиболее четко исследовать отсутствие следов возможно при анализе криминалистической характеристики преступления в целом, как системы, когда одни следы закономерно обуславливают наличие других [5, 186-187]. В литературе традиционно связывают отсутствующие следы с таким криминалистическим понятием, как негативные обстоятельства.

Первое упоминание о негативных обстоятельствах встречается еще у Ганса Гросса. Он писал: «Не требует доказательств, что совершенно невольно наталкиваешься на противоречия, пробелы и несообразности, если только постепенно переходишь от общего к частному, от причины к следствию, с соблюдением той последовательности, в какой совершилось преступление, и с выяснением намерений преступника и способа, как они осуществлялись ... Такими «уклонениями от природы» в обстановке события будут те несообразности и неестественности, которые имеют место в том случае, когда эта обстановка была создана обманым образом, так, как будто она произошла в действительности» [6, 801-802].

Следует отметить, что среди ученых также выражалась точка зрения относительно отрицания существования такой категории как негативные обстоятельства. Например, А. М. Ларин писал, что понятию негативных обстоятельств не соответствует достаточно определенный класс реальных явлений. Использование таких понятий в теории и практике нецелесообразно [7, 148]. Однако, в последствии и теорией и практикой не единожды была подтверждена состоятельность и необходимость данной категории.

Не смотря на функциональную востребованность понятия «негативные обстоятельства», на сегодняшний день не выработано единого подхода к пониманию его внутреннего содержания и как следствия формулирования логически обоснованного определения.

И. Н. Якимов определял их как обстоятельства, нарушающие обычный, ожидаемый порядок, который всегда и неизменно наблюдается при известных условиях [8, 11].

Р. С. Белкин и А. И. Винберг рассматривали негативные обстоятельства, как факты, противоречащие представлению об обычном в данной ситуации ходе вещей. Негативные обстоятельства противоречат представлениям о механизме данного явления, а не самому явлению, сущность которого они отражают [9, 64].

По мнению В. Ю. Шепитько, негативные обстоятельства – фактические данные, которые противоречат естественному ходу событий или обычному положению вещей; противоречат характерному механизму

совершения преступления, а также версиям следователя [10, 137].

Наиболее удачным и полно отражающим содержание понятия «негативные обстоятельства», на наш взгляд, является определение В. К. Лисиченко и И. И. Когутич. По их мнению, негативные обстоятельства – это реальные явления, которые отражают сопутствующие, совместимые или несовместимые с преступными действиями, материальные процессы взаимодействия (следы, изменения в обстановке места происшествия и т. п.), или проявления в актах поведения и показаниях лиц диссимуляции (утаивание чего-либо), наблюдаемых в ходе следственных действий как, не согласующиеся с установленными фактическими данными о конкретном событии и требуют системно-структурного исследования с целью выяснения их происхождения и сущности обнаруженного противоречия [11, 63].

Поскольку негативные обстоятельства находясь в структуре обстановки преступления противоречат установленным фактическим данным, наблюдается диалектическая противоположность, которая отражает двойственное отношение внутри целого. Противоположности могут сталкиваться только тогда, когда они находятся в связи, тем самым, образуя целое, в котором проявляется их взаимная необходимость. Таким образом, негативные обстоятельства – это элемент обстановки преступления, который находясь во взаимосвязи с очевидными следами преступления формирует целостную систему реалий действительности, в которых происходил процесс подготовки, реализации и сокрытия преступления.

Однако, следует отметить, что имеется точка зрения, в соответствии с которой существование негативных обстоятельств связывается с субъективным восприятием следователя реалий действительности.

Так, например, В. С. Бурданова определяет негативные обстоятельства, как обстоятельства, свидетельствующие о несоответствии фактических данных выдвинутой версии [12, 4].

А. Н. Васильев относил к негативным обстоятельствам признаки, противоречащие именно версии, но только такие, которые заключаются в отсутствии следов, которые должны бы быть [13, 38].

С. И. Медведев писал, что не может идти речи о негативных обстоятельствах без связи с другими обстоятельствами, без связи с определенной версией. Вернее даже не связи, а антисвязи с версией, так как обстоятельство будет негативным только в том случае, если оно противоречит этой версии, отрицает эту версию, не подтверждает ее [14, 26].

С указанными точками зрения не представляется возможным согласиться в полной степени.

Можно говорить о том, что негативные обстоятельства, являются объективно существующим элементом окружающей среды. Закономерность их происхождения схожа с механизмом появления других фактических данных. Их отличие заключается в том, что они появляются в результате деятельности преступника, направленной на изменение восприятия информации относительно события преступления, то есть инсценировки.

Что касается функции следователя относительно механизма появления негативных обстоятельств, следует отметить, что его деятельность направлена на изучение окружающей среды, в которой произошло некое событие.

Исследование начинается с очевидных данных. Затем, посредством умственной деятельности, следователь приходит к заключению, отвечают ли выявленные фактические данные закономерностям механизма их образования. При выявлении противоречия между полученной информацией и «обычным в данной ситуации ходе вещей» [9; 64] следователь приходит к выводу о наличии инсценировки.

Таким образом, следователь исследует окружающую среду и выявляет наличие в ней противоречий. То есть, присутствие последних объективно обосновано, а от следователя зависит только их установление и дальнейшее правильное толкование информации, которую они в себе содержат.

Таким образом, следователь является субъектом выявления негативных обстоятельств, что исключает возможность его участия в их появлении.

Следует отметить, что при изучении обстановки преступления следователь должен ставить вопрос относительно объективности криминалистически важной информации, которую он получает на основании изучения следов, оставленных после события. Данный вопрос является закономерным, поскольку поддается сомнению не только объективность полученной информации, но и объективность наличия, либо отсутствия самого следа в обстановке преступления.

Что касается участия преступника в образовании негативных обстоятельств, можно сделать следующий вывод. Преступник после совершения преступления изучает и анализирует фактическую обстановку преступления. Затем моделирует подходящую под фактическую обстановку преступления модель события, которое могло произойти в схожих условиях. И в конечном итоге, совершает действия, направленные на изменение обстановки преступления с целью создания видимости совершения иного события, тем самым стараясь повлиять на объективность восприятия следователя и на возможность установления истины.

Можно говорить о том, что негативные обстоятельства присущи той обстановке преступления, в которой преступник осуществлял действия, направленные на

изменение восприятия самого события преступления, либо его обстоятельства.

Как уже отмечалось ранее, обстановка преступления, как среда в которой было совершена подготовка, реализация и сокрытие преступления в своей структуре содержит последствия взаимодействия с другими системами, ретроспективное исследование которых, позволяет установить происшедшее событие. Выявление негативных обстоятельств указывает на наличие инсценировки, то есть действий преступника, направленных на изменение обстановки преступления.

Можно говорить о том, что негативные обстоятельства возникают именно при наличии деятельности, направленной на искажение восприятия информации о реально происшедшем событии.

При инсценировке обстановка преступления подвержена воздействию, которое направлено на её видоизменение, в результате которого образуется новая обстановка, но уже инсценируемого события. При этом, полностью уничтожить реальную обстановку преступления не представляется возможным. В результате чего образуется определенное наложение. В системе реальной обстановки преступления внедряется обстановка инсценируемого события. То есть они существуют параллельно. И только при существовании двух вышеуказанных систем становится возможным появление негативных обстоятельств.

Выявление негативных обстоятельств дает возможность следователю сделать вывод о наличии деятельности со стороны преступника, направленной на инсценировку события преступления.

На основании изложенного выше, можно сделать **вывод**, что негативные обстоятельства входят в структуру обстановки преступления, в том случае, если она была подвержена воздействию со стороны преступника, направленного на ее изменение с целью искажения восприятия события преступления либо его определенного элемента.

Литература:

1. Якимов И. Н. Криминалистика. Руководство по уголовной технике и тактике / И. Н. Якимов. — М., 1925.
2. Сегай М. Я. Методология судебной идентификации / М. Я. Сегай. — К.: РИО МВД УССР, 1970.
3. Белкин Р. С. Ленинская теория отражения и методологические проблемы советской криминалистики / Р. С. Белкин. — М., 1970.
4. Курс криминалистики: учебное пособие для вузов: в 3-х т. / Р. С. Белкин. — 3-е изд., дополненное. — М., 2001.
5. Кузнецов П. С. Отсутствующие следы и отсутствие следов (гносеологический и онтологический аспект) / П. С. Кузнецов // Российский юридический журнал. — 2009. — № 3.
6. Гросс Г. Руководство для судебных следователей как система криминалистики / Г. Гросс. — СПб, 1908.
7. Ларин А. М. От следственной версии к истине / А. М. Ларин. — М., 1976.

8. Якимов И. Н. Криминалистика. Руководство по уголовной технике и тактике / И. Н. Якимов. — М., 1925.
9. Белкин Р. С. Криминалистика и доказывание (методологические проблемы) / Р. С. Белкин, А. И. Винберг. — М., 1969.
10. Шепітько В. Ю. Криміналістика. Енциклопедичний словник / В. Ю. Шепітько; За ред. В. Я. Тація. — Х., 2001.
11. Лисиченко В. К. Негативні обставини та їх значення в розслідуванні злочинів / В. К. Лисиченко, І.І. Когутич. — К., 2002.
12. Бурданова В. С. Избранное / В. С. Бурданова. — СПб, 1973.
13. Васильев А. Н. Тактика отдельных следственных действий / А. Н. Васильев. — М., 1981.
14. Медведев С. И. Негативные обстоятельства и их использование в раскрытии преступлений / С. И. Медведев. — Волгоград, 1973.

Динту В. А. Кримінальна обстановка та її відображення в обстановці злочину

Анотація. Проаналізовано підходи до формулювання поняття «негативні обставини». Автором досліджено місце негативних обставин в структурі обстановки злочину.

Ключові слова: обстановка злочину, негативні обставини, сліди злочину, криміналістична характеристика.

Dunty V. Criminality and its reflection in an atmosphere of crime

Summary. The approaches to the formulation of the concept of «negative circumstances». The author investigated the place of negative circumstances in the structure of the situation of crime.

Keywords: the situation of the crime, negative circumstances, the traces of the crime, the criminalistic characteristic.

*Добровольська О. Г.,
здобувач кафедри кримінального права,
процесу та криміналістики
Міжнародного гуманітарного університету*

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ НА ПІДСТАВІ УГОД

Анотація. У статті аналізуються проблеми становлення та розвитку нової форми кримінального провадження – провадження на підставі угод про примирення та визнання винуватості особи. Розкриваються недоліки процесуальної форми даного провадження та шляхи її удосконалення.

Ключові слова: процесуальна форма, угода, визнання вини, судочинство.

Постановка проблеми. Глава 35 Розділу VI «Особливі порядки кримінального провадження» нового Кримінального процесуального кодексу України (КПК) вводить ще одну новелу в кримінальний процес України, а саме: кримінальне провадження на підставі угод. При цьому виділяються два види угод – про визнання винуватості та про примирення.

Спроба реалізації даних положень показує наявність багатьох проблем, що обумовлюють дослідження даного інституту.

Актуальність проблеми. Запропонована в новому процесуальному законі модель спрощеного провадження на підставі угод викликає багато питань, які досі не отримали достатнього наукового дослідження.

Аналіз останніх наукових досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми показує, як на розмаїтті думок вчених, так і на багато нерозв'язаних проблем правосуддя [1-22].

Метою даної роботи є визначення основних орієнтирів удосконалення процесуальної форми реалізації інституту провадження на підставі угод.

Викладення основного матеріалу. Провадження на підставі угоди є різновидом застосування більш широкого поняття – компромісу.

Компроміс (лат. *compromissum* – угода, договір) – угода між представниками різних інтересів на основі взаємних поступок [12, 196-197].

Витоки появи інституту судового компромісу (а отже і провадження на підставі угод) можна знаходити в багатьох правових документах сивої давнини.

За часів Руської Правди, – як зазначає В. М. Тертишник, – норми права наголошували перш за все на відшкодуванні шкоди потерпілому, вимагаючи поряд з цим і відшкодування заподіяної йому моральної шкоди. Наприклад, ст. 3–4 Руської Правди встановлювалося правило: якщо хтось кого ударить батою, рукояткою меча чи просто рукою, то має заплатити

12 гривень за образу. Передбачалась також можливість вибору потерпілим засобів покарання винуватого: тілесне покарання чи грошове стягнення [19, 551].

На території Галичини у складі Польщі, де існували правила кровної помсти, природно, що з'явився звичай, який давав можливість ворогуючим сторонам примиритись. Дана процедура примирення називалась «єднання». Для її проведення залучались посередники – «поєднувачі». Кожна із сторін конфлікту призначала рівну кількість «поєднувачів». На їх засіданні формувались умови «єднання», а інколи вони обирали поміж собою лідера, який називався «суперарбітр». Той, хто вчинив вбивство, для «єднання» повинен був виконати дві умови: вчинити покірну та заплатити викуп. У Галичині винний ставав перед найближчим родичем убитого на коліна та просив пробачення, а цей родич підносив меч над його головою, тобто здійснював своєрідну імітацію кровної помсти. Покіра відбувалась на цвинтарі або у церкві [2, 106].

«Устав кримінального судочинства» 1864 р. (п. 3 ст. 16 та ст. 20) визнавав компроміс у вигляді примирення з потерпілим у встановлених законом випадках та прощення боргу (це міститься також у сучасних кримінально-процесуальних нормах).

С. М. Туркота, вивчаючи виникнення та розвиток правового компромісу, зазначає, що його історія сягає у давнину і важко, та й неможливо встановити, коли сталася перша примірювальна угода між винним у вчиненні злочину та потерпілим за правилами кримінального процесу (чи хоча б його подібності). А те, що такі компроміси відбувалися часто, сумніватися не доводиться. Свідченнями на користь цього є приклади відомих пам'яток історії вітчизняного та зарубіжного права різних часів, чинного кримінального і кримінально-процесуального законодавства, які містять певні правові інститути, що безпосередньо стосуються компромісного врегулювання кримінально-правового конфлікту. Вивчення історичного підґрунтя компромісу певним чином підсилює гіпотезу, що даний (мирний) варіант вирішення кримінально-правового конфлікту (злочину) є природним і притаманним цивілізованам системам права [21, 46-51].

Запровадженню спрощеного судового процесу в Україні передували певні дискусії науковців. Спершу

ще до прийняття діючого КК України, В. М. Тертишник пропонував передбачити в законі правило про те, що справи про злочини невеликої тяжкості закриваються за примиренням сторін при умові повного відшкодування матеріальної і компенсації моральної шкоди потерпілому [17, 500-501]. Але автор був проти запровадження так званої «угоди про визнання вини», яка набула поширення в США.

На думку В. Тертишника, угода про визнання вини (США) та мирова угода й дійове каяття – це різновиди правового компромісу. Але принципова різниця між угодою про визнання вини і мировою угодою та дійовим каяттям ось у чому. В першому випадку предметом угоди є питання факту – сама істина (визнання чи не визнання вини) та юридична кваліфікація дій особи, часто незалежно від доказів в справі та самої об'єктивної дійсності. Згідно юридичного компромісу на підставі мирової угоди злочин має бути розкрито, встановлення істини має бути безсумнівним (всі сумніви, якщо вичерпані можливості їх усунення, тлумачаться і вирішуються на користь обвинуваченого); має бути дана належна оцінка події злочину та здійснена правильна юридична кваліфікація дій обвинуваченого; відповіді на головні питання справи (чи мало місце діяння, у вчиненні якого обвинувачується підсудний, чи містить це діяння склад злочину і якою саме статтею кримінального закону він передбачений, чи вчинив це діяння підсудний, чи винний підсудний у вчиненні цього злочину) здійснюються беззаперечно лише на підставі доказів. Лише на цій основі, на основі встановленої об'єктивної істини та правильної юридичної оцінки скоєного злочину, коли вина особи у скоєнні злочину доказана, здійснюється компроміс щодо конкретного розв'язання справи з урахуванням тяжкості злочину, особистості обвинуваченого та пом'якшуючих відповідальність обставин. Такий компроміс здійснюється не відносно питань об'єктивної істини, а щодо інших обставин, які є умовами розв'язання справи без кримінального покарання обвинуваченого [16, 107-112].

Але законодавець визнав доцільним застосувати в нашому законодавстві інститут угоди щодо визнання винуватості.

В ст. 472 КПК України визначено, що «в угоді про визнання винуватості зазначаються її сторони, формулювання підозри чи обвинувачення та його правова кваліфікація з зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність, істотні для відповідного кримінального провадження обставини, беззастережне визнання підозрюваним чи обвинуваченим своєї винуватості у вчиненні кримінального правопорушення, обов'язки підозрюваного чи обвинуваченого щодо співпраці у викритті кримінального правопорушення, вчиненого іншою особою (якщо відповідні домовленості мали місце), узгоджене по-

карання та згода підозрюваного, обвинуваченого на його призначення або на призначення покарання та звільнення від його відбування з випробуванням, наслідки укладення та затвердження угоди».

Цей новий інститут тільки починає аналізуватись вченими. На користь запровадження даного інституту називаються такі аргументи: введення інституту угод відображає напрям розвитку кримінального процесу України щодо його подальшого скорочення і спрощення; такі зміни пов'язані з більшим спрямуванням Кодексу на розвиток процесу в напрямі його гуманізації, забезпечення змагальності та рівності сторін; Рекомендація № R (87)18 Комітету Міністрів Ради Європи стосовно спрощення кримінального правосуддя, зокрема, розглядає угоди як принципи та способи процесуальної економії; спрощення та скорочення процедури розгляду кримінальних справ, зменшення строків перебування осіб під вартою, заощадження коштів та часу, що витрачаються на розгляд кримінальної справи, позасудове вирішення конфліктних ситуацій, зменшення навантаження на суд та суддю [6, 962-968; 7, 328].

Угоди – це інститут кримінального процесу, спрямований на спрощення та скорочення процедури розгляду кримінальних справ, зменшення строків перебування осіб під вартою, заощадження коштів та часу, що витрачаються на розгляд кримінальної справи, позасудове вирішення конфліктних ситуацій, зменшення навантаження на суд та суддю [6, 967].

Угоду про визнання винуватості можна визначити як юридичну домовленість сторін обвинувачення (виключно прокурора та, безумовно, без участі потерпілого) та захисту (обвинуваченого або підсудного) щодо вирішення кримінальної справи на взаємовигідних умовах – визнання обвинуваченим своєї винуватості в обмін на узгоджену міру покарання, що визначена законом щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості тяжких злочинів, внаслідок яких шкода завдана лише державним чи суспільним інтересам (ч. 4 ст. 469 КПК).

Рекомендація № R (87)18 Комітету Міністрів Ради Європи стосовно спрощення кримінального правосуддя, зокрема, розглядає угоди як принципи та способи процесуальної економії, що мають такі загальні засади та риси:

- можливість дискреційного обвинувачення, тобто відмови чи одностороннього припинення кримінального переслідування, що поєднується з винесенням попередження або за умови вчинення підозрюваним певних дій;

- необхідність застосування спрощених процедур стосовно кримінальних правопорушень невеликої тяжкості та адміністративних проступків, що призводить до застосування матеріальних санкцій, певного

обмеження чи позбавлення прав і не передбачає позбавлення волі;

– можливість вирішення справ на основі так званого «позасудового урегулювання» (зокрема, шляхом мирових угод або угод щодо примирення без участі суду, укладених за участі відповідних спеціально створених органів кримінальної юстиції) як альтернатива можливому обвинуваченню по кримінальних справах та повному судовому розгляду цих справ;

– обов'язок застосування спрощених процедур у «простих» справах. Зокрема, це стосується справ, де порушника визначено, чітко відомі факти справи та санкції, що застосовуватимуться. Справу може бути вирішено шляхом письмової процедури без проведення повного судового розгляду та з винесенням рішення, що матиме силу вироку або постанови про накладення певної санкції (прикладом теж може слугувати «карний наказ» або угоди, як-от *transactie*, що набули поширення в країнах Бенілюксу). Особа, до якої застосовуватиметься спрощена процедура, погоджується на неї добровільно, розуміє її правові наслідки (за наявності правової допомоги), які повинні стосуватися виключно матеріальних санкцій або позбавлення певних прав;

– зобов'язання спрощення звичайних судових процедур шляхом розслідування до судового розгляду кримінальної справи або після судового розгляду, що включає у себе практику розгляду справ через процедуру клопотання про визнання винуватості, спрощення процедур у ході судового слухання справ (об'єднання кримінальних справ, слухання за відсутності обвинуваченого тощо), спрощення ведення судового засідання, посилення спеціалізації судових органів тощо.

Практика укладання угод в кримінальному провадженні неодноразово була предметом розгляду у Європейському суді з прав людини (справи «Ніколов проти Болгарії», «Бабар Ахмад та Інші проти Сполученого Королівства» та інші). ЄСПЛ зазначав, що саме по собі існування таких спрощених процедур не суперечить Конвенції з прав людини та практиці Європейського суду з прав людини, але наголосив на дотриманні умови – відповідність угоди фактичним обставинам справи.

Україні потрібна виважена процесуально-правова технологія, яка визначала б допустимі форми, чіткі умови і межі можливого закриття кримінального провадження на підставі досягнутих сторонами угод.

Висновки. На даному етапі становлення інституту провадження на підставі угод слід розвивати процесуальну форму закриття провадження за примиренням підозрюваного (обвинувачуваного) з потерпілим. Застосування інституту угоди про визнання вини слід застосовувати лише при доведеності вини, а само визнання вини розцінювати як позитивний виховний момент, обставину, що пом'якшує відповідальність, а в

сукупності з дійовим каяттям може бути і обставиною, що звільняє особу від відповідальності.

Перспективи подальшого дослідження проблеми вбачаються в розробці пропозицій щодо удосконалення процесуальної форми провадження на підставі угоди про визнання винуватості особи, розробці комплексу механізмів протидії проти судових помилок та зміцнення гарантій прав і свобод людини.

Література:

1. Верещак В. М. Судовий компроміс у кримінальному судочинстві / В. М. Верещак // Вісник Верховного Суду України. — 2000. — № 1. — С. 41—43.
2. Гайворонська І. Історичний розвиток мирного і компромісного вирішення кримінально-правових конфліктів на українських землях / І. Гайворонська // Юридична Україна. — 2008. — № 5. — С. 105.
3. Головка Л. В. Альтернативи уголовному преследованию в современном праве / Л. В. Головка. — СПб: Юридический центр Пресс, 2002. — 544 с. — С. 70.
4. Житний О. О. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям: монографія / О. О. Житний. — Харків, 2004.
5. Костін М. Щодо реалізації принципу з'ясування істини у кримінальному судочинстві / М. Костін // Право України. — 2004. — № 7. — С. 48-50.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / За заг. ред. професорів В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М.Є. Шумила. — Київ: Юстініан, 2012. — 1224 с.
7. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський [та ін.]; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, АВ. Портнова. — Т. 2. — Х.: Право, 2012. — 664 с.
8. Кримінальний процесуальний кодекс України: структурно-логічні схеми і таблиці, типові бланки та зразки процесуальних документів: науково-практичний посібник / Р. Г. Андреев, Є. М. Блажівський, М.І. Гошовський [та ін.]. — К.: Алерта, 2012. — 736 с.
9. Маляренко В. Т. Реформування кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: теорія, історія і практика: монографія / В. Т. Маляренко. — Київ: Ін Юре, 2004. — 544 с.
10. Мойсик В. УПК к прийняттю еще не готов / В. Мойсик // Юридическая практика. — 2004. — № 29. — С. 1-4.
11. Нескороджена Л. Л. Мировая угода та угода про визнання вини: можливість їх застосування в кримінальному процесі України / Л. Л. Нескороджена // Вісник Верховного Суду України. — 2001. — № 1. — С. 58—60.
12. Осипова Н. П. Компромис / Н. П. Осипова // Юридична енциклопедія. — Т. 3. — Київ: Українська енциклопедія ім. П. М. Бажана, 2001. — С. 196-197.
13. Парфило О. А. Кримінально-процесуальний компроміс — необхідність, продиктована часом / О. А. Парфило // Теорія та практика криміналістичного забезпечення розкриття та розслідування злочинів у сучасних умовах: тези доповідей міжн. наук.-практ. конференції. — Ч. 1. — Київ: Національна академія внутрішніх справ України, 2001. — С. 53-56.
14. Тертишник В. Без суду і слідства: гострі кути реформування кримінально-процесуального законодавства / В. Тертишник // Юридичний журнал. — 2004. — № 11. — С. 116-118.

15. Тертишник В. Гострі кути реформування кримінального процесу: сім раз... не для нас / В. Тертишник // Право і суспільство. — 2012. — № 1. — С. 259-262.
16. Тертишник В. Компроміс у кримінальному процесі / В. Тертишник // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 11. — С. 107-112.
17. Тертышник В. М. Уголовный процесс / В. М. Тертышник. — Изд. 3-е дополненное и переработанное. — Харьков, 2000. — С. 500-501.
18. Тертышник А. Судебная власть и судопроизводство / А. Тертышник // Юридическая практика. — 2004. — № 27. — С. 1-17.
19. Тертишник В. М. Кримінально-процесуальне право України: підручник / В. М. Тертишник. — 5-те вид., доп. і перероб. — К.: А. С. К., 2007.
20. Туркота С. Правовий компроміс у кримінальному судочинстві / С. Туркота // Право України. — 2001. — № 12. — С. 69-71.
21. Туркота С. Виникнення та розвиток правового компромісу: історичні передумови / С. Туркота // Право України. — 2002. — № 5. — С. 46-51.
22. Усатий Г. О. Кримінально-правовий компроміс / Г. О. Усатий. — Київ, 2001. — С. 3-128; Верещак В. М. Судовий компроміс у кримінальному судочинстві / В. М. Верещак // Вісник Верховного Суду України. — 2000. — № 1. — С. 41-43.

Добровольская О. Г. Становление и развитие института уголовного производства на основании соглашений

Аннотация. В статье анализируются проблемы становления и развития новой формы уголовного производства – производство на основании соглашения о примирении и признании вины. Раскрываются недостатки процессуальной формы данного производства и пути ее совершенствования.

Ключевые слова: процессуальная форма, сделка, признание вины, судопроизводство.

Dobrovolskaya O. Formation and development of the criminal proceedings on the basis of agreements

Summary. This article analyses the problems of formation and development of a new form of criminal proceedings, the proceedings on the basis of agreements on recognition of culpability. Procedural shortcomings are a form of proceedings and ways of its improvement.

Keywords: procedural form, agreement, acknowledgment of guilt, litigation.

*Галицкая О. К.,
старший преподаватель кафедры уголовного права,
процесса и криминалистики
Международного гуманитарного университета*

НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ СПЕЦИАЛЬНЫХ ЗНАНИЙ ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ ЗАГРЯЗНЕНИЯ ВОД

Аннотация: Статья посвящена проблемам использования специальных знаний при расследовании загрязнения вод. Рассмотрены понятия, задачи, объект и предмет экологической экспертизы, а также классификация иных экспертиз, которые проводятся по уголовному производству данного вида. Сформулированы отдельные предложения, направленные на улучшение практики использования специальных знаний при досудебном расследовании загрязнения вод.

Ключевые слова: специалист, экологическая экспертиза, объекты и предмет экспертизы.

Постановка проблемы. Неотъемлемым конституционным правом для каждого человека, является право на благоприятную окружающую среду. Государство берет на себе обязательство обеспечить экологическую безопасность, гарантирует гражданам право на безопасную для жизни и здоровья окружающую среду. Однако темпы развития промышленности, использования в сельском хозяйстве химикатов, низкая культура поддержания и охраны внешней среды, усложняющаяся обстановка в сфере охраны экологии приводит к опасным последствиям: к загрязнениям территории, вод, почвы, к массовой гибели животного и растительного мира – к необратимым последствиям для экосистемы, и создают реальную угрозу для экологической безопасности Украины, что в определенной степени зависит и от уровня выявления, прекращения, профилактики, раскрытия и расследования преступлений в данной сфере.

Экологические преступления, за некоторыми данными, в 90 % являются латентными, что свидетельствует о низком уровне борьбы с ними и в связи с чем представляют повышенную опасность. Такое состояние уровня противодействия этому виду преступлений не останавливает тенденцию к ухудшению окружающей среды, а последствия экологических преступлений влекут за собой разрушительный характер, в частности появляются новые заболевания среди населения, а некоторые из них неизлечимые, что приводит к увеличению смертности, снижается уровень деторождения. В связи с этим проблема противодействия экологическим преступлениям и, в частности, связанных с загрязнением вод, представляет как для правоохранительных органов, так и для науки приоритетное направление деятельности.

Анализ последних исследований. В криминалистической литературе многие вопросы, касающиеся использования специальных познаний на досудебном следствии, являются дискуссионными, в частности, вопросы о классификации экспертиз, назначаемых при расследовании экологических преступлений.

Изложение основного материала. В литературе бытует мнение о том, что при расследовании определенных видов преступлений назначаются «типичные судебные экспертизы». Применительно к экологическим преступлениям А. П. Резван классифицирует экспертизы следующим образом: 1) первая группа экспертиз разрешает вопросы, относящиеся к жизнедеятельности человека, животных, растений. При расследовании данной группы преступлений экспертным путем выясняют медико-биологические причины наступления вредных последствий для человека, животных, растительности, а также экосистемы водоема, состояния почвы, получают информацию об экологическом равновесии региона или угрозе его нарушения, причем исследуют следы и вещества биологического происхождения. К этим экспертизам относятся судебно-медицинская, биологическая, ихтиологическая, ветеринарная, санитарно-гигиеническая; 2) вторую группу экспертиз назначают для исследования вопросов технико-технологического состояния непосредственных источников вредного воздействия на природные объекты, качества строительства и монтажа технологического оборудования, установок и др. Сюда относятся технологические, строительные, гидротехнические, санитарно-технические экспертизы; 3) третью группу представляют экспертизы, производство которых связано с использованием следов, образовавшихся в результате изменения физических или химических свойств предметов, веществ промышленного происхождения. Это трасологические, физико-технические, химические экспертизы [1, 14-15] Данная классификация, отражает практически все виды экспертиз, назначаемых при расследовании экологических преступлений, и позволяет решать классификационные, идентификационные и диагностические задачи, однако на наш взгляд необходимо добавить еще одну группу судебных экспертиз, которые могут назначаться по криминальным производствам данной

категории, в частности: группа психологических и психиатрических экспертиз, связанных с изменениями в психике человека в связи с ухудшением экологической среды, например, в зоне Чернобыльской АЭС.

Основной задачей следователя для полного и быстрого расследования криминального загрязнения вод на первоначальном этапе расследования является фиксация последствий, сбор доказательств на месте происшествия. Для правильной оценки обстоятельств совершенного экологического преступления, следователю необходимо использовать специальные знания, привлекая для этого соответствующих специалистов, экспертов. В соответствии со ст. 71 КПК Украины специалист может быть привлечен для предоставления технической, консультативной помощи следователю.

Особенно важна помощь специалиста на момент осмотра места происшествия, в частности, следователь может привлечь работников санитарно-эпидемиологических учреждений, врачей-ветеринаров, ихтиологов, инспекторов госрыбнадзора, специалистов по эксплуатации водоочистных и канализационных устройств. Помощь специалиста необходима при отборе проб для исследования и установления вида и концентрации вредных веществ. К основным функциям специалистов относятся: консультация следователя по вопросам характера и размера ущерба, причиненного преступлением, содействию в изъятии и обеспечении сохранности различных проб и образцов при осмотре места происшествия, оказание помощи при изучении различных документов, в оценке действий должностных лиц ответственных за экологическую безопасность на производстве. Трудно переоценить помощь специалиста соответствующей квалификации при подготовке и назначении различного вида экспертиз, для консультации при оценке заключения эксперта.

При расследовании уголовных правонарушений данного вида очень важны на начальном этапе данные, связанные с установлением признаков преступления, которые позволяют внести эти сведения в Единый реестр досудебного расследования (ЕРДР) и начать досудебное следствие. Порой это невозможно без проведения экологических исследований и желателно в форме экспертизы. Закон запрещает проведение судебных экспертиз до внесения данных в ЕРДР и поэтому при наличии информации о признаках такого преступления сначала необходимо внести данные в реестр и только после этого осматривать место происшествия.

Практика расследования преступлений данного вида свидетельствует о том, что в силу изменчивости водной среды, в частности, из-за течения реки и из-за иных причин желателно провести экологическую экспертизу незамедлительно. При этом ее возможно провести на месте происшествия, в том числе параллельно с осмотром места события. В этой связи

приоритет в постановке вопроса о проведении экспертизы на месте происшествия принадлежит Б. М. Комаринцу. Автор не отрицал возможности экспертизы на месте происшествия, производимой позднее, через несколько дней после следственного осмотра, но подчеркивал, что она может оказаться затрудненной или безрезультатной [2, 21-22]. Представляется, что при расследовании преступлений, связанных с нарушением правил охраны окружающей среды при производстве работ, производство экспертизы на месте происшествия в ряде случаев просто необходимо, поскольку исследованию подлежит не один какой-либо предмет, а вся материальная обстановка, включающая большое количество следов; условия исследования необычные, нередко неблагоприятные – под дождем, сильным ветром; обстановка окружающей среды очень мобильна. В юридической литературе подобная постановка вопроса рассматривается, Г. Л. Грановский поддерживает мысль Б. М. Комаринца о том, что место происшествия должно быть объектом экспертизы в тех случаях, когда это необходимо. Здесь нельзя противопоставлять осмотр чего-либо и исследование, поскольку, как справедливо отметил В. И. Гончаренко, осмотр в гносеологическом плане является одним из методов исследования [3, 187].

Если же следователь выехал на место происшествия до внесения в ЕРДР данных о совершенном криминальном правонарушении, то основной его задачей для полного и быстрого расследования криминального загрязнения вод на первоначальном этапе расследования является фиксация последствий, сбор доказательств на месте происшествия. Для правильной оценки обстоятельств совершенного экологического преступления, следователю необходимо использовать специальные знания, привлекая для этого соответствующих специалистов, экспертов. В соответствии со ст. 71 КПК Украины специалист может быть привлечен для предоставления технической, консультативной помощи следователю [4].

В соответствии с результатами осмотра места происшествия и иной информации, если имеются основания, то данные вносятся в ЕРДР и в последующем успешное расследование преступлений данного вида не возможно без немедленного назначения экологической экспертизы. В соответствии со ст. 1 Закона Украины «Об экологической экспертизе» от 09.02.95 года экологическая экспертиза – вид научно-практической деятельности уполномоченных государственных органов, экологов-экспертных формирований и объединений, которая основывается на межотраслевом экологическом исследовании ... и направлена на подготовку заключений, связанных с обеспечением экологической безопасности. И среди важнейших задач экологической экспертизы названа «подготовка объективных, всесторонне обоснованных заключений».

В рамках данной статьи мы коснемся значения экологической экспертизы, а также вопросов, которые разрешает эта экспертиза при расследовании загрязнения вод. В первую очередь отметим, что экологическая экспертиза имеет свою историю возникновения, изучение которой позволяет сделать вывод о том, что еще во времена царской России уделялось большое внимание ответственности за нарушения правил строительства объектов, и способы нарушения этих правил находили свое отражение в законах, уставах, уложениях. Так, по Уложению о наказаниях уголовных и исправительных 1885, была предусмотрена ответственность «если кто учреждал завод, фабрику или мануфактуру, не имея по закону права на содержание таких заведений и не получив нужное на их учреждение свидетельств» [5, 18-20]. А в свидетельствах были оговорены соответствующие условия их строительства и эксплуатации в том числе и связанные с соблюдением правил экологической безопасности, направленные на сведение до минимума сбросов неочищенных вод в реки, озера и т. п.

При расследовании преступлений данного вида следователю необходимо знать, что осуществление экологической экспертизы является обязательной для всех видов деятельности и объектов, которые представляют повышенную экологическую опасность. Перечень видов деятельности и объектов, представляющих повышенную экологическую опасность устанавливается Кабинетом министров Украины. При подготовке документов для строительства таких объектов, предприятий проводится экологическая экспертиза. В соответствии со ст. 13 ЗУ «Об экологической экспертизе» основными задачами которой в соответствии со ст. 5 Закона Украины «Об экологической экспертизе» являются: определение степени экологического риска и безопасности запланированной или осуществляемой деятельности; организация комплексной научно-обоснованной оценки объекта экологической экспертизы; установление соответствия объекта экспертизы требованиям экологического законодательства; оценка влияния деятельности объекта экологической экспертизы на состояние окружающей природной среды и качество природных ресурсов. Таким образом, для открытия финансирования, планирования, строительства объектов хозяйственной и иной деятельности необходимо положительное заключение государственной экологической экспертизы.

При подготовке, назначении и проведении судебной экспертизы необходимо руководствоваться ст. ст. 69, 101, 102, 242, 243, 244, 245 УПК Украины, а также Законов Украины «О судебной экспертизе» [6] и «Об экологической экспертизе» [7]. Экспертиза назначается в зависимости от вида экологического преступления. В первую очередь, экспертиза призвана решать вопросы, касающиеся установления последствий загрязнения

воздуха, водоемов, почв и воды загрязненных отбросами коммунальных предприятий, а также нарушений правил охраны окружающей среды, расчета сумм причиненного ущерба окружающей среде, и возможностей предотвращения загрязнений. При преступном загрязнении вод назначается судебная экологическая экспертиза. Объектами исследования этой экспертизы являются: образцы воды, почвы, отобранные на месте преступления, образцы флоры и фауны (в том числе на микроуровнях), которые были поражены выбросами вредных веществ в водную среду, технические документы, технологические регламенты и т. п.

Экологическая экспертиза имеет комплексный характер и проводится, как правило, комиссией экспертов из различных областей знания (экологи, химики, биологи, судебные медики, ихтиологи и др. специалисты).

На разрешение экспертизы по преступлениям, связанным с загрязнением вод, выяснению подлежат такие типичные вопросы: какие экологические правила были нарушены, кто виновен в их нарушении; какие последствия наступили в результате нарушения правил, какой объект подвергся загрязнению, какой материальный ущерб причинен загрязнением или иным проявлением нарушения экологических правил, каков состав загрязняющего вещества, причины гибели или заболевания людей, водной фауны, флоры; была ли возможность предупредить загрязнение вод, а если да, то каким образом; превышает или нет уровень ПДВ и ПДК в конкретной местности; соответствует ли проект данного объекта нормам, правилам охраны окружающей среды; осуществлено ли строительство данного объекта в соответствии с существующими требованиями экологической безопасности т. д. Параллельно с экологической экспертизой могут проводиться и другие, в частности: судебно-медицинские, ихтиологические, почвоведческие, строительско-технические, гидротехнические.

Выводы. В завершение необходимо отметить, что расследование преступлений, связанных с загрязнением вод, сложный в познавательном плане вид деятельности, требующий познаний в различных отраслях знания. И следователю необходимо как можно шире использовать помощь специалиста, назначать соответствующие судебные экспертизы, в частности экологическую и иные типичные экспертизы, классификация которых требует дополнения такой группой как психологические и психиатрические судебные экспертизы. Также предлагается проводить судебно-экологическую экспертизу незамедлительно, а в отдельных, не терпящих отлагательства случаях, проводить ее параллельно с осмотром места происшествия, перед проведением которого при наличии оснований вводить данные в ЕРДР о признаках криминального загрязнения вод.

Литература:

1. Резван А. П. Теоретические вопросы подготовки и назначения экспертиз по делам об охране природы: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук / А. П. Резван. — М., 1980. — С. 14-15.
2. Комаринец Б. М. Участие экспертов-криминалистов в проведении следственных действий по особо опасным преступлениям против личности / Б. М. Комаринец // Теория и практика судебной экспертизы. — М., 1964. — С. 21-22.
3. Грановский Г. Л. Криминалистическая ситуационная экспертиза места происшествия / Г. Л. Грановский // Рефераты научных сообщений. — 1977. — Вып. 16. — С. 187.
4. Уголовный процессуальный кодекс Украины от 13.04.2012 // Ведомости Верховной Рады Украины. — 2013. — № 9-10, 11-12, 13. — Ст. 88.
5. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 / Сост. Л. М. Ротенберг. — Екатеринославль, 1901. — Гл. 14. Ст. 13, 46; 13, 47.
6. О судебной экспертизе: Закон Украины от 25.02.1994 // Ведомости Верховной Рады Украины. — 1994. — № 28. — Ст. 232; с последними изменениями от 17.05.2012 // Ведомости Верховной Рады Украины. — 2013. — № 14. — Ст. 89.
7. Про екологічну експертизу: Закон України от 09.12.1995 // Ведомости Верховной Рады Украины. — 1995. — № 8. — Ст. 54; с последними изменениями от 16.10.2012 // Ведомости Верховной Рады Украины. — 2012. — № 2-3. — Ст. 3.

Галицька О. К. Деякі особливості використання спеціальних знань під час розслідування забруднення вод

Анотація. Стаття присвячена проблемам використання спеціальних знань при розслідуванні забруднення вод. Розглянуті поняття, завдання, об'єкт та предмет екологічної експертизи, а також класифікація інших експертиз, які проводяться з кримінального провадження даного виду. Сформульовані окремі пропозиції, направлені на покращення практики використання спеціальних знань при досудовому розслідуванні забруднення вод.

Ключові слова: спеціаліст, екологічна експертиза, об'єкт та предмет експертизи.

Galickaya O. Some features of the use of special knowledge and investigation of water pollution

Summary. The article is devoted to the problems of using of special knowledge in the investigation of water pollution. The concepts, tasks, object and subject of the ecological expertise, and classification of other examinations, which are conducted for criminal proceeding of this kind are researched. The specific proposals aimed at improving the use of special knowledge in pre-trial investigation of water pollution were formulated.

Keywords: specialist, ecological expertise, object and subject of the expertise.

*Кулинич К. С.,
аспірант кафедри організації судових та правоохоронних органів
НУ «Одеська юридична академія»*

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ПРИЗНАЧЕННЯ СУДДІВ В КОНТЕКСТІ ПРОДОВЖЕННЯ СУДОВО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ (ІСТОРИКО-ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ)

Анотація. Стаття присвячена розгляду питань призначення суддів відповідно до проектів судово-правової реформи в Російській імперії, що відбулася у другій половині XIX ст., «Основних положень змін судової частини в Росії» 1862 р., статуту «Упорядження судових установ» 1864 р., в Радянській Україні та в сучасний період. Обґрунтовується можливість кардинальної зміни підходів до призначення суддів через перехід до виборчої системи.

Ключові слова: «Основні положення змін судової частини в Росії», статут «Упорядження судових установ», призначення суддів, обрання суддів, судді загальних місцевих судів, відповідальність суддів.

Постановка проблеми. Питання підходів до призначення суддів (членів судових місць в період Російської імперії, народних суддів та засідателів в радянський час) завжди відносилось до одного з найбільш дискусійних в юридичній науці. Зокрема, питання призначення суддів в своїх працях розглядали такі вітчизняні вчені, як: В. Городовенко, В. Долежан, А. Закалюк, С. Ківалов, В. Коваль, І. Коліушко, Р. Куйбіда, І. Назаров, М. Онішук, І. Самсін, О. Толочко, І. Федотов, М. Хавронюк, С. Штогун та ін. В світлі продовження триваючої судово-правової реформи в Україні, воно залишається **актуальним** і у сучасний період. Утвердження і забезпечення прав та свобод людини й громадянина, відповідно до статті 3 Конституції України, є головним обов'язком держави, а судова система та її посадові особи (судді) виступає найважливішим гарантом для їх виконання.

Метою статті є проведення історико-порівняльного аналізу концептуальних підходів до призначення суддів в Російській імперії, радянський та сучасний періоди для обґрунтування подальших шляхів реформування судової системи.

Викладення основного матеріалу. Призначення суддів відповідно до проектів судово-правової реформи в Російській імперії, «Основних положень змін судової частини в Росії» 1862 р. та статуту «Упорядження судових установ» 1864 р.

Напередодні судової реформи, здійсненої з ініціативи Російського Імператора Олександра II, почався пошук підходів до як найраціональнішого формування суддівського корпусу. Першим кроком до цього була розробка протягом 1861-1862 рр.,

спеціально створеною комісією [1, 94], до якої увійшли провідні юристи того часу, роботу якої фактично очолював С.І. Зарудний, «Основних положень змін судової частини в Росії», як програмного документу судової реформи 1864 р. [2]. Вони повністю увійшли до чотирьох статутів: «Упорядження судових установ», кримінального судочинства, цивільного судочинства та про покарання, що виносяться мировими суддями [3].

Відповідно до «Основних положень» судова система Російської імперії поділялася на *мирову юстицію*, що запроваджувалася, та *загальні судові місця*: окружні суди як суди першої інстанції, судові палати та Урядовуючий Сенат, які також суттєво видозмінювалися в порівнянні із системою, встановленою Зводом Законів в редакції 1857 р. – зменшувалася кількість судових інстанцій (усі справи по суті мали розглядатися лише в двох), ліквідовувалися станові суди, чіткіше розмежовувалася юрисдикція судів [5].

Згідно «Основних положень» система мирової юстиції створювалася на **виборних принципах**: *дільничні та почесні* мирові судді мали обиратися усіма станами на трирічний термін та затверджуватися Першим департаментом Сенату [2, ст. 13], а члени окружних судів, судових палат та сенатори **призначалися** Імператором [2, ст. ст. 23, 39, 46].

У період розробки та прийняття «Основних положень» виникла дискусія щодо підходів до призначення суддів, що детально розкривається в книзі «Судові Статуту 20 листопада 1864 р. з викладенням міркувань, на яких вони засновані» [4]. Розробники «Основних положень» виходили з того, що мирові судді, які найбільш наближені до населення, мають обиратися населенням, а всі інші судді – призначатися Імператором на підставі пропозиції Міністра юстиції. Їх опоненти дотримувалися іншої точки зору, відповідно до якої всі судді, окрім членів Сенату (сенаторів), повинні обиратися, проте лише на основі цензового підходу.

Ці протилежні концептуальні підходи, звичайно із урахуванням структури побудови сучасної судової системи України, не втратили актуальності й у теперішній час, тому пропонуємо їх розглянути.

Прихильники порядку призначення усіх суддів на основі виборів доводили переваги цієї системи

на підставі *теоретичної, практичної та історичної* точок зору.

Відповідно до *теоретичної*, суд може досягнути свого справжнього призначення лише у випадку, коли він користується довірою в державі, яка необхідна для загального спокою. Вона не може бути досягнута, якщо формування складу суду буде належати виключно до відома адміністративної влади, без будь-якої участі в цьому процесі населення.

Для пересічних громадян та суспільства в цілому закон має виражати зрозумілу думку для всіх та кожного. Точка зору, що будь-хто має право обирати собі місцевого керівника, суддю та ін. посадових осіб, є більш доступною, ніж та, що людина прислана здалеку, яка не знає ні місцевих умов, ні звичаїв, може бути гарним адміністратором чи справедливим суддею.

З *практичної* точки зору, вибори посадових осіб місцевими жителями є найкращим засобом, яким уряд може скористатися для обрання своїх органів та представників. Усі та всюди скаржаться на недостатність людей: виборне право є одним із дієвих способів ліквідувати цей недолік. Місцеве населення краще знає своїх сусідів, ніж керівники, які проживають у віддалених центрах та через це поставлені в таке становище, яке саме по собі є перепорою для того, щоб знати людей та зробити правильний вибір. Зазначалося, що в такій величезній державі неможливо одній посадовій особі призначати усіх членів окружних судів та судових палат. Для цього буде потрібно делегувати повноваження від міністра юстиції головам судових палат, що применшить значення суддів, які в очах народу повинні призначатися верховною державною владою. Голова судової палати, хоча й знаходиться ближче до місцевого населення, не буде спроможним призначати суддів в усіх окружних судах; а чим нижче передається право призначення суддів, тим більше втрачається їх значення. У таких випадках вибір кандидатів нерідко засновувався б не стільки на досягненні головної мети – обрання достойних людей, – скільки на сваволі, яка керується зовсім іншими мотивами та призводить до вельми невітшних наслідків [4, 14-15].

Після викладення цих двох точок зору (теоретичної та практичної) прихильники виборної системи робили висновки, що:

- 1) уряду, точніше особі (-ам) уповноваженій (-им) від нього, в будь-якому випадку важче знайти гідних людей на усі посади, надані до їх призначення, ніж обивателям кожної місцевості для свого округу;
- 2) уповноважені владою особи можуть при призначенні службових осіб, рівною мірою помилятися, як і місцеві жителі, але помилка виборців впаде на них самих, а помилка уряду – на саму владу, що значно послабить загальну довіру до неї.

З *історичної* точки зору в ході дискусії робилися посилення на те, що указом від 15 березня 1801 р.,

двома маніфестами від другого квітня 1801 р. та маніфестом від 6 грудня 1831 р., усі судді, в тому числі голови судових палат, призначалися на підставі виборів. Відповідно до вказаних актів, доводилося, що виборне право, як і будь-яке інше, не може бути скасоване [4, 16].

Крім переваг, прихильники виборної системи призначення усіх посадових осіб суддівського відомства вбачили в системі, встановленій Зводом Законів в редакції 1857 р. [5], й певні недоліки, зокрема: наявність станових привілеїв та строковість виборної служби, яка тягне за собою залежність суддів від виборців, що є несумісним із суддівською гідністю (прим. авт. – незалежністю). Цей недолік, на їх думку, можливо було усунути скасуванням строкової служби на підставі виборів: щоб обрані особи, так само як і ті, що призначені урядом, не змінювалися після закінчення певного часу, а продовжували проходити суддівську кар'єру та мали б право на заняття вищих посад по суддівському відомству.

Вони підкреслювали недосконалість строкової служби. **По-перше**, обрані на певний термін судді почувують вдячність до виборців та бажають забезпечити своє обрання на наступний період, тому намагаються уникати жорстких та непопулярних рішень; **по-друге**, тимчасові судді не можуть набути достатнього досвіду для належного відправлення правосуддя; **по-третє**, щоб підготувати себе до заняття суддівської посади потрібна тривала та наполеглива праця з вивчення права, якщо ж кандидат на таку посаду знає, що суддівська кар'єра є нетривкою, то він не буде витратити стільки зусиль на заняття посади по суддівському відомству.

На підставі викладених міркувань прихильники діючої системи пропонували прийняти наступні принципи для реформування судової системи:

- 1) мирові судді, а також судді окружних судів та судових палат призначаються на підставі виборів, в яких беруть участь усі стани;
- 2) для участі у виборах виборець має володіти в окрузі не менш, як 300 десятинами землі (встановлювався майновий ценз);
- 3) кожному стану мало надавалося право обирати осіб, які належали до інших станів;
- 4) члени усіх судових місць та особи, що знаходилися при судових місцях [2]: прокурори, секретарі, судові пристави та нотаріуси – мали призначатися урядом [4, 18].

«Не дивлячись на те, що вищевикладені аргументи здаються обґрунтованими, запропоновані принципи не можуть бути прийнятими», – зазначали члени комісії. Якщо судді будуть обиратися один раз на все життя, а не на певний строк, – то така зміна виборчого права повністю нівелює його. Виборча система, на їх думку, має значення за умови, що обрані особи залишаються на посадах доти, поки користуються довірою суспільства; щоб вибори проводилися на певний строк,

по сплину якого виборці б мали змогу змінити осіб, які не виправдали їх довіри, та призначити інших [4, 20].

Виборче право не закріпилося в тогочасному судоустрої країн Західної Європи, де вже тоді існували думки щодо неможливості поєднати виборчу систему з принципом незмінюваності суддів, який забезпечує, що посади по судовому відомству займають достойні особи та гарантує самостійність суддів [4, 21].

Укладачі Статутів зазначали: «важко погодитися з думкою, що суспільство має більше можливості для обрання гідних суддів, ніж уряд. Так як планується об'єднати декілька повітів в один округ, та декілька губерній в одну область, проведення загальних виборів по округам та областям буде заплутаною та складною справою».

Вони підсумовували, що вибори не можуть відбуватися з приводу кожної вакансії, що відкривається в судовій частині, а мають проводитися в певні, встановлені законом строки.

При виборній системі моральна відповідальність за вибір негідних суддів, падаючи на всю сукупність виборців, розподіляється так, що робиться мізерною: кожний виборець скидає свою провину на інших; у зв'язку з чим, можна дійти висновку, зазначали автори «Основних положень», що виборча система надає не більше, а менше засобів для обрання осіб, достойних звання судді.

Що ж до історичних підстав, зазначали вони, то «ніякі установи не можуть бути незмінними на вічні часи, оскільки в самому їх призначенні задовольняти сучасні вимоги держави, полягає належна підстава до їх зміни відповідно до виникаючих нових умов та суспільних процесів» [4, 21].

Врешті-решт, законодавці: Державна Рада та Імператор, – підтримали позицію авторів «Основних положень» та встановили, що мирові судді призначаються на підставі виборів, а судді загальних судових місць й усі інші чини суддівського відомства – урядом [2].

Підходи до призначення суддів в радянський період. В Українській РСР діяв принцип «виборності суддів і народних засідателів», який закріплювався в ст. 150 Конституції УРСР [6] та ст. 8 Закону «Про судоустрій України» [7]. Судді районних (міських) народних судів обиралися громадянами району (міста) строком на п'ять років. У 1988 р. цей порядок було змінено [8] й судді почали обиратися місцевими (районними і обласними) радами. Суттєвим недоліком цього стала залежність суддів від місцевих рад народних депутатів, які могли використовувати різноманітні важелі впливу на них при розгляді деяких справ. Крім того, збереглася залежність суддів від партійних комітетів відповідних рівнів, зокрема суддів районних судів – від міських, районних комітетів КПУ та їх секретарів.

Судді вищестоящих судів обиралися відповідними Радами народних депутатів строком на п'ять років [7, ст. ст. 29, 41].

Законом «Про статус суддів в СРСР» 1989 р. строк повноважень усіх суддів був збільшений вдвічі [9, ст. 10].

Декларувалося, що судді і народні засідателі відповідають перед виборцями або органами, які їх обрали, звітують перед ними й можуть бути ними відкликані у встановленому порядку, що було одним з чинників тиску на суддів в той період. Дане питання регулювалося Законом «Про порядок відкликання народних суддів і народних засідателів районних (міських) народних судів Української РСР» [10], де зазначалися підстави, ініціатори та механізм відкликання суддів.

Цей порядок носив штучний характер, оскільки в реальному житті судді призначались рішенням партійних комітетів міського і районного рівня з грифом «таємно», а згодом затверджувалися шляхом вкидання бюлетенів, в яких проставлялось прізвище лише одного кандидата. Позитивною його рисою було те, що судді певною мірою відчували свою відповідальність перед громадянами. Це зрештою також сприяло підвищенню їх авторитету в суспільстві.

На практиці випадків, коли проводилося головування з ціллю відкликання виборцями суддів чи відкликання їх місцевими радами практично не було. Ці норми закону носили формальний характер. Більш реальним способом позбавитися суддів, які порушували свій професійний обов'язок було виключення їх з партії, що автоматично тягнуло за собою звільнення їх з посад Президією Верховної Ради УРСР, якщо вони самостійно не подавали заяву про звільнення [11, ст. 6].

Таким чином, існуючий в Радянській Україні, як і в цілому в Союзі РСР, порядок формування суддівського корпусу важко було назвати прозорим, а від так і демократичним.

Підходи до призначення суддів в суверенній Україні. Можливість обрання суддів була передбачена Концепцією судово-правової реформи 1992 р. [12]. В ній зазначалося, що судді незмінювані та обираються Верховною Радою України безстроково. Вперше призначаються (обираються) судді строком на 5 років.

Цей порядок згодом було закріплено у чинній Конституції України. Стаття 128 Основного закону регламентує, що перше призначення на посаду професійного судді строком на п'ять років здійснюється Президентом України, а обрання суддів безстроково – Верховною Радою України [13].

Фактично, як відзначається в науковій літературі, цей порядок не можна вважати обранням, оскільки обрання на посаду завжди пов'язано з альтернативністю претендентів, коли обирається найкраща кандидатура із запропонованих [14, 8]. В даному разі ніякої

альтернативності не існує, оскільки на одну посаду судді пропонується одна кандидатура, яку парламент може схвалити або відхилити. Сучасним законодавством навіть не передбачена можливість обговорення кандидатур, тому вся ця процедура носить формальний характер.

Проте трапляються випадки, коли певна частина депутатів намагаються забракувати окремі кандидатури із політичних причин або через суб'єктивне невдоволення діяльністю того чи іншого судді.

По суті, має місце не обрання суддів, а їх призначення парламентом шляхом голосування по одній кандидатурі.

Парламентська Асамблея Ради Європи в п. 6.2 резолюції «Функціонування демократичних інституцій в Україні» у зв'язку з цим зазначила, що «поточна процедура призначення суддів підриває незалежність всієї судової системи, та закликала скасувати, або принаймні скоротити, п'ятирічний випробувальний термін для суддів, а також усунути Верховну Раду з процесу їх призначення» [15].

Останнім часом висловлюються пропозиції щодо обрання суддів населенням, зокрема з боку Голови Комітету з питань верховенства права та правосуддя Верховної Ради України академіка С. В. Ківалова [16; 17]. У своїх пропозиціях, які на нашу думку заслуговують на увагу законодавців, С. В. Ківалов спирається як на історичний досвід, так і на сучасний досвід деяких демократичних країн, зокрема США і Швейцарії.

В необхідності запровадження процедури виборності суддів переконує досвід США, де майже в половині штатів існує система обрання окружних суддів населенням. Спроби переглянути цю систему або відмовитися від неї не діставали підтримки населення.

Громадою у США обирають багатьох посадовців, починаючи від губернатора, законодавців, мера і завершуючи суддями, керівниками управлінь освіти чи навіть управління кладовищами. Пересічні громадяни залучаються як присяжні до вирішення значної кількості справ – і не лише кримінальних, а й цивільних. Все це сприяє високому рівню довіри громадян до влади, зокрема, судової [18, 5].

Існують два підходи до запровадження системи виборності суддів загальних судів в Україні. Перший варіант стосується суддів місцевих загальних судів: районних, районних у містах, міських та міськрайонних судів, які в сучасних умовах знаходяться ближче за все до своїх виборців, які знають їх якнайкраще та можуть робити висновки щодо ділових та моральних якостей кандидатів у судді. Поширення цього порядку на суддів місцевих спеціалізованих судів – окружних адміністративних та місцевих господарських – було б недоцільним, оскільки вони діють у межах не районів, а регіонів і контакти з майбутніми

виборцями були б надто ускладнені. Це призвело б до того, що виборці змушені були б голосувати за осіб, про яких вони практично нічого не знають.

Що стосується суддів місцевих загальних судів, то вони, навпаки, можуть і повинні постійно спілкуватися з жителями міст і районів. Якщо вони будуть обрані, то можна було б запровадити їх періодичну звітність за результати роботи. Ці норми аж ніяк не зменшать рівень незалежності суддів і водночас підвищать рівень їх відповідальності перед народом за свою діяльність, особливо якщо в законі буде передбачена можливість відкликання суддів з ініціативи певної кількості виборців. В сучасних умовах такий варіант, на мою думку, є найприйнятнішим.

Проте існує й інший варіант – запровадження в Україні інституту мирових суддів [19; 20]. Варто в рамках історико-порівняльного аналізу ще раз згадати, що інститут мирових суддів існував в Російській імперії, до складу якої входила більша частина України, за результатами судової реформи 1864 р., при цьому мирові судді обиралися населенням. До компетенції мирових судів відносився розгляд справ, які не викликали особливої складності з точки зору застосування законодавства [2]. Це дозволяло значно розвантажити окружні суди та зосередитися на розгляді найважливіших справ.

З 1998 р. інститут мирових суддів відновлено у Російській Федерації [21], де вони зараз розглядають близько 80 % справ, які раніше розглядалися районними судами. В частині суб'єктів РФ мирові судді обираються або населенням відповідних територій, або місцевими представницькими органами.

Висновки. Вважаємо, що, враховуючи вітчизняний історичний досвід, а також досвід демократичних держав, в перспективі інститут мирової юстиції в тому чи іншому вигляді можна буде запровадити і в Україні, проте це, фактично, створить ще одну судову інстанцію та перетворить судову систему з трьохрівневої на чотирьохрівневу, що створило б додаткові організаційно-фінансові труднощі та проблеми. Тому більш прийнятним на даний час є, очевидно, реформування порядку формування місцевих загальних судів шляхом виборів.

Література:

1. Коротких М. Г. Самодержавие и судебная реформа 1864 года в России / М. Г. Коротких. — Воронеж: Издательство Воронежского ун-та, 1989. — 185 с.
2. Основные положения преобразования судебной части в России. — Москва: Типография В. Готье, 1863. — 111 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.prlib.ru/Lib/pages/item.aspx?itemid=8513>
3. Судебные Уставы 20 ноября 1864 года. — С.-Петербург: Тип. Правительствующаго Сената, 1864. — 454 с.
4. Судебные уставы 20 ноября 1864 года с изложением рассуждений, на коих они основаны. — Ч. 3. — 2-е

- изд., доп. — С.-Пб.: Тип. 2 Отд. собств. Е. И. В. канцелярии, 1867. — 289 с
5. Сводъ законовъ Россійской имперіи. — Томъ десятый. Часть II. Законы о судопроизводстве и взысканіяхъ гражданскихъ. — Тип. Второго Отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии. — СПб, 1857. — 525 с.
 6. Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки, прийнята на позачерговій сьомій сесії Верховної Ради УРСР дев'ятого скликання 20 квітня 1978 р. (в редакції від 20.04.1978 р.) // Відомості Верховної Ради УРСР від 11.07.1978 р., № 18, стаття 268.
 7. Про судоустрій України: Закон Української РСР від 05.06.1981 р. № 2022-X // Відомості Верховної Ради УРСР від 16.06.1981. — № 24, стаття 357.
 8. Про зміни та доповнення Конституції (Основного Закону) СРСР: Закон СРСР від 01.12.1988 N 9853-XI // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://pravo.lvovonevsky.org/baza/soviet/sssrl441.htm>
 9. Джаншиев Г. А. Эпоха великих реформ / Г. А. Джаншиев. — Том 1. — М.: Территория будущего, 2008. — (Серия Университетская библиотека Александра Погорельского). — 480 с.
 10. Про порядок відкриття народних суддів і народних засідателів районних (міських) народних судів Української РСР: Закон від 05.06.1981 р. № 2024-X // Президія Верховної Ради. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T812024.html
 11. Про статус суддів в СРСР: Закон Союзу РСР від 04.08.1989 № 328-I. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0328400-89>
 12. Про Концепцію судово-правової реформи в Україні: Постанова Верховної Ради України від 28 квітня 1992 року // Голос України від 12.08.1992 р.
 13. Конституція України, прийнята на 5 сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141 (зі змінами та доповненнями).
 14. Долежан В. В. За чисті мантії. Вибірність суддів: панацея від зла чи елемент передвиборних технологій? / В. В. Долежан // Закон і бізнес. — 2007. — 15-21 вересня (№ 37). — С. 8.
 15. Резолюція 1862 (2012) Парламентської Асамблеї Ради Європи «Функціонування демократичних інституцій в Україні» 26 січня 2012 року. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://constituanta.blogspot.com/2012/02/1862-2012-2012.html>
 16. Кивалов С. В. От идеи выбирать судей никто не отказывался / С. В. Кивалов. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.peoples.ru/state/lawyers/sergey_kivalov/interview.html
 17. Сергей Кивалов обещает Украине выборность судей. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://timer.od.ua/news/kivalov_obeschaet_vibornost_sudey_511.html
 18. Куйбіда Р. Добір суддів: призначення чи вибори? / Р. Куйбіда // Юридичний вісник України. — 29 липня — 4 серпня (№ 30). — С. 1, 5.
 19. Хавронюк М.І. Чи потрібні Україні мирові суди? / М.І. Хавронюк, С. Ф. Мироненко [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.viaduk.net/clients/vs.nsf/0/605949BF98DAD31FC22575C8004FD3FE?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=605949BF98DAD31FC22575C8004FD3FE&Count=500&>
 20. Про мирових суддів територіальних громад: Проект закону, зареєстрованому у Верховній Раді України 10 жовтня 2008 р. за № 3291. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=33557
 21. О мировых судьях в Российской Федерации: Федеральный Закон от 17.12.1998 № 188-ФЗ (принят ГД ФС РФ 11.11.1998). [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.lawrussia.ru/texts/legal_712/doc712a850x844.htm

Кулинич К. С. Концептуальные подходы к назначению судей в контексте продолжения судебно-правовой реформы в Украине (историко-правовой анализ)

Аннотация. Статья посвящена рассмотрению вопросов назначения судей в соответствии с проектами судебно-правовой реформы в Российской империи, которая состоялась во второй половине XIX в., «Основным положением преобразования судебной части в России» 1862 г., уставу «Учреждение судебных установлений» 1864 г., в Советской Украине и в современный период. Обосновывается возможность кардинальных изменений подходов к назначению судей через переход к избирательной системе.

Ключевые слова: «Основные положения преобразования судебной части в России», устав «Учреждение судебных установлений», назначение судей, избрание судей, судьи общих местных судов, ответственность судей.

Kulinich K. S. Conceptual approaches to the appointment of judges in the context of continuation of judicial and legal reform in Ukraine (historical and comparative analysis)

Summary. The article devoted to the appointment of judges in accordance with the projects of judicial reform in the Russian Empire, which took place in the second half of the nineteenth century., to the «Main Provisions of judicial changes» in 1862, the statute «Ordering of the judicial institutions» in 1864, in Soviet Ukraine and in modern times. The possibility of a fundamental changes in approach to the appointment of judges through the transition to the electoral system suggested.

Keywords: «Main Provisions of Judicial Changes», statute «Ordering of the judicial institutions», appointment of judges, election of judges, judges of General local courts, responsibility of judges.

*Кривченко О. В.,**викладач кафедри організації розслідування злочинів
Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*

ВИКОРИСТАННЯ МОЖЛИВОСТЕЙ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ ТА ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВИХ ЗАХОДІВ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З ДТП

Анотація. У статті визначені основні теоретичні та практичні аспекти щодо використання можливостей негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів при розслідуванні злочинів, пов'язаних з дорожньо-транспортними пригодами. Автором наведено вичерпне коло обставин, за яких можливо їх провадити, та здійснено порівняльну характеристику цих категорій.

Ключові слова: негласні слідчі (розшукові) дії, оперативно-розшукові заходи, оперативно-розшукова справа, дорожньо-транспортної пригода.

Постановка проблеми. Прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), що вступив в законну силу 19 листопада 2012 року, повністю змінив парадигму вітчизняного кримінального судочинства. Новації відбулись практично у всіх сферах кримінальної юстиції. Вагомим нововведенням є запровадження негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД) як додаткового способу збирання доказів стороною обвинувачення. Таким чином, у слідчих відкриваються безпрецедентні можливості при розслідуванні злочинів, пов'язаних із порушенням правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспортних засобів, що сприяє як отриманню нових фактичних даних, так і перевірці раніше зібраних. Безперечно, такий підхід є важливим напрямом загальнодержавної стратегії боротьби з правопорушеннями у сфері безпеки дорожнього руху. Адже не притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які зникли з місця дорожньо-транспортної пригоди (далі – ДТП) або переходять від правоохоронних органів, чи просто не спроможність доведення їх причетності внаслідок неналежного розслідування, безпосередньо впливає на поширення цих негативних явищ, кількість яких досягла і так вражаючих масштабів. Лише за 10 місяців 2012 року за показниками роботи МВС України в ДТП загинуло 4 104 особи, травмовано понад 31 тисячу, тоді як торік за цей же час загинуло 3838, а було травмовано 30833. І, найголовніше, станом на 20 листопада 2012 року в ОВС залишок нерозкритих злочинів, пов'язаних з ДТП зі смертельними наслідками, становив 5926 кримінальних проваджень, а з 1 січня 2012 року по вказаний період 388 з них були закриті по закінченню строків давності [1]. Тому питання щодо використання можливостей НСРД та

ОРД при розслідуванні кримінальних проваджень про порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспортних засобів набуває неабиякої актуальності. Разом з тим, як слушно зауважив М. Шилін, із запровадженням інституту НСРД, утворилася доволі цікава і заплутана ситуація та виникає справедливе запитання: у чому полягає різниця між НСРД та оперативно-розшуковими заходами? Адже суб'єктами проведення оперативно-розшукових заходів і НСРД виступають фактично, за винятком розвідувальних органів, одні й ті самі державні інституції [2, 59].

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Окремі питання, що стосуються розслідування злочинів про порушення правил безпеки дорожнього руху та експлуатації транспортних засобів викладені в працях М. Г. Богатирьова, В. І. Жульова, Б. Л. Зотова, М. П. Зуєва, В. А. Мисливого, С. Г. Новікова, В. К. Стринжі та інших вчених. Були захищені кандидатські дисертації П. П. Луцюка [3], М. П. Климчука [4], П. С. Луцюка [5]. Проте, наведені праці досліджувались у відповідності з КПК 1961 року, у яких з об'єктивних причин не враховані можливості використання НСРД у кримінальних провадженнях зазначеної категорії.

Свою позицію стосовно порівняльного аналізу НСРД і ОРД висловили чимало вітчизняних теоретиків та практиків. На сьогодні є непоодинокі публікації у фахових виданнях, збірниках доповідей конференцій, присвячених досліджуваній тематиці, зокрема, О. В. Говоров, окреслив позитивні і негативні наслідки використання негласних способів збору доказів, передбачених у новому КПК України [6], І. І. Мусієнко та С. О. Гриненко прокоментували положення Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» і Кримінального процесуального закону 2012 року, що стосуються права оперативних підрозділів та слідчих проводити, відповідно, оперативно-розшукові заходи (далі – ОРЗ) та НСРД [7], Є. Д. Скулиш дав загальну оцінку і детально прокоментував окремі положення нового кримінального процесуального законодавства, що стосуються НСРД [8]. В. І. Фаринник охарактеризував розвиток правового регулювання збирання доказів шляхом проведення НСРД за новим КПК України [9]. Дослідили витоки поняття спеціальна діяльність правоохоронних органів як єдиного закону про спеці-

альну діяльність правоохоронних органів, що здійснюється під час НСРД І. В. Сервецький, О. М. Юрченко та В. В. Редька [10, 11]. У свою чергу І. І. Когутич проаналізував окремі положення КПК України щодо НСРД, запевнивши, що розширення системи слідчих дій об'єктивно обумовлено потребами спрощення досудового розслідування, усунення дублювання у ході виявлення та фіксації належних фактичних відомостей, та надання їх суду [12]. В. О. Глушков та О. А. Білічак провели порівняльно-правовий аналіз законодавства України, що встановлює порядок проведення інтрузивних ОРЗ та НСРД, проаналізувавши при цьому значення практики Європейського суду з прав людини для їх нормативно-правової регламентації [13]. Проте, не переменшуючи наукові здобутки вітчизняних вчених, питання щодо використання можливостей НСРД і ОРД в ході розслідування злочинів, пов'язаних з ДТП, ніким із вітчизняних авторів розглянуті так і не були. Тому вирішення існуючих проблем у цьому контексті має надзвичайно важливе значення.

Мета статті полягає у визначенні основних теоретичних та практичних аспектів щодо використання можливостей проведення негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів при розслідуванні злочинів, пов'язаних з ДТП.

Викладення основного матеріалу. Щоб розкрити ці дискусійні питання, спершу необхідно визначити основні поняття, які стосуються досліджуваної проблеми. Так, згідно зі ст. 246 КПК України НСРД – це різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених КПК України [14]. У свою чергу, стаття 2 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» зазначено, що: «Оперативно-розшукова діяльність – це система гласних і негласних пошукових, розвідувальних та контррозвідувальних заходів, що здійснюються із застосуванням оперативних та оперативно-технічних засобів» [15].

Водночас, пункт 1 статті 6 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» підставами для проведення ОРД, є наявність достатньої інформації, одержаної в установленому Законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів, про: злочини, що готуються; осіб, які готують вчинення злочину. Між іншим, в Інструкції «Про організацію взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами внутрішніх справ у попередженні, виявленні та розслідуванні кримінальних правопорушень», затвердженої наказом МВС України від 14 серпня 2012 року № 700 в пункті 3.1 передбачено, що ведення оперативними підрозділами оперативно-розшукової справи (далі – ОРС) провадиться щодо осіб, стосовно яких є дані про участь у підготовці до вчинення злочину, підслідного слідчим органів внутрішніх справ [16].

Таким чином, на наш погляд, головна відмінність НСРД та ОРД, полягає в тому, що ОРД проводиться за наявності достатньої інформації, одержаної в установленому Законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів щодо злочинів, що готуються, та осіб, які готують вчинення злочину, а НСРД – в межах кримінального провадження як вид слідчої (розшукової) дії, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб.

У кримінальних провадженнях про порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспортних засобів НСРД можуть проводитись для: встановлення особи водія, який керував транспортним засобом та вчинив ДТП, а потім зник з місця події; знайдення знарядь злочину (транспортного засобу) або особи злочинця, який зник з місця пригоди або переховується від слідства; затримання особи, якій було вручено повідомлення про підозру за вчинення злочину, передбаченого статтею 286 КК України, та оголошено в розшук; виявлення, вилучення та фіксації речових доказів, документів та слідів злочину, які мають значення для розслідування ДТП; для встановлення додаткових очевидців (свідків) та постраждалих (потерпілих) в результаті ДТП; для ідентифікації транспортного засобу за його індивідуальними та родовими ознаками; виявлення обставин, що вказують на інсценювання або приховування факту ДТП; встановлення місцезнаходження трупу (у ДТП зі смертельними наслідками) та місця його заховання, якщо тіло загиблого було переміщено в інше місце; документування фактів протидії розслідуванню.

При встановленні особи водія, причетного до ДТП, слід орієнтуватись на таку процесуальну дію як *установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу зв'язку* (Стаття 268 КПК). Цей вид НСРД дає змогу, за допомогою спеціальних технічних засобів, локалізувати місцезнаходження радіоелектронного засобу, у тому числі мобільного терміналу (мобільного телефону, комп'ютерної техніки, у якій активовано та налаштовано 3G (third generation) або 4G (fourth generation) зв'язок), систем зв'язку, та інших радіовипромінювальних пристроїв, активованих у мережах операторів рухомого (мобільного) зв'язку, або пристрої з функцією GPS – навігації (Global Positioning System – система глобального позиціонування).

Використання можливостей цієї НСРД доречно у більшості із наведених ситуацій, адже в умовах бурхливого розвитку електрозв'язку відбуваються постійні кількісні і якісні зміни засобів і послуг мобільних телекомунікацій. В даний час практично мобільні пристрої зв'язку можуть знаходитися, як в кожному транспортному засобі, так і поблизу нього в момент ДТП. Потенційними джерелами криміналістично значущої інформації у цьому випадку є засоби мобільного зв'язку та навігації, зокрема: мобільні телефони,

смартфони, навігаційні пристрої GPS, супутникові протиугінні системи GPS або модуль GSM (Group Special Mobile), який виконує ті ж самі функції, але через мережу мобільного зв'язку, ноутбуки або планшетні комп'ютери (Tablet computer) або електронний планшет), які активовані та підтримують налаштування 3G та 4G зв'язку. Таким чином, у процесі функціонування мобільного зв'язку беруть участь мобільні пристрої, мережа базових станцій і комутатор. Для використання інформації, що міститься в цих засобах, в діяльності по розкриттю і розслідуванню ДТП необхідно актуалізувати, створити умови для сприйняття слідчим або оперативним працівником. Зі всієї безлічі інформаційних сигналів мають бути виділені, перш за все ті, які містять інформацію, що може згодом виступати доказами у кримінальному провадженні.

Наступну групу складає інформація, що міститься в операційно-інформаційних системах, центрах комутації і надається оператором стільникового зв'язку. Вона включає: довідкові відомості: настановні дані абонента (прізвище, ім'я, по батькові, паспортні дані, адреса місця проживання), що встановлюються по номеру телефону; IMEI-код (International Mobile Equipment Identity), що визначається по номеру телефону; номер телефону за настановними даними особи; конфіденційні дані (білінг): протокол з'єднань фіксованого номеру абонента за певний період часу; протокол з'єднань абонентів оператора зв'язку через конкретну базову станцію за певний період часу; дані про місцезнаходження абонента або апарату мобільного зв'язку в зоні дії базової станції даного оператора стільникового зв'язку в указаний час (ці відомості дозволяють встановити місцезнаходження абонента, що дзвонив або отримав вхідний дзвінок в час, що цікавить слідство); протокол з'єднань абонента з фіксованим IMEI-кодом телефонного апарату за певний період часу; номер і настановні дані абонента по IMEI-коду телефону; IMEI-код тощо. Такі заходи доречно проводити з метою встановлення особи водія, який керував транспортним засобом та вчинив ДТП, та зник з місця події [17].

Обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи доцільно проводити (стаття 267 КПК України) для виявлення, фіксації, виготовлення копій чи отримання зразків для дослідження. При розслідуванні ДТП ця НСРД надає змогу: встановити характер пошкодження транспортного засобу, який ретельно переховується злочинцем; одержати залишки біологічного походження, тканини, лакофарбового покриття з кузова автомобіля (в залежності від конкретної слідчої ситуації, це можливо здійснити в межах проведення негласного отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (стаття 274 КПК України); завантажити та скопіювати інформацію, яка зберігається в відео-регістраторі авто; знайдення та затримання особи, яка розшукується тощо.

Аудіо-, відеоконтроль місця (стаття 270 КПК України) та *спостереження за особою, річчю або місцем* (стаття 269 КПК України) доцільно проводити у розшукових цілях, зокрема, для ідентифікації або встановлення місцезнаходження транспортного засобу, виявлення фактів знищення чи приховування слідів злочину тощо.

Накладення арешту на кореспонденцію, її огляд і виймка (статті 261 та 262 КПК України), а також *зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж або електронних інформаційних систем* (статті 263 та 264 КПК України) у кримінальних провадженнях про ДТП можуть проводитись як в пошукових цілях, так і для документування фактів протидії розслідуванню та виявлення обставин, що свідчать про інсценювання або приховування події злочину. Для досягнення наведеної мети не виключається можливість використання *конфіденційного співробітництва* у порядку, визначеному статтею 275 КПК України [14], Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» [15], Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні № 114/1042/516/1199/936/1687/5 від 16 листопада 2012 року [18] та іншим відомчими нормативно-правовими актами.

І, насамкінець, слід зауважити, що при наявності достатньої інформації, одержаної в установленому Законом порядку, про готування вчинення злочинів, пов'язаних з ухиленням від кримінальної відповідальності за вчинення ДТП, з метою проведення перевірки оперативні підрозділи заводять оперативно-розшукову справу (далі – ОРС).

У контексті зазначеного слід окреслити вичерпне коло кримінальних правопорушень, за яких можливо проводити ОРС: спроба підроблення документів (квитків, довідок, журналів запису приймання громадян тощо) для забезпечення алібі про неймовірність свого перебування на місці події в момент ДТП (стаття 358 КК України); замах на давання хабара посадовим особам за непритягнення їх до кримінальної відповідальності (стаття 369 КК України); завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину, зокрема незаконного заволодіння транспортним засобом для того, щоб переконати слідство, що нібито автомобілем керував не його власник, а «псевдо-викрадач», тим самим намагались приховати факт своєї причетності до вчиненого кримінального правопорушення (стаття 383 КК України); завідомо неправдиве показання свідків, які цілеспрямовано вводять в оману слідчого для спотворення фактичних обставин про ДТП (стаття 384 КК України); намагання з боку незацікавлених осіб перешкодити з'явленню свідка, потерпілого, експерта або їх примушування до відмови від давання показань чи висновку судової експертизи (стаття 386 КК України); незаконні дії щодо майна, зокрема, транспортного

засобу, на яке за ухвалою слідчого судді накладено арешт (стаття 388 КК України); приховування злочину, насамперед, факту ДТП або причетності до нього винних осіб (стаття 396 КК України); посягання на життя захисника чи представника у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги потерпілим чи постраждалим внаслідок ДТП, погроза або насильство щодо них, втручання в їх діяльність тощо (статті 397, 398, 400 КК України).

За умови заведення ОРС за наведеними фактами, начальник оперативного підрозділу звертається до начальника слідчого підрозділу, у провадженні якого перебувають матеріали досудового розслідування за фактом ДТП, з метою закріплення за цією ОРС слідчого, якому доручено відповідне розслідування, для забезпечення методичного супроводження її реалізації та надання практичної допомоги оперативному підрозділу.

У свою чергу начальник оперативного підрозділу з дотриманням режиму таємності надає слідчому необхідні матеріали ОРС для вивчення та надання у разі потреби рекомендацій щодо фіксації додаткових фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, які засвідчують наявність в їх діях ознак злочину.

У подальшому матеріали ОРС розглядаються під час оперативної наради за участю начальників оперативного, слідчого підрозділів та працівників, які брали участь у їх підготовці, для визначення повноти зібраних матеріалів та наявності підстав для реєстрації в Єдиного реєстру досудових розслідувань. Одночасно розробляється план заходів з реалізації матеріалів ОРС, який затверджується начальниками слідчого та оперативного підрозділів [16].

Однак, наведені кримінальні правопорушення після початку кримінального провадження в порядку статті 217 КПК об'єднуються в одне провадження з матеріалами про ДТП [14].

І, наостанок, на що хотілось би звернути особливу увагу: якщо інформація про готування до вчинення вище перерахованих злочинів стала відома безпосередньо слідчому в ході досудового розслідування, то згідно з правилами, передбаченими частиною третьою статті 217 КПК, відповідні матеріали виділяються в окреме провадження, за умови, якщо вони стосуються однієї особи або одного факту ДТП.

Висновки. Таким чином, нами було зроблено спробу визначити основні теоретичні та практичні аспекти щодо використання можливостей негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів при розслідуванні злочинів, пов'язаних з ДТП.

Література:

1. Стан та структура злочинності в Україні (станом на 20 листопада 2012 року) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: офіційний сайт МВС України: <http://mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/article/813157>.
2. Шилін М. Оперативно-розшукова діяльність та негласні слідчі дії: проблеми правового регулювання у світлі нового Кримінального процесуального кодексу України / М. Шилін // Вісник Національної академії Прокуратури України. — № 1. — 2013. — С. 59-64.
3. Луцюк П. П. Розслідування порушень правил безпеки дорожнього руху або експлуатації автотранспортних засобів: дис. на здобуття наук. ступеня ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / П. П. Луцюк. — К., 2007. — 187 с.
4. Климчук М. П. Розслідування злочинів про порушення правил безпеки дорожнього руху та експлуатації транспортних засобів (криміналістичні та процесуальні аспекти): дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / М. П. Климчук // Київський національний університет внутрішніх справ. — Київ, 2007.
5. Луцюк П. С. Особливості процесуального доказування в ході дослідження дорожньо-транспортних пригод, вчинених в несприятливих умовах: дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / П. С. Луцюк // Академія адвокатури України. — К., 2009. — 193 с.
6. Говоров О. В. Проблемні аспекти оперативно-розшукової діяльності в світлі положень нового КПК України / О. В. Говоров // Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення: матеріали постійно діючого науково-практичного семінару (Харків, 19 жовтня 2012 р.). — Х.: Оберіг, 2012. — Вип. № 4. — С. 192—194.
7. Мусієнко І.І. Особливості правової регламентації оперативно-розшукової діяльності та негласних слідчих (розшукових) дій у новому кримінально-процесуальному законодавстві / І.І. Мусієнко, С. О. Гриненко // Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення: матеріали постійно діючого науково-практичного семінару (Харків, 19 жовтня 2012 р.). — Х.: Оберіг, 2012. — Вип. № 4. — С. 223—230.
8. Скулиш Є. Д. Негласні слідчі (розшукові) дії за кримінально-процесуальним законодавством України / Є. Д. Скулиш // Вісник Національної академії прокуратури України. — 2012. — № 2 (26). — С. 15—23.
9. Фаринник В.І. Розвиток правового регулювання збирання доказів за новим Кримінальним процесуальним кодексом України / В.І. Фаринник // Митна справа. — № 4. — (82) 2012, Ч. 2, книга 2. — С. 3-12.
10. Сервецький І. В. Спеціальна діяльність правоохоронних органів, що здійснюється під час проведення гласних, негласних слідчих (розшукових) дій / І. В. Сервецький, О. М. Юрченко, В. В. Редька // Часопис Академії адвокатури України. — № 15 (2'2012). — С. 1-7.
11. Юрченко О. М. Щодо поняття спеціальної діяльності правоохоронних органів під час проведення гласних, негласних слідчих (розшукових) дій / О. М. Юрченко, І. В. Сервецький // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». — 2012. — № 2(6). [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n2/12uomsrd.p>
12. Когутич І.І. Проект КПК України: негласні слідчі (розшукові) дії / І.І. Когутич // Митна справа. — № 6 (78). — 2011, Ч. 2, книга 1. — С. 306-312.
13. Глушков В. О. Урахування європейської конвенції з прав людини й основних свобод у нормативно-правовому регулюванні інтрузивних оперативно-розшукових заходів та негласних слідчих (розшукових) дій / В. О. Глушков, О. А. Білічак // Право. — 2012. — № 4 (38). — С. 179-184.

14. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9-10, № 11-12, № 13, ст. 88.
15. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18.02.1992 № 2135-XII. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2135-12>.
16. Про організацію взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами внутрішніх справ у попередженні, виявленні та розслідуванні кримінальних правопорушень: наказ МВС від 14 серпня 2012 року № 700.
17. Щербаковська К. О. Засоби мобільного зв'язку як джерела інформації при розслідуванні торгівлі дітьми / К. О. Щербаковська // Форум права. — 2012. — № 1. — С. 1109-1113.
18. Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: наказ Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України № 114 /1042 /516 /1199 /936 /1687 /5 від 16.11.2012 року.

Кривченко А. В. Использование возможностей негласных следственных (розыскных) действий и оперативно-розыскных мероприятий при расследовании преступлений, связанных с ДТП

Аннотация. В статье определены основные теоретические и практические аспекты по использованию возможностей негласных следственных (розыскных) действий и оперативно-розыскных мероприятий при расследовании преступлений, связанных с дорожно-транспортными происшествиями. Автором наведен исчерпывающий круг обстоятельств, при которых возможно их проводить, осуществлен сравнительный анализ этих категорий.

Ключевые слова: негласные следственные (розыскные) действия, оперативно-розыскные мероприятия, оперативно-розыскное дело, дорожно-транспортное происшествие.

Krivchenko A. Harnessing the power of covert investigative (detective) actions and search operations in the investigation of crimes related to accidents

Summary. In the article it is defined the main theoretical and practical aspects of the use of secret investigative capacity (detective) actions and operational and detection activities in the investigation of crimes related to traffic accidents. The author gives exhaustive range of circumstances in which it is possible to carry them out. It is made the comparative analysis of these categories.

Keywords: secret investigative capacity (detective) actions, operational and detection activities, operational and detection case, traffic accidents.

*Омельяненко А. С.,
аспірант Міжнародного гуманітарного університету,
співробітник Державної прикордонної служби України*

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВЗАЄМОДІЇ СЛІДЧОГО ТА УПОВНОВАЖЕНИХ ОПЕРАТИВНИХ ПІДРОЗДІЛІВ ПРИ ПРОВАДЖЕННІ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

Анотація. У статті аналізуються процесуальні форми взаємодії слідчого та оперативних підрозділів при провадженні негласних слідчих (розшукових) дій. Аналіз досліджень показав, що взаємодія між слідчим та уповноваженим оперативним підрозділом розглядається переважно у загальному плані, без врахування особливостей її організації саме при розслідуванні та провадженні негласних слідчих (розшукових) дій, яких минуле кримінально-процесуальне законодавство не знало. У кримінальному провадженні взаємодія слідчого і уповноважених оперативних підрозділів реалізується організаційним і процесуальним шляхами. Основною відмінністю зазначених форм є те, що процесуальні форми взаємодії засновані на нормах Кримінального процесуального кодексу, а організаційні є способи зв'язку між слідчим і працівниками уповноважених оперативних підрозділів. Виокремлюється спільна діяльність слідчого і уповноважених оперативних підрозділів на стадії внесення відомостей про вчинений тяжкий або особливо тяжкий злочин до Єдиного реєстру досудових розслідувань, ознаки якого виявлені при проведенні оперативно-розшукових заходів та здійснення оперативним працівником негласних слідчих (розшукових) дій. При провадженні негласних слідчих (розшукових) дій взаємодія здійснюється в межах кримінальних процесуальних відносин.

Ключові слова: негласні слідчі (розшукові) дії, слідчий, оперативний підрозділ, взаємодія, кримінальне провадження.

Постановка проблеми. Сьогодні очевидним слід визнати той факт, що слідчий і навіть група слідчих без допомоги уповноважених оперативних підрозділів органів внутрішніх справ, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, органів Державної пенітенціарної служби України, органів Державної прикордонної служби України, органів Державної митної служби України (далі – уповноважених оперативних підрозділів) не в змозі самостійно розслідувати багато категорій злочинів. Взаємодія цих суб'єктів обумовлена, насамперед, тим, що, як слідчий, так і органи дізнання, мають специфічні, тільки їм властиві, засоби для розкриття злочинів. Головним у сфері протидії злочинності при цьому залишається комплексність цих засобів.

Слідчий наділений процесуальними правами щодо провадження як гласних, так і негласних слідчих (розшукових) дій. Змістом же функції працівників уповноважених оперативних підрозділів у системі вза-

ємодії зі слідчим при розкритті злочинів є здійснення оперативно-розшукових заходів, а також негласних слідчих (розшукових) дій (за дорученням слідчого відповідно до ч. 6 ст. 246 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК). Тільки у поєднанні оперативно-розшукової діяльності оперативних підрозділів з процесуальною діяльністю слідчих можна досягти завдань кримінального провадження, визначених ч. 1 ст. 2 КПК, – захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. Ці завдання досягти кожному із вказаних суб'єктів самостійно не уявляється можливим.

Невипадково окремі автори вказують на принципову неможливість вирішення завдань кримінального провадження за допомогою одних лише гласних слідчих (розшукових дій) з огляду на якісні характеристики сучасної злочинності [1, 26; 2, 35–36]. Це пов'язано з тим, що сьогодні від правоохоронних органів, для досягнення відчутних результатів у сфері протидії злочинності, потрібна ефективніша робота з виявлення злочинів, а це припускає й більш високий рівень взаємодії органів досудового слідства з уповноваженими оперативними підрозділами. Таким чином, на цей час проблема взаємодії слідчого і уповноважених оперативних підрозділів не тільки не втратила актуальності, але й набула особливої гостроти.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. У кримінально-процесуальній літературі питанням взаємодії слідчого та оперативних підрозділів приділялася значна увага, зокрема у працях таких вчених, як: В. Д. Берназ, Р. С. Белкін, А. Ф. Волобуєв, В. В. Голубєв, І. М. Гуткін, В. С. Зеленецький, В. В. Іванов, А. М. Ларін, В. Б. Мазан, М. О. Погорецький, С. В. Слинко, С. М. Стахівський, І. В. Озерський, В. М. Федчен-

ко, В. В. Пивоваров, Л.І. Щербина та інші. Проте, у проведених дослідженнях взаємодія між слідчими підрозділами та уповноваженим оперативним підрозділом розглядається переважно у загальному плані, без врахування особливостей її організації саме при розслідуванні провадженні негласних слідчих (розшукових) дій, яких минуле кримінально-процесуальне законодавство не знало. А такі особливості існують і мають враховуватися у діяльності слідчих органів.

Викладення основного матеріалу. Правові основи взаємодії слідчого з уповноваженим оперативним підрозділом закладені у відповідних положеннях Кримінального процесуального кодексу України, Податкового кодексу, Законів України «Про міліцію», «Про Службу безпеки України», «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю». Так, наприклад, відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 10 Закону України «Про міліцію» міліція відповідно до своїх завдань зобов'язана брати участь у розкритті кримінальних правопорушень у порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством. Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України (далі – ПК) щодо державної податкової служби та у зв'язку з проведенням адміністративної реформи в Україні» від 05.07.2012 № 5083-VI до ПК України внесений Розділ XVIII² «Податкова міліція». Відповідно до ст. 348.2 ПК України завданнями податкової міліції є запобігання кримінальним та іншим правопорушенням у сфері оподаткування та бюджетній сфері, їх розкриття, розслідування та провадження у справах про адміністративні правопорушення. Зазначені нормативно-правові акти визначають форми взаємодії слідчого з оперативним підрозділом від моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань і до завершення досудового розслідування.

Уповноважені законом оперативні підрозділи мають значні людські ресурси та технічні засоби, за допомогою яких здійснюють розшук осіб, які підозрюються у вчиненні кримінальних правопорушень, і можливих свідків їх учинення, а також оперативне спостереження та оперативну розробку. Уповноважені законом оперативні підрозділи також мають значний обсяг інформації оперативно-довідкового характеру, який вони використовують у своїй службовій діяльності, зокрема різні оперативні обліки (за прізвищем, дактилоскопічний, безвісти зниклих і невпізнаних трупів, викраденої та втраченої зброї, вилучених номерних речей, викрадених речей тощо). Крім того, вони на підставі пунктів 13 і 14 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» оперативним підрозділам для виконання завдань оперативно-розшукової діяльності надається право мати гласних і негласних штатних та позаштатних працівників, використовувати конфіденційне співробітництво згідно з

положеннями статті 275 КПК України. Відповідно до цих положень і слідчий під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій має право використовувати інформацію, отриману внаслідок конфіденційного співробітництва з іншими особами, або залучати цих осіб до проведення негласних слідчих (розшукових) дій у випадках, передбачених КПК України. Але виникає питання про можливість, фахову підготовку та психологічну готовність слідчого до конфіденційного співробітництва з іншими особами, оскільки така діяльність вимагає достатньо багато зусиль, часу і навичок залучення осіб до такого співробітництва [3, 210]. Крім того, для проведення негласних слідчих (розшукових) дій необхідна спеціальна техніка, якою слідчі підрозділи не укомплектовані. У зв'язку з цим актуалізуються питання взаємодії слідчого та оперативних підрозділів при провадженні таких дій.

У науці кримінального процесу існують різні погляди з приводу розкриття змісту поняття взаємодії. Так, на думку Р. С. Белкіна, взаємодію є однією з форм організації розслідування злочинів, що полягає у передбаченому законом співробітництві слідчого з уповноваженим законом оперативним підрозділом, узгодженому за метою, місцем і часом, що здійснюється в межах їхньої компетенції з метою повного і швидкого розкриття злочинів, всебічного та об'єктивного розслідування кримінальної справи, розшуку особи, підозрюваної у вчиненні кримінального правопорушення, викрадених коштовностей та інших об'єктів, суттєвих для справи [4, 31].

В. В. Іванов під взаємодією оперативних підрозділів з слідчим розуміє організований згідно із чинним законодавством і відомчими нормативними актами процес ділового співробітництва (узгоджених або спільних заходів), спрямований на вирішення завдань кримінального провадження і забезпечення безпеки його учасників [5, 17]. Аналізуючи це визначення, І. М. Бацько вказує на те, що вдалим у наведеному визначенні є виокремлення заходів, спрямованих на вирішення завдань, які здійснюються спільно або узгоджено. Наприклад, слідчий не може здійснювати оперативно-розшукові заходи, а оперативний підрозділ не уповноважений проводити деякі процесуальні дії, навіть за дорученням слідчого або прокурора (повідомляти особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, складати обвинувальний акт тощо). Тому в деяких випадках слідчий та оперативні працівники можуть діяти спільно й одночасно, а в деяких випадках – окремо [6, 363].

С. В. Слінько визначає взаємодію як необхідний, що ґрунтується на законі і відомчих нормативних актах, координований за проміжною метою напрям діяльності незалежних один від одного щодо адміністративності органів, та спрямовується слідчим і здійснюється за комплексного поєднання та ефективного використання повноважень, методів і форм, властивих

кожному з них, для розкриття злочинів, припинення злочинного діяння і встановлення обставин, які входять до предмета доказування у кримінальній справі [7, 13].

У інших визначеннях поняття «взаємодія» виділяються такі її (взаємодії) риси, як погодженість у діяльності за метою, місцем і часом; рівноправний (чи ж навпаки нерівноправний) характер слідчого і працівників уповноважених оперативних підрозділів; раціональні форми поєднання сил, засобів і методів; взаємопов'язаність оперативно-розшукових, процесуальних і адміністративних функцій уповноважених оперативних підрозділів з процесуальними гласними і негласними (розшуковими) діями слідчого; допоміжний характер діяльності уповноважених оперативних підрозділів; об'єднання сил і засобів тощо. У зв'язку з цим слід підкреслити, що «кусі вищезгадані ознаки не є суперечливими одна одній, у них розкриваються різні сторони одного загального явища – взаємодії» [8, 97].

Співробітництво слідчого з працівниками забезпечує більш високий рівень організації роботи з розслідування злочинів. У юридичній літературі немає єдиної думки у визначенні форм поєднання оперативно-розшукових, негласних та гласних слідчих (розшукових) дій. На наш погляд, правильнішою є точка зору А. К. Звирибуля, Л. П. Макушненка і В. М. Петренка, які виокремлюють «процесуальні і організаційно-службові форми взаємодії» [9].

Основною відмінністю зазначених форм є те, що процесуальні форми взаємодії засновані на нормах Кримінального процесуального кодексу, а організаційні є способи зв'язку між слідчим і працівниками уповноважених оперативних підрозділів. Так, «якщо процесуальні форми можна назвати способами співробітництва, то організаційні форми будуть характеризуватися як способи зв'язку. Організаційні форми зв'язку існують поза межами процесуальної діяльності слідчого» [10, 67–68].

Необхідно враховувати, що деякі організаційні форми взаємодії, такі як спільне планування і взаємний обмін інформацією, також є правовими формами, тому що передбачені різними відомчими нормативними актами – наказами і інструкціями Генерального прокурора України і міністра внутрішніх справ України. Проте їх ні за яких умов не можна визнати процесуальними.

Хоча окремі автори під процесуальними формами поєднання оперативно-розшукових, негласних і гласних слідчих (розшукових) дій треба розуміти засновані на законах і відомчих нормативних актах способи спільної діяльності слідчого і працівника уповноваженого оперативного підрозділу з розкриття і розслідування вчинених злочинів. Ці способи повинні вміщувати порядок і умови зазначеної діяльності [10, 68] (підкреслено мною – А. О.). Однак з такою точкою зору погодитися не уявляється можливим, оскільки

процесуальні форми взаємодії є діяльністю, заснованою на нормах кримінального процесуального закону, а не на положеннях інших нормативно-правових актів, що регламентують питання взаємодії слідчого з уповноваженими оперативними підрозділами, які повинні розглядатися як організаційні форми, що мають правову основу. Накази і інструкції не є джерелами кримінального процесуального права, у зв'язку з цим вони не можуть регламентувати кримінальне провадження в Україні, у тому числі і з питань способів співробітництва вказаних суб'єктів, однак, вони можуть встановлювати способи зв'язку між ними.

З урахуванням викладеного можна дійти висновку, що під процесуальними формами взаємодії слідчого і уповноважених оперативних підрозділів слід розглядати засновані на положеннях Кримінального процесуального кодексу України способи спільної діяльності слідчого і співробітників уповноважених оперативних підрозділів з розслідування злочинів. Заміна КПК України у 2012 році дає підстави для висновку, що процесуальні форми взаємодії не мають постійного характеру, а залежать від чинного кримінального процесуального закону.

Слідчий вдається до взаємодії з оперативними підрозділами в таких випадках: 1) для застосування оперативно-розшукових можливостей уповноваженого оперативного підрозділу під час досудового розслідування тяжких та особливо тяжких злочинів; 2) для використання в інтересах слідства результатів оперативно-розшукової діяльності; 3) якщо оперативним підрозділом самостійно виявлено ознаки складу тяжких або особливо тяжких злочинів при проведенні оперативно-розшукових заходів.

Так, відповідно до пунктів 1 і 2 ст. 10 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» матеріали оперативно-розшукової діяльності використовуються як приводи та підстави для початку досудового розслідування, а також для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальному провадженні. Що стосується взаємодії слідчого та оперативних підрозділів при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій у розглядуваному нами аспекті, то мова йде про вчинені тяжкі та особливо тяжкі злочини. Відповідно до ч. ч. 4 і 5 ст. 12 Кримінального кодексу України тяжким злочином є злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше двадцяти п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавлення волі на строк не більше десяти років, а особливо тяжким злочином є злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад двадцять п'ять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, позбавлення волі на строк понад десять років або довічного позбавлення волі.

Діяльність уповноваженого оперативного підрозділу в рамках процесуальної взаємодії при здійснен-

ні негласних слідчих (розшукових) дій визначається тільки виконанням окремих доручень у кримінальному провадженні. Так, відповідно до ч. 2 ст. 41 КПК України співробітники оперативних підрозділів не мають права здійснювати процесуальні дії у кримінальному провадженні за власною ініціативою або звертатися з клопотаннями до слідчого судді чи прокурора. При цьому доручення слідчого, прокурора щодо проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій є обов'язковими для виконання оперативним підрозділом (ч. 3 ст. 41 КПК України). Разом з тим, на практиці окремі слідчі та співробітники оперативного підрозділу не мають достатньо чіткого уявлення про сутність негласних слідчих (розшукових) дій, а отже й про межі пов'язаних з ними доручень слідчого.

При дачі доручення органу дізнання слідчий має на меті розподіл праці щодо провадження негласних слідчих (розшукових) дій для того, щоб максимально скоротити час між фактом вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину і покаранням особи, яка його вчинила. Це підтверджує і аналіз кримінального процесуального закону, що не регламентує засади кримінального провадження. Серед таких засад законодавець у ст. 28 КПК України вказує на розумність. Так, під час кримінального провадження кожна процесуальна дія або процесуальне рішення повинні бути виконані або прийняті в розумні строки. Розумними вважаються строки, що є об'єктивно необхідними для виконання процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень. Розумні строки не можуть перевищувати передбачені цим Кодексом строки виконання окремих процесуальних дій або прийняття окремих процесуальних рішень. Проведення досудового розслідування відповідно до ч. 2 ст. 28 КПК України у розумні строки забезпечує прокурор, слідчий суддя (в частині строків розгляду питань, віднесених до його компетенції), а судового провадження – суд.

Відповідно до ч. 1 ст. 41 КПК України оперативні підрозділи здійснюють слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, прокурора. Разом з тим, кримінальний процесуальний закон не встановлює вимог щодо змісту таких доручень. З цього можна зробити висновок, що законодавець не прагне максимально регламентувати такого роду діяльність слідчого, надаючи творчості у підході до виконання виникаючих перед ним завдань. Він залишає за слідчим право вибору найдоцільнішого змісту доручення, прийомів його підготовки і напрямів діяльності оперативного підрозділу залежно від сформованої в кримінальному провадженні ситуації і наявності об'єктивних факторів, що впливають на прийняття процесуальних рішень [11, 40].

Не торкаючись змісту доручення слідчого оперативним підрозділом, КПК у ст. 251 встановлює вимо-

ги до постанови слідчого, прокурора про проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Так, постанова слідчого, прокурора про проведення негласної слідчої (розшукової) дії повинна містити: 1) найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер; 2) правову кваліфікацію злочину із зазначенням статті (частини статті) Кримінального кодексу України; 3) відомості про особу (осіб), місце або річ, щодо яких проводитиметься негласна слідча (розшукова) дія; 4) початок, тривалість і мету негласної слідчої (розшукової) дії; 5) відомості про особу (осіб), яка буде проводити негласну слідчу (розшукову) дію; 6) обґрунтування прийнятої постанови, у тому числі обґрунтування неможливості отримання відомостей про злочин та особу, яка його вчинила, в інший спосіб; 7) вказівку на вид негласної слідчої (розшукової) дії, що проводиться.

Між слідчим і особою (у тому числі співробітником оперативного підрозділу), яка буде проводити негласну слідчу (розшукову) дію в межах кримінальних процесуальних правовідносин, що виникають, розвиваються і припиняються у сфері кримінального провадження на підставі норм кримінально-процесуального права. Тобто, ця форма взаємодії є процесуальною за змістом.

Отже, до процесуальних форм взаємодії слідчого і оперативного підрозділу слід віднести виконання окремих доручень слідчого на провадження негласних слідчих (розшукових) дій по конкретній кримінальній справі з метою одержання доказів. Ця форма взаємодії регламентується нормами кримінального процесуального кодексу і використовується для забезпечення правової процедури розслідування у кримінальному провадженні, одержання і збереження доказової бази. Усі матеріали, що отримані в результаті такої процесуальної форми взаємодії, можуть бути використані як докази згідно зі ст. 256 КПК.

Організаційні форми взаємодії, на відміну від процесуальних, не пов'язані з одержанням матеріалів, що можуть бути використані як докази. В основному вони спрямовані на вирішення організаційних питань щодо забезпечення процесу розслідування. Матеріали, що одержують при реалізації організаційних форм взаємодії, не можуть безпосередньо виступати як докази, а повинні бути легалізовані в процесі кримінального провадження.

Висновки. Отже, у кримінальному провадженні взаємодія слідчого і уповноважених оперативних підрозділів реалізується організаційним і процесуальним шляхами. Нами виокремлюються такі види процесуальної форми взаємодії: 1) спільна діяльність слідчого і уповноважених оперативних підрозділів на стадії внесення відомостей про вчинений тяжкий або особливо тяжкий злочин до Єдиного реєстру досудових розслідувань, ознаки якого виявлені при проведенні оперативно-розшукових заходів; 2) здійснення оперативним працівником негласних слідчих (розшукових)

дій. Процесуальні форми взаємодії здійснюються на основі положень КПК. Між учасниками взаємодії виникають кримінально-процесуальні відносини, керівна роль у яких належить слідчому.

Література:

1. Доля Е. А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности / Е. А. Доля. — М.: Спарк, 1996. — 111 с.
2. Крашенинников Н. И. Получение оперативно-процесуальной информации о преступлениях и использование ее в оперативной и судебно-следственной практике / Н. И. Крашенинников. — СПб: Экстрапринт, 2001. — 115 с.
3. Омеляненко А. С. Загальні положення про негласні слідчі (розшукові) дії (огляд нового законодавства) / А. С. Омеляненко // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету: збірник наукових праць. Серія «Юриспруденція». — Випуск 4. — Одеса: МГУ, 2012. — С. 205—210.
4. Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия / Р. С. Белкин. — М.: БЕК, 1997. — 342 с.
5. Иванов В. В. Взаємодія оперативних підрозділів органів внутрішніх справ і слідчого на досудових стадіях кримінального процесу: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 21.00.06 «Оперативно-розшукова діяльність» / В. В. Иванов. — К., 1998. — 20 с.
6. Бацько І. М. Процесуальні аспекти взаємодії слідчих, дізнавачів, експертів та спеціалістів / І. М. Бацько // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ: зб. наук. праць. — 2004. — № 4(18). — С. 362—369.
7. Слинько С. В. Сущность, формы и правовые основы взаимодействия следователя с органом дознания: автореф. дис. на соискание уч. степ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Криминальный процесс и криминалистика; судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / С. В. Слинько. — Харьков, 1991. — 26 с.
8. Равинский В. В. Общее понятие взаимодействия следователей с органами дознания при расследовании преступлений / В. В. Равинский // Правовые проблемы укрепления российской государственности: сб. статей / под ред. Ю. К. Якимовича. — Вып. 7. — Томск, 2001. — С. 97—98.
9. Звирибуль А. К. Работа следователя МВД по выявлению и устранению причин и условий, способствующих совершению преступлений / А. К. Звирибуль, Л. П. Макушненко, В. М. Петренко. — М.: Изд-во ВНИИ МВД СССР, 1972. — 56 с.
10. Тюрин Н. С. Формы оперативно-розыскной и следственной деятельности / Н. С. Тюрин // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Ч. 10: Проблемы уголовного процесса в свете нового Уголовно-процесуального кодекса Российской Федерации: сб. статей / под ред. Ю. К. Якимовича. — Томск: Изд-во Том. ун-та, 2002. — С. 67—68.
11. Лупинская П. А. Решения в уголовном судопроизводстве: их виды, содержание и формы / П. А. Лупинская. — М., 1976. — 168 с.

Омеляненко А. С. Отдельные аспекты взаимодействия следователя и уполномоченных оперативных подразделений при проведении негласных следственных (розыскных) действий

Аннотация. В статье анализируются процессуальные формы взаимодействия следователя и оперативных подразделений при проведении негласных следственных (розыскных) действий. Анализ исследований показал, что взаимодействие между следователем и уполномоченным оперативным подразделением рассматривается преимущественно в общем плане, без учета особенностей ее организации именно при проведении негласных следственных (розыскных) действий, которых старое уголовно-процесуальное законодательство не знало. В уголовном производстве взаимодействие следователя и уполномоченных оперативных подразделений реализуется организационным и процессуальным путями. Основным отличием указанных форм является то, что процессуальные формы взаимодействия основаны на нормах Криминального процесуального кодекса, а организационные являются способом связи между следователем и работниками уполномоченных оперативных подразделений. Выделяется совместная деятельность следователя и уполномоченных оперативных подразделений на стадии внесения сведений о совершенном тяжком или особо тяжком преступлении в Единый реестр досудебных расследований, признаки которого выявлены при проведении оперативно-розыскных мероприятий и осуществлении оперативным работником негласных следственных (розыскных) действий. При проведении негласных следственных (розыскных) действий взаимодействие осуществляется в пределах уголовных процесуальных отношений.

Ключевые слова: негласные следственные (розыскные) действия, следователь, оперативное подразделение, взаимодействие, уголовное производство.

Omelyanenko A. Some aspects of the interaction of the investigator and designated operational units in conducting covert investigative (search) action

Summary. The article analyzes the procedural forms of interaction between an investigator and operational units in conducting covert investigation (investigation) of action. Analysis has shown that the interaction between an investigator and a designated operational division mainly seen in General terms, without considering the peculiarities of its organization hence the secret of investigation (investigation) of actions, of which the old criminal procedure legislation is not known. In criminal proceedings, the interaction of the investigator and designated operational units implemented institutional and procedural ways. The main difference of these forms is that the procedural forms of interaction based on the norms of the Criminal procedure code and organizational are a way of communication between the investigator and authorized employees of operational units. Stands out joint activities of the investigator and designated operational units at the stage of registration of information about committed grave or particularly grave crime in the Unified register of pre-trial investigations, the signs of which are revealed during carrying out of operative-investigative measures and the implementation of the operative worker of the covert investigation (investigation) of action. When conducting an undercover investigation (investigation) action interaction is carried out within the criminal procedural relations.

Keywords: covert investigative (search) action, the investigator, the operational unit, interaction, the criminal proceedings.

Лавренюк В. В.,

адвокат, старший викладач кафедри кримінального права, процесу та криміналістики Міжнародного гуманітарного університету

ОСОБЛИВОСТІ ХАРАКТЕРИСТИКИ ОРГАНІЗОВАНИХ ГРУП ТА ОСОБИ ПОТЕРПІЛОГО ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ КРАДІЖОК З ПРОНИКНЕННЯМ У ЖИТЛО, ВЧИНЕНИХ ОРГАНІЗОВАНИМИ ГРУПАМИ

Анотація. В даній статті автор розглядає особливості криміналістичної характеристики організованих груп, осіб, що входять до їх складу та особи потерпілого при розслідуванні крадіжок, поєднаних з проникненням у житло, вчинених організованими групами.

Ключові слова: крадіжка, особа злочинця, особа потерпілого, організована група.

Постановка проблеми. У криміналістичній характеристиці будь-якого злочину особливу цікавість становлять відомості про осіб, які його вчинюють, а також про особу потерпілого від даного злочину. Ця інформація часто є основою для побудови версій, планування і організації розслідування злочину, а також для вибору тактики проведення окремих слідчих дій з участю підозрюваних.

Викладення основного матеріалу. Арсенал криміналістики представляє широке коло дослідницьких можливостей щодо вивчення, аналізу та узагальнення даних про особу злочинця. Серед них є біографічні дані, соціально-психологічна характеристика особи, її мотиваційна сфера тощо. Втім, загальним підходом судової системи України є те, що, враховуючи наявність спільної мети членів злочинної групи, їх взаємну координацію та взаємодію, ієрархічність їх об'єднання, стійкість і спільне бажання вчинити той чи інший злочин, всі вони визнаються учасниками єдиної організаційної одиниці – групи осіб, організованої групи, злочинної організації (ст. 28 КК України) або банди (ст. 257 КК України). Такий підхід, на нашу думку, вимагає дослідження і висвітлення в рамках криміналістичних характеристик злочинів, які вчинюються злочинними формуваннями, певних особливостей вказаних групових суб'єктів. Адже, крім обставин вчинення певного виду злочину, в ході розслідування необхідно встановити і кваліфікаційні ознаки відповідного угруповання злочинців.

Тому, вважаємо беззаперечним той факт, що розробка методики розслідування крадіжок, вчинених організованими групами, вимагає комплексного дослідження самої організованої групи як єдиного групового суб'єкта.

Відповідно до представленої позиції в характеристиці особи злочинця ми виділяємо два аспекти. *Перший аспект* – це характеристика організованої

групи як групового суб'єкту крадіжок, поєднаних із проникненням у житло, *другий аспект* – характеристика особи окремих учасників групи, які виконують окремі функції, покладені на них відповідно єдиного плану вчинення злочину.

Згідно ч. 3 ст. 28 КК України, вчиненим організованою групою визнається злочин, у готуванні або вчиненні якого брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання для вчинення цього та іншого (інших) злочинів, об'єднаних єдиним планом з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім учасникам групи. У даному визначенні послідовно вказані наступні ознаки:

- участь у готуванні або вчиненні злочину трьох і більше осіб;
- попередня зорганізованість у стійке об'єднання;
- спрямованість на вчинення кількох злочинів;
- наявність єдиного, відомого всім учасникам групи плану злочинної діяльності з розподілом функцій учасників групи.

Перелічені ознаки не тільки підлягають доказуванню у кримінальній справі, але й суттєво відбиваються на механізмі вчинення злочинів організованими групами. Розглянемо детально сутність кожної ознаки цього групового суб'єкту.

Учась у готуванні або вчиненні злочину трьох і більше осіб. На наш погляд, український законодавець визначив мінімальний склад організованої групи у кількості трьох осіб з метою більш чіткого відмежування понять «організована група» та «група осіб за попередньою змовою». Адже, у кримінальному кодексі вже традиційно використовується як кваліфікуюча ознака вчинення злочину *групою осіб (дві або більше) за попередньою змовою*. Таким чином було введено відмінність кількісного складу організованих груп від груп «звичайних» і тим самим визначено ступінь організованості. Тому позиція, яка закріплена у Кримінальному кодексі України, на наш погляд, є достатньо обґрунтованою у даному контексті.

Вчинення крадіжок організованою групою осіб у складі трьох осіб і більше має велике криміналістичне значення. Ця обставина має безпосередній вплив на механізм розглядуваних злочинів. По-перше, це

проявляється у можливостях злочинців щодо проведення більш масштабних підготовчих заходів до злочину і відповідно більш «кваліфікованого» вчинення крадіжок та їх приховування. По-друге, при вчиненні злочину такою групою залишається інша кількість різнорідних слідів злочину. При їх виявленні і дослідженні можна встановити, що злочинців було декілька і вони діяли узгоджено.

Попередня зорганізованість у стійке об'єднання.

Злочинна група є різновидом малої неформальної соціальної групи, яка являє собою відносно невелику кількість контактуючих індивідів, що об'єдналися відповідно до загальних цілей і завдань, і є порівняно сталим об'єднанням [1, 85]. При цьому треба розуміти й те, що групова свідомість не зводиться до простої арифметичної суми поглядів окремих членів групи, вона становить нову якість як відбиток найістотніших рис колективної свідомості всієї групи [2, 48]. Організована група створюється для вчинення злочинів і відповідно набуває певних специфічних рис, які виділяють її від інших соціальних груп. У соціальній психології зазначається, що провідним критерієм оцінки всього різноманіття груп, колективів, є їх функціональне призначення [3, 35].

Однією з головних умов існування груп є їх цілісність, що проявляється в поведінковій, емоційній і когнітивній єдності шляхом зближення думок і оцінок, почуттів та вчинків. Це в свою чергу може призводити до зближення інтересів і ціннісних орієнтацій, інтелектуальних і характерологічних особливостей [3, 85]. Поступово сумісна злочинна діяльність згуртовує людей і перетворюється на свого роду ремесло, спосіб життя із своєю ідеологією, психологією, субкультурою [4, 43].

У соціально-психологічному аспекті стійкість об'єднання організованої групи пов'язана з тісними міжособистісними стосунками її членів, наявністю певних норм та правил поведінки в групі, дисципліною, взаємодією учасників і постійністю контактів. У юридичному аспекті стійкість об'єднання полягає у тому, що така група створюється для тривалої злочинної діяльності на постійній основі й забезпечується надійним захистом від розкриття [5, 16]. У криміналістичній літературі зазначається, що стійкість об'єднання злочинної групи обумовлюється ступенем організації дій її членів і може розглядатися як криміналістична ознака, що характеризує ступінь розвитку однієї і тієї ж злочинної групи в процесі вчинення злочинів і удосконалення своїх дій [6, 142–143].

Саме тому злочини, вчинені організованими групами, не тільки являють підвищену суспільну небезпечність, але й мають специфіку у їх розслідуванні, обумовлену певними стандартами поведінки, виробленими колективною свідомістю.

Спрямованість на вчинення кількох злочинів.

Обов'язковою ознакою організованої групи є її

спрямованість на вчинення не одного, а кількох злочинів. Це означає, що група створюється на досить тривалий період і основною метою її існування є злочинна діяльність. Отримавши перший злочинний «прибуток», злочинці планують вчинення наступного злочину і поступово їх діяльність набуває характеру злочинного промислу.

Вказана ознака має криміналістичне значення тому, що злочинці при вчиненні кожної наступної крадіжки використовують той же спосіб, засоби і знаряддя, які показали свою «ефективність» у попередньому випадку. Таким чином у кожній організованій групі виробляється певний «почерк» вчинення злочинів. Крім того, члени групи можуть використовувати при вчиненні злочинів засоби і знаряддя, якими вони заволоділи під час попереднього злочину. При подальшому використанні названі предмети залишають характерні сліди, які вказують на зв'язок між злочинами, що були вчинені організованою групою не тільки в одному населеному пункті, але й у різних регіонах. Ця закономірність у механізмі злочинної діяльності давно відома у криміналістиці і знайшла відображення у відповідних наукових дослідженнях [7, 46–61].

Наявність єдиного, відомого всім учасникам групи плану злочинної діяльності з розподілом функцій учасників групи.

Вчинення злочину організованою групою передбачає вироблення певного ступеня узгодженості сумісних дій учасників, що відображається у плануванні їх діяльності. На наявність єдиного плану злочинної діяльності може вказувати обговорення і погодження членами групи заходів по підготовці, вчиненню і приховуванню крадіжки (часу вчинення злочину, порядку прибуття на місце злочину, способу проникнення в житло, переліку майна, яке підлягає викраденню, способу його збуту, правил розподілу злочинного доходу тощо), проведення лідером інструктажів інших співучасників щодо виконуваних ними дій.

Характерною ознакою злочинної діяльності організованих груп є висока узгодженість сумісних дій і розподіл функцій між її членами. Розподіл функцій дає можливість злочинцям використовувати більш продумані, підготовлені й небезпечні способи вчинення і приховування спільних злочинних акцій, колективно обирати або готувати відповідну сприятливу для злочинної діяльності обстановку [8, 8].

На наш погляд, практичне значення має криміналістична класифікація організованих груп за характеристикою рівня їх консолідації. Відповідно обраного критерію організовані групи можна розділити на три види.

1) *Групи з низьким рівнем консолідації.* Учасники таких груп об'єднуються під впливом ситуативних факторів (родичі, друзі, знайомі). До їх складу часто входять особи, що раніше не вчинювали злочинів. У них, як правило, немає лідера, злочинна діяльність

і розподіл «виручки» від неї носять хаотичний характер. Розподіл функцій співучасників є нестійким і може обмежуватися одним епізодом злочину. Планування сумісних дій злочинів може стосуватися тільки окремого етапу крадіжки (наприклад, планування дій тільки по проникненню в житло) і не охоплювати інші (наприклад, способи збуту викраденого майна і приховування слідів злочину).

До названих формувань часто входять неповнолітні, особи, які зловживають алкогольними напоями або наркотиками, характеризуються так званою «ігроманією», яка виражається психічною залежністю від азартних ігор. Відповідно їх об'єднання і мотивація злочинної діяльності обумовлюється необхідністю добувати кошти на вказані прихильності. Неповнолітні згуртовуються для вчинення злочинів також з мотивів, вираження самостійності у прийнятті рішень перед однолітками, батьками і суспільством в цілому. Встановлення і доказування вини окремих співучасників та ознак організованої групи, як правило, не викликає труднощів завдяки роз'єднаній внутрішній структурі формування.

2) *Групи з середнім рівнем консолідації.* В таких групах немає чітко визначених лідерів, ватажків, але є найбільш активні і авторитетні члени. Підбір і об'єднання учасників групи має своєю основою спільне вчинення різного роду корисливих злочинів, в тому числі крадіжок, поєднаних з проникненням в житло. Порівняно з попередньою ця група характеризується більш організованою формою злочинної діяльності, чіткістю у розподілі функцій (відповідно до кримінальних навичок, професійних здібностей тощо). Злочини, як правило, готуються і мають керівний центр (в особі організатора або кількох лідерів). Серед мотивів виділяється користь. До складу таких груп часто входять особи раніше судимі або ті, що притягувались до адміністративної відповідальності.

При доказуванні вини окремих співучасників та ролі організатора у групі необхідно визначити членів групи, які виконували другорядні, суто технічні функції, а також тих, які характеризуються нестійкою психікою, і базувати обвинувачення інших співучасників на їх свідченнях.

3) *Групи з високим рівнем консолідації.* В групі провідна і керуюча роль належить лідеру. Ці групи характеризуються найбільшим числом учасників, функції яких чітко розподілені і така «спеціалізація» зберігається тривалий час. Злочинний колектив даної категорії підкорюється виробленим нормам дисципліни, порушення яких жорстоко карається. Викрадене майно і виручені грошові кошти розподіляються відповідно до встановлених в групі правил і виконуваних учасниками функцій. Особливою ознакою цієї групи є наявність так званого «общака» – коштів, які відкладаються для матеріального

забезпечення членів групи, які перебувають у місцях позбавлення волі, для придбання засобів і знарядь вчинення злочинів, підкупу посадових осіб правоохоронних органів і суддів тощо. Діяльність такої групи детально розпланована, при цьому навіть обговорена лінія поведінки учасників у випадку затримання.

Наявність чіткого керівництва дій всіх учасників злочину, їх висока скоординованість, «вузький» профіль спеціалізації співучасників забезпечує отримання надвисоких прибутків, тривалість їх злочинної діяльності та високу вірогідність уникнення відповідальності з боку організатора. Саме цей груповий суб'єкт представляє особливу небезпеку.

В силу вищеперерахованих факторів викриття всіх членів такої організованої групи, особливо участі її лідера у вчиненні злочинів є вкрай складним завданням і вимагає високого професіоналізму з боку слідчого і оперативних працівників.

Знання типології організованих груп допомагає суб'єктам боротьби із злочинністю адекватно оцінювати соціальну небезпечність цих формувань, визначити напрямки доказування їх ознак і тактику спілкування з окремими співучасниками.

У структурі організованої групи можна виділити такі категорії її членів: 1) лідери, ватажки або організатори групи; 2) виконавці злочину; 3) учасники групи, які виконують другорядні функції (грають роль наводчиків, переховують чи збувають викрадене майно, надають засоби або знаряддя злочину, забезпечують алібі окремим співучасникам тощо).

Абсолютна більшість учасників організованих груп – чоловіки (78 %), але зустрічаються і жінки члени груп (22 %). Останні, як правило, виконують вищевказані другорядні функції. Вік злочинців коливається від 16 до 45 років і старше. Найбільш криміногенний вік учасників груп – 25-35 років (64 %); інші вікові групи представлені таким чином: до 25 років – 26 %, понад 35 років – 10 %.

Освітній рівень членів організованих груп характеризується наступним чином: неповну середню освіту мають 7 %, базову чи повну середню освіту мають 44 %, професійно-технічну – 26 %, незакінчену вищу освіту – 10 %, повну вищу освіту – 13 %.

За громадянством: 87 % – громадяни України, 6 % – громадяни Російської Федерації, 3 % – громадяни Молдови, 2 % – громадяни Республіки Білорусь, 1 % – громадяни інших країн СНД, 1 % – особи без громадянства. Громадян та підданих країн далекого зарубіжжя не встановлено.

Варто акцентувати увагу також і на тому факті, що переважна більшість сучасних членів організованих груп – це молоді люди, які ніде не працювали або працювали епізодично (67 %), хоча й були працездатними. Злочинна діяльність для них була основним і часто єдиним джерелом доходів.

Серед осіб, які вчиняють крадіжки в складі організованих груп, 65 % – раніше судимих. Серед них одну судимість мали 35 % осіб, дві – 16 %, 14 % – три і більше. Як правило, попередні судимості пов'язані із вчиненням корисливих і корисливо-насилницьких злочинів: крадіжок, грабежів, вимагань, вбивств з корисливих мотивів та з метою приховування корисливого злочину чи полегшення його вчинення. Так, наприклад, апеляційним судом Сумської області розглянуто кримінальну справу відносно організованої групи на чолі з раніше засудженим Д. у складі 15 осіб, які протягом 2000-2001 рр. скоїли 26 злочинів, серед яких крадіжки чужого майна, грабежі, розбійні напади, 4 навмисні вбивства¹.

В рамках дослідження окремо за основними соціально-психологічними рисами вивчалась особа лідерів, ватажків або організаторів злочинних груп, які вчиняють крадіжки, поєднані з проникненням в житло. Лідери таких формувань, як правило, чоловіки у віці від 35 до 50 років – 62 %, від 20 до 35 років – 25 % і 13 % – чоловіки у віці від 50 до 65 років. Часто вони достатньо визнані кримінальні авторитети. Близько 60 % мають сім'ю, у побуті характеризуються позитивно. До 40 % з них мають не погашену або не зняту судимість.

Діяльність організатора по управлінню групою включає виконання різного роду керівних і координаційних функцій. До таких зокрема можуть відноситись: розробка плану здійснення крадіжки (дій по підготовці, вчиненню і приховуванню крадіжки), визначення виконавців дій на окремих етапах крадіжки, розподіл ролей між іншими співучасниками, підготовка технічних засобів, ведення обліку і розподілу злочинних доходів, залучення нових учасників до складу групи та інше.

Лідерам притаманні більш високий інтелект, рівень розвитку, наявність розвинутих вольових якостей і організаторських здібностей, товариськість, функціональна стійкість, винахідливість, вміння підкоряти інших людей; вони жорстокі, агресивні, холоднокровні, добре фізично розвинуті. Кожен п'ятий організатор вказаних злочинних утворень був раніше судимим [9, 168-198; 10, 41-43].

Вивчення особистості злочинця (обвинуваченого) є одним з важливих напрямків у розслідуванні злочинів. Це викликано необхідністю встановлення його рис і характерної поведінки в певних життєвих ситуаціях, які мають значення як для вибору тактики слідчих дій з його участю, так і для визначення судом виду і міри покарання [11; 12; 13].

При вивченні кримінальних справ про крадіжки нерідко прослідковуються закономірності у виборі злочинцем – членом організованої групи жертв. У теоретичному та практичному плані однією із важливих класифікаційних засад створення криміналістичної

типології крадіжок з проникненням в житло, вчинених організованими групами є зміст взаємозв'язків «жертва – злочинець (ці)». У відповідності до них, **жертви крадіжок можливо розділити на декілька груп:**

До першої групи входять особи, що знаходяться із крадієм в родинних стосунках і інших досить близьких відношеннях (кум, вітчим, племінник тощо) – 5 %.

До другої групи входять жертви, різноманітні стосунки яких із крадієм розвиваються на ґрунті особистого знайомства в рамках здійснення службової, суспільної та іншої діяльності, знайомий по спільній роботі, навчанню – 8 %.

Третю групу утворюють жертви, стосунки яких з крадієм формуються на ґрунті спільного вживання алкогольних напоїв – 7 %.

Четверту групу складають потерпілі, які знали майбутнього крадія і демонстрували «широкі можливості» своєї заможності – 18 %.

П'яту групу складають біля двох третин потерпілих від крадіжок, які не мали взаємозв'язків із крадієм. Але злодії знали майбутню жертву, вивчали її матеріальне становище. Зокрема, серед майбутніх потерпілих з репутацією заможної людини було – 92 %. При цьому робота таких осіб була пов'язана з перевезенням, доставкою, одержанням, видачею грошей – 20 %; з підприємництвом (бізнесом) – 42 %; з володінням цінними предметами (колекціонування, розведення цінних порід тварин і т. п.) – 22 % тощо.

Крім цього, спираючись на емпіричні дані, необхідно окреслити і інші віктимологічні риси в поведінці потерпілого, яка проявлялась у тому, що громадяни не завжди приймали належні запобіжні заходи охорони свого майна; проявляли зайву довірливість до сторонніх людей, вели аморальний спосіб життя. Насамперед це стосується жінок, які займаються професією тощо.

На основі вивчення кримінальних справ визначені криміналістично значущі типові риси потерпілого, який за статтю в 65 % – чоловіки, в 35 % – особи жіночої статі. За віком: до 18 років – 0 %; 18-25 – 1 %; понад 25 до 35 – 4 %; понад 35 до 45 – 33 %; понад 45 – 62 %. Можливо констатувати, що найбільше число жертв крадіжки відносяться до осіб 35 років і більше – 95 %, що визначається, в першу чергу, наявністю відповідного майна. Серед потерпілих проживали в місті – 82 %, в сільській місцевості – 18 %.

Висновки. Криміналістична значимість типових рис потерпілого, перерахованих взаємин та обставин, які впливали на прийняття рішення та вчинення крадіжки, різноманітна. Правильне встановлення часу виникнення зв'язків, контактних способів їх здійснення служить орієнтиром, що безпосередньо вказує на особу злочинця, виступає основою для пошуку слідів підготовки, вчинення та приховування крадіжок з проникненням у житло, вчинених організованими групами.

¹ За матеріалами прокуратури Сумської області, 2003 р.

Література:

1. Психология. Словарь / под общ. ред. А. В. Петровского, М. Г. Ярошевского. — М.: Политиздат, — 2-е изд., испр. и доп., 1990. — 388 с.
2. Короткий психологічний словник / За ред. В.І. Войтка. — К.: Вища школа, — 1976. — 420 с.
3. Обозов Н. Н. Психология межличностных отношений / Н. Н. Обозов. — К.: Либідь, 1990. — 232 с.
4. Чуфаровский Ю. В. Психология оперативнорозыскной и следственной деятельности: учеб. пособ. / Ю. В. Чуфаровский. — М.: Проспект, ТК Велби, 2004. — 208 с.
5. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. Загальна частина / М. О. Гончаренко, В. Г. Потебенько // Інститут Генеральної прокуратури України; Український інформаційно-правовий центр. — К.: Форум, 2001. — 386 с.
6. Батищев В. И. Характеристика группы и особенностей расследования совершенных ею неоднократных преступлений против личности: Воронежские криминалистические чтения / В. И. Батищев; под ред. О. Я. Баева. — Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2000. — Вып. 1. — 148 с.
7. Зуйков Г. Г. Развитие криминалистического учения о способе совершения преступления и проблема способа сокрытия преступления / Г. Г. Зуйков // Повышение эффективности расследования преступлений. — Иркутск: Изд-во Иркутского ун-та, 1986. — С. 46—61.
8. Яблоков Н. П. Расследование организованной преступной деятельности: практи. пособ. / Н. П. Яблоков. — М.: Юристъ, — 2002. — 171 с.
9. Кваша О. О. Організатор злочину. Кримінально-правове і кримінологічне дослідження: моногр. / О. О. Кваша. — К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корещького, 2003. — 216 с.
10. Коршик М. Г. Изучение личности обвиняемого на предварительном следствии / М. Г. Коршик, С. С. Степичев. — М.: Юрид. лит., 1969. — 78 с.
11. Кривошеев А. С. Изучение личности обвиняемого в процессе расследования / А. С. Кривошеев — М.: Юрид. лит., 1971. — 80 с.
12. Ведерников Н. Т. Личность обвиняемого и подсудимого: уч. пособ. / Н. Т. Ведерников. — Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1978. — 174 с.

Лавренюк В. В. Особенности характеристики организованных групп и личности потерпевшего при расследовании краж с проникновением в жилье, совершенных организованными группами

Аннотация. В данной статье автор рассматривает особенности криминалистической характеристики организованных групп, лиц, входящих в их состав и личности потерпевшего при расследовании краж, совершенных с проникновением в жилище, совершенных организованными группами.

Ключевые слова: кража, личность преступника, личность потерпевшего, организованная группа.

Lavrenyuk V. Peculiarities of the characteristics of organized groups and individual victim during the investigation of thefts from penetration into housing, committed by organized groups

Summary. In this article the author examines the characteristics of forensic characteristics of organized groups of persons included in the composition and identity of the victim in the investigation of theft, combined with the entry into a home, committed by organized groups.

Keywords: theft, criminal identity, the identity of the victim, an organized group.

*Шкітов О. Ф.,**здобувач Харківського національного університету
внутрішніх справ*

ДІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНУ В УМОВАХ ВОЄННОГО ТА НАДЗВИЧАЙНОГО СТАНУ

Анотація. В статті розглядається дія кримінального процесуального закону в умовах воєнного та надзвичайного стану. Автор пропонує доповнити новий КПК України окремим розділом «Особливості кримінального судочинства в умовах воєнного та надзвичайного стану».

Ключові слова: кримінальний процесуальний закон, кримінальне судочинство, воєнний стан, надзвичайний стан.

Постановка проблеми. Вірогідність виникнення надзвичайних ситуацій в державі залежить від рівня її соціально-економічного розвитку та стабільності світового правопорядку. Жодна з демократичних держав не застрахована від агресії інших держав, масових заворушень, терористичних актів, захоплення влади неконституційним шляхом, міжнародних конфліктів, надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру тощо. Чинниками, які можуть викликати такі ситуації, є: світові і національні економічні кризи, збройні конфлікти держав і масові протести за права і свободи, глобальна зміна клімату та недосконала екологічна політика держави (наприклад, масова вирубка дерев).

За таких обставин особливої уваги набуває забезпечення конституційних прав громадян у кримінальному судочинстві в умовах воєнного та надзвичайного стану.

Стаття 64 Конституції України передбачає можливість уведення в Україні воєнного або надзвичайного стану, при цьому можуть встановлюватися певні обмеження прав і свобод людини із зазначенням строку дії цих обмежень.

Розкриття та розслідування кримінальних справ в умовах воєнного та надзвичайного стану потребує особливої регламентації, саме через те, що нормальне функціонування державних інституцій на деякий час стає неможливим. Але в новому КПК 2012 р. ці питання не знайшли вирішення, тобто порядок кримінального судочинства в умовах воєнного та надзвичайного стану відсутній.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Проблема організації роботи органів внутрішніх справ та розслідування кримінальних справ в надзвичайних умовах приділяла увагу у своїх дослідженнях українські та зарубіжні вчені – юристи, зокрема О. М. Бандурка, А. В. Басов, Р. С. Белкін, Ф. Ф. Васильків, Н. В. Грирор'єв,

А. Г. Каткова, С. О. Кузніченко, В. А. Лаптії, Т. В. Омельченко, І. М. Твердохліб та інші.

Але праці вищезазначених авторів були опубліковані до прийняття нового КПК України, тому є потреба розглянути проблемні питання дії кримінального процесуального закону в умовах воєнного та надзвичайного стану.

Викладення основного матеріалу. Відповідно до п. 19 ст. 92 Конституції України правовий режим воєнного і надзвичайного стану визначаються виключно законами України [1]. Так, відповідно до преамбули Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану» [2], надзвичайний стан – це особливий правовий режим, який може тимчасово вводитися в Україні чи в окремих її місцевостях при виникненні надзвичайних ситуацій техногенного або природного характеру не нижче загальнодержавного рівня, що призвели чи можуть призвести до людських і матеріальних втрат, створюють загрозу життю і здоров'ю громадян, або при спробі захоплення державної влади чи зміни конституційного ладу України шляхом насильства. Надзвичайний стан вводиться лише за наявності реальної загрози безпеці громадян або конституційному ладові, усунення якої іншими способами є неможливим.

Безпосередньо підставами введення надзвичайного стану, які будуть відноситися до необхідності розслідування, слід відзначити такі: 1) здійснення масових терористичних актів, що супроводжуються загибеллю людей чи руйнуванням особливо важливих об'єктів життєдіяльності; 2) виникнення міжнародних і міжконфесійних конфліктів, блокування або захоплення окремих особливо важливих об'єктів або місцевостей, що загрожує безпеці громадян і порушує нормальну діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування; 3) виникнення масових заворушень, що супроводжуються насильством над громадянами, обмежують їх права і свободи; 4) спроби захоплення державної влади чи зміни конституційного ладу України шляхом насильства. У разі введення надзвичайного стану із зазначених підстав додатково можуть здійснюватися такі заходи: 1) перевірка документів у громадян, а в необхідних випадках – проведення особистого огляду, огляду речей, транспортних засобів, багажу і вантажів, службових приміщень та житла громадян; 2) особливі правила

користування зв'язком та передачі інформації через комп'ютерні мережі.

За умов введення надзвичайного стану не можуть бути припинені чи обмежені повноваження судів, органів прокуратури України, органів дізнання та слідства (ст. 11 Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану»). Окремою статтею регламентовано порядок здійснення правосуддя, яке на території, де введено надзвичайний стан, здійснюється лише судами, створеними відповідно до Конституції України. Введення будь-яких скорочених або прискорених форм судочинства забороняється (ст. 31 Конституції України).

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про правовий режим воєнного стану», воєнний стан – це особливий правовий режим, що вводиться в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності [3].

За умов режиму воєнного стану можна запроваджувати та здійснювати такі заходи: 1) перевіряти документи у громадян, а в разі потреби проводити огляд речей, транспортних засобів, багажу та вантажів, службових приміщень і житла громадян, за винятком обмежень, встановлених Конституцією України; 2) здійснювати контроль за роботою підприємств зв'язку; 3) у разі порушення вимог або невиконання заходів правового режиму воєнного стану вилучати у підприємств, установ і організацій усіх форм власності, окремих громадян радіопередавальне обладнання, телевізійну, відео- і аудіоапаратуру, комп'ютери, а також у разі потреби інші технічні засоби зв'язку (ст. 15).

На території, де введено воєнний стан, правосуддя здійснюється лише судами, створеними відповідно до Конституції України. Створення надзвичайних та особливих судів не допускається (ст. 26). Скорочення чи прискорення будь-яких форм судочинства забороняється.

У період воєнного стану не можуть бути припинені повноваження судів, органів прокуратури України, органів дізнання та слідства (ст. 10 Закону України «Про правовий режим воєнного стану»).

Слід підкреслити, що положення згаданих законів впливають з міжнародно-правових стандартів в галузі прав людини і громадянина. Так, відповідно до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права [4] у разі введення надзвичайного чи воєнного стану Україна негайно повідомляє через Генерального секретаря ООН державам, які беруть участь у цьому пакті про обмеження прав і свобод людини і громадянина, що є відхиленням від зобов'язань за Міжнародним пактом, та про межу цих відхилень і причини прийняття такого рішення. Також у повідомленні зазначається термін, на який вводяться відхилення від зобов'язань, що передбачені Міжнародним пактом про громадянські та політичні права.

Крім того, ст. 15 Європейської конвенції про захист прав і основоположних свобод [5] наголошує: «Під час війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації, будь-яка Висока Договірна Сторона може вживати заходів, що відступають від її зобов'язань за цією Конвенцією, виключно в тих межах, яких вимагає гострота становища, і за умови, що такі заходи не суперечать іншим її зобов'язанням згідно з міжнародним правом.

Щодо заборони у вітчизняному законодавстві введення скорочених або прискорених форм судочинства під час воєнного або надзвичайного стану, то вона також впливає з міжнародних стандартів. А саме, у ст. 6 Європейської конвенції про захист прав і основоположних свобод закріплена норма принципово важливого характеру, згідно із якою кожна людина має право на справедливий і публічний розгляд справи в розумний строк незалежним і неупередженим судом, створеним на підставі закону.

Зауважимо, що новий КПК України у ст. 21 гарантує кожному право на справедливий розгляд та вирішення справи в розумні строки незалежним і неупередженим судом, створеним на підставі закону. Але ст. 32-34 не передбачають особливості визначення підсудності кримінальних проваджень, розслідування яких проводилось на територіях, де був введений особливий правовий режим [6].

Що стосується строків дії особливих правових режимів, то відповідно до ст. 7 Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану» надзвичайний стан може бути введено Президентом України за затвердженням Верховної Ради України на строк в Україні не більше як 30 діб і не більше як 60 діб в окремих її місцевостях. У разі необхідності надзвичайний стан може бути продовжений Президентом України за погодженням з Верховною Радою України, але не більше як на 30 діб.

Надзвичайний стан в Україні або в окремих її місцевостях може бути скасований Указом Президента України раніше строку, на який він вводився, в разі усунення обставин, що обумовили необхідність введення надзвичайного стану. Надзвичайний стан на території Автономної Республіки Крим або в окремих її місцевостях може бути скасований за ініціативою Верховної Ради Автономної Республіки Крим. Про скасування надзвичайного стану оголошується негайно через засоби масової інформації або в іншій спосіб після видання відповідного Указу Президента України [2].

Аналізуючи положення нового КПК 2012 р. та положення Законів України «Про правовий режим надзвичайного стану» та «Про правовий режим воєнного стану» можна зробити висновок, що підслідність в умовах воєнного, надзвичайного та мирного часу не відрізняються. Така позиція законодавця є досить спірною.

Як слушно зазначає А. Г. Каткова, специфіка розслідування злочинів в умовах надзвичайного стану обумовлена багатьма причинами: великою кількістю злочинів, в тому числі і тяжких, які, як правило, вчинені групою осіб; знищення майна та великими розмірами заподіяної шкоди; великою кількістю потерпілих та свідків, які вимушені покинути своє постійне місце проживання і тимчасово знаходяться в іншому місці і т. ін. [7, 343].

Розглядаючи особливості розслідування надзвичайних ситуацій, викликаних техногенними катастрофами, В.І. Бояров і П. В. Шалдирван зазначають, що потрібно враховувати ряд специфічних факторів. Зокрема, вже на початку розслідування виникає протиріччя між діями слідчого, з одного боку, та представників влади (місцевої або державної) і керівників галузі, де сталася подія – з іншого. Йдеться про усунення перешкод для нормального функціонування системи: наприклад, поновлення руху транспорту або ліквідація наслідків вибуху трубопроводу. А вже потім – надається (інколи ілюзорна) можливість слідству для фіксації обстановки місця події (вже суттєво зміненої), проведення інших невідкладних слідчих дій. У подальшому, з боку зацікавлених осіб можуть прийматися заходи ще й для того, щоб їх не визнали причетними до наслідків, які настали в результаті катастрофи. Саме це і призводить до протидії з боку таких структур, представники яких входять до складу спеціальних комісій з розслідування причин катастрофи та ліквідації її наслідків. Особливістю розслідування таких справ є наявність паралельного службового розслідування, яке фактично передує досудовому провадженню. Таке службове розслідування – це фактично проведення огляду місця катастрофи, пошук та вилучення доказів; опитування свідків та постраждалих, призначення та проведення відомчих експертиз [8, 186].

Також певні особливості має проведення слідчих дій в надзвичайних умовах. По-перше, це масштабність огляду місця події. Для слідства дуже важливо отримати повну інформацію стосовно масштабів катастрофи, якщо вона пов'язана із руйнуванням промислових підприємств, житлових будинків, транспортних магістралей. Для огляду значних територій рекомендується використовувати можливості гелікоптера. Протокол огляду в такому разі потрібен у першу чергу для отримання достатньо повної інформації про загальне уявлення щодо наслідків руйнувань на великому підприємстві, у населеному пункті або регіоні. При цьому виправдано використання відео- та фотозйомки. А результатом такого огляду може бути отримана повна інформація щодо місць подій, які вже потребують детального огляду. Застосування відеозапису дозволить після закінчення об'їзду з оглядом місць подій оперативно продемонструвати відеозапис іншим учасникам наступних оглядів. Це надасть їм необхідне уявлення щодо місць подій, які вони будуть оглядати.

При провадженні деяких слідчих дій в умовах надзвичайного стану виникають певні незручності із залученням понятих, перекладачів, спеціалістів та розшуком потерпілих і свідків, які вимушені покинути своє житло та переховуватись або переїжджати в інші міста, країни або спеціально створені табори біженців. Знаходячись за межами домівки або іншого володіння, потерпілі, як правило, мало що можуть сказати про характер та розмір заподіяної шкоди, послідовності дій та наслідках, тому встановити справжню картину скоєного злочину та розмір заподіяної шкоди в багатьох випадках неможливо [7, 343]. Слід зауважити, що допит потерпілих та свідків має бути негайним. Затягування з допитом може негативно відбиватися на показаннях свідків та потерпілих, тому що вони можуть бути піддані тиску з боку осіб, які не зацікавлені у встановленні істини в справі у зв'язку з причетністю до катастрофи.

Затримування підозрюваних у кримінальному провадженні в умовах надзвичайного стану не слід плутати з адміністративним затриманням. Процесуальне затримання в цих умовах має свою специфіку. Дотримання 72 годинного строку обмеження свободи підозрюваного і забезпечення у такий короткий строк права на захист, доставлення його до слідчого судді для вирішення питання про взяття під варту у більшості випадків буде неможливим, оскільки більшість адвокатів не виявлятимуть великого бажання працювати фактично безкоштовно та ще в таких екстремальних умовах.

В умовах надзвичайного стану певні труднощі виникають і при провадженні обшуку, коли треба діяти терміново, не втратити доказів при провадженні цих дій. Складнощі, з якими стикається у цих випадках слідчо-оперативна група, це проведення рятувальних робіт та ліквідація наслідків надзвичайної ситуації, а також службове розслідування.

Крім того, велике значення для ефективного розслідування кримінальних проваджень в умовах надзвичайного стану має створення відповідних умов для безпечного проведення слідчих дій. Прикладом може бути спроба огляду реактора на ЧАЕС у квітні 1986 р.

Висновки. Враховуючи складність розслідування кримінальних проваджень в умовах воєнного та надзвичайного стану пропонуємо доповнити новий КПК України окремим розділом «Особливості кримінального судочинства в умовах воєнного та надзвичайного стану», який би передбачав положення про підслідність та підсудність кримінальних проваджень в цих умовах, про продовження строків досудового розслідування на час дії на відповідній території України надзвичайного або воєнного стану, а також положення про особливості проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, про порядок зупинення та закінчення досудового розслідування по кримінальних провадженнях, розпочатих до моменту введення надзвичайного або воєнного стану.

Література:

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // Сайт Верховної Ради України. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>
2. Про правовий режим надзвичайного стану: Закон України від 16.03.2000 р. // Сайт Верховної Ради України. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1550-14>.
3. Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 06.04.2000 р. // Сайт Верховної Ради України. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1647-14>.
4. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 16.12.1966 р. // Сайт Верховної Ради України. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_043.
5. Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. // Сайт Верховної Ради України. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України.
7. Каткова А. Г. Кримінальне судочинство в умовах особливих правових режимів: питання, що не знайшли вирішення в новому КПК України / А. Г. Каткова // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: Матеріали IV міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 95-річчю з дня народження професора М. В. Салтєвського (м. Одеса, 2 листопада 2012 р.). — Одеса: Фенікс, 2012. — С. 342-344.
8. Бояров В.І. Техногенні катастрофи: особливості розслідування / В.І. Бояров, П. В. Шалдирван // Вісник Запорізького національного університету. — № 1. — 2009. — С. 185-191.

Шкитов О. Ф. Действие уголовно-процессуального закона в условиях военного и чрезвычайного положения

Аннотация. В статье рассматривается действие уголовного процессуального закона в условиях военного и чрезвычайного положения. Автор статьи предлагает дополнить новый УПК Украины отдельным разделом «Особенности уголовного судопроизводства в условиях военного и чрезвычайного положения».

Ключевые слова: уголовный процессуальный закон, уголовное судопроизводство, военное состояние, чрезвычайное состояние.

Shkitov O. The criminal procedure law under martial law and state of emergency

Summary. The article rasmatrivaetsya protsesualnogo the criminal law in a state of war or state of emergency. The author proposes to add a new Code of Criminal Procedure separate section «Features of the criminal proceedings in the military and chrezvyuchanogo condition.»

Keywords: criminal law process, criminal procedure, position of war, state of emergency.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ТА ПОРІВНЯЛЬНЕ
ПРАВОНАВСТВО

Трояновский А. В.,
к. ю. н., доцент, доцент кафедры
международного права и международных отношений
НУ «Одесская юридическая академия»

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ УСТАНОВЛЕНИЯ *OPINIO JURIS*

Аннотация. Статья посвящена методологическим вопросам установления *opinio juris* в процессе формирования международного обычая. Проведен подробный анализ решений и консультативных заключений Международного Суда ООН в контексте методологии установления *opinio juris*. Подчеркивается согласительная природа норм международного права, в связи с чем отмечается, что согласование воли государств в процессе международного обычного правотворчества касается как содержания правила поведения, так и признания его в качестве юридически обязательной нормы международного права.

Автором отмечается, что исходная методология, используемая для установления позиции государства, основывалась на презумпции либо дедукции *opinio juris* из общей и последовательной практики государств. Однако роль *opinio juris* меняется. В связи с чем высказывается мнение о достаточности для возникновения обычая лишь проявления *opinio juris*.

Ключевые слова: методология, международный обычай, согласование воли государств, Международный Суд ООН, практика государств, *opinio juris*.

Постановка проблемы. Один из наиболее значительных физиков XX века, создатель специальной и общей теории относительности, лауреат Нобелевской премии Альберт Эйнштейн как-то сказал: «Международные законы существуют только в сборниках международных законов», – подчеркнув тем самым господствовавший долгое время в западной политико-правовой доктрине нигилистический подход к пониманию нормативной природы международного права.

Анализ последних исследований. Вопросы легитимности международного права являются весьма актуальными в науке международного права. В разные годы ими задавались в своих работах В. Г. Буткевич, В. А. Василенко, А. С. Гавердовский, Г. В. Игнатенко, Д. Б. Левин, И. И. Лукашук, Г. Кельзен, С. Ю. Марочкин, А. П. Мовчан, Л. Оппенгейм, А. Н. Талалаев, Г. И. Тункин, Дж. Тускоз, Е. Т. Усенко, Д. И. Фельдман, Р. Фишер, Д. Фрай, В. Фридман, М. Е. Черкес, С. В. Черниченко и др. Да и в целом, классический академический курс международного права на протяжении многих лет начинался с традиционного вопроса: а является ли, собственно, международное право *правом*?¹ Как справедливо отмечает в этой связи

профессор М. Е. Черкес, «поскольку международное право не находится под чьей-либо юрисдикцией, не подвластно какому-либо государству и вообще чьей-либо власти, ... нормы международного права не обеспечиваются силой государственного принуждения, и ставится под сомнение его нормативный характер» [1, 21].

Изложение основного материала. В международно-правовой науке является truизмом согласительная природа норм международного права, исходящая из признания создания норм международного права путем согласования воли государств [2, 25-29; 3, 14]. Соглашение является единственным способом создания норм международного права [4, 185]. И это утверждение является справедливым для обоих основных источников международного права – как для международного договора, так и международного обычая. Хотя высказывается и мнение относительно сомнительности применения концепции согласования воли государств к процессу формирования обычая [5, 30].

Например, фундатор нормативного позитивизма Ганс Кельзен считал, что обоснование создания обычных норм международного права путем согласия государств было бы возможно при условии, что такая обычная норма создается действиями всех государств, которые ею связываются, либо что она (норма) является обязательной для государства только в том случае, если оно (государство) своими действиями участвовало в создании этой нормы. Учитывая, что нормы международного обычая обязательны для всех государств, было бы необходимо доказать, писал он, что все государства согласились со всеми ими путем участия своим фактическим поведением в их создании. Согласно Г. Кельзену, «продолжительная устоявшаяся практика большого количества государств, включая государства, в виду их силы, культуры и т. д., с особой заинтересованностью, является существенной». Следовательно, заключает Г. Кельзен, «обычное право не может интерпретироваться как созданное общим согласием членов международного сообщества» [6, 301-311].

В теории международного права широко распространено мнение, согласно которому, в отличие от международного договора, обычай создается в

¹ Например, один из параграфов курса Л. Оппенгейма называется: «Юридическая сила международного права оспаривается». – См.: Оппенгейм Л. Международное право. Т. 1: Полут. 1:

Пер. с 6-го англ. изд., доп. Г. Лаутерпахтом / Под ред. и с предисл. С.Б. Крылова. – М.: Инстр. лит., 1948. – 407 с. – С. 28.

результате несознательных процессов, и поэтому международный обычай, по определению Г. Кельзена, «является бессознательным правотворчеством» [6, 308]. В отечественной международно-правовой науке еще П. Е. Казанский, профессор Императорского Новороссийского университета, писал, что международный обычай есть «форма образования права, не отличающаяся сознательностью» [7, 110]. Аналогичное мнение высказывают и другие отечественные юристы-международники [8, 45].

Как известно, ст. 38 Статута Международного Суда ООН определяет международный обычай «как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». Иными словами, это сложившееся в практике устойчивое правило, за которым государства, выражая свою согласованную волю, признают юридическую силу.

Из приведенной дефиниции определенно следует, что международный обычай является результатом правотворческого процесса – готовой нормой международного права. В противном случае, Суд при разрешении спора не мог бы руководствоваться им как формальным критерием (источником) правомерности поведения государств¹.

Природа юридической обязательности обычая объясняется по-разному в зависимости от подходов к правовой сущности самого международного права. Так, сторонники естественно-правовой концепции международного права исходят из объективного, помимо воли государств, существования права. Следовательно, обычай сам по себе не создаёт нормы, а есть лишь подтверждение наличия существующей практики и её конституирование. А всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы, есть доказательство обычая.

Представители школы позитивизма же требуют доказательства обязательной силы международного права через суверенную волю государств, и как следствие, их отношение к признанию международного обычая более жесткое и формализованное.

Напомним, что в своем решении от 27 июня 1986 г. по делу «О военной и военизированной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа против США)» Международный Суд подтвердил, что международный обычай включает два элемента: 1) объективный элемент – общность практики и 2) субъективный – признание в качестве правовой нормы, называемое *opinio juris*.

Opinio juris, или признание в качестве нормы права, придает обычному правилу легитимность, наделяя

его авторитетом и юридической силой. Без этого нормативного аспекта, практика является не более чем обычным заведенным порядком либо простой привычкой, но не правом. С этой целью, подчёркивает Суд, необходимо выяснить, существует ли та или иная норма обычного права в *opinio juris* государств и убедиться в том, что это подтверждено практикой [9, п. 183-186]. Иными словами, необходимо, чтоб практика сопровождалась убежденностью, что она обязывает государства именно как *право*.

Анализируя решения Международного Суда, можно заметить, что Суд старается отталкиваться от ст. 38 Статута, детально изучать практику государств, подчеркивая необходимость соблюдения таких критериев, как постоянство, непрерывность и однородность практики, а также, что не менее важно, – убежденность в ее юридической обязательности для государств [10].

Однако ни современная теория, ни практика международного права не предлагают методологию, которая обеспечивала бы точную меру нормативного поведения государств. И средства, используемые для этих целей в настоящее время, сводят *opinio juris* не более, чем к правовой фикции.

В объяснении понятия *opinio juris* признанный теоретик международного обычая Г. М. Даниленко выделяет две теории: традиционную теорию *opinio juris* и теорию, понимающую под *opinio juris* согласие государств с формирующейся обычной нормой [11, 101].

Традиционная концепция, основывающаяся на идеях естественно-правовой школы международного права, понимает под *opinio juris* сопровождающее обычную практику убеждение (отсюда обозначение этого элемента как «психологического» [12, 46]) в том, что практика отражает предписание уже существующей нормы права [13, 33], и именно в силу ее юридической обязательности этой практики следует придерживаться. Сторонники данной точки зрения считают, что обычные нормы не создаются субъектами международного права, а порождаются непосредственно международными отношениями [14, 236].

В отличие от традиционной концепции, теория, которая понимает под *opinio juris* согласие государств с формирующейся обычной нормой, трактует *opinio juris* как сознательный акт, имеющий в своей основе согласование воли государств и направленный на признание возникающей нормы права².

Как верно заметил судья Международного Суда ООН Котаро Танака в своем особом мнении по делу «О Континентальном шельфе Северного моря» (Германия против Нидерландов, 1969 г.), «процесс формирования международного обычая является сложным психологическим и социологическим процессом».

² Отметим, что согласование воли государств в процессе международного обычного правотворчества касается как содержания правила поведения, так и признания его в качестве юридически обязательной нормы международного права.

¹ В то же время, цитированный уже Г. Кельзен определял международный обычай как, с одной стороны, процесс создания нормы, а с другой – обычную норму, созданную в результате правотворческого процесса. И в этом проявляется особенность обычного нормотворчества: процесс формирования обычая невозможно точно отграничить во времени от конечного результата – собственно сложившегося правила, наделенного государствами качествами правовой нормы

Судья К. Танака представил международный обычай как результат двух факторов: количественного – практики, которую он образно назвал «телом», – и качественного – *opinio juris* (сокр. от *opinio juris sive necessitates* – с лат. «убежденность в законности и необходимости»), образно названное им «интеллектом» [15, 171]. И установит наличие этих двух факторов в процессе формирования обычая, по мнению судьи, является тонким и сложным вопросом.

Субъективно-психологическое понимание *opinio juris* как чувства или убеждения приводит некоторых авторов к выводу о том, что данный элемент не может иметь значения для формирования международного обычая. Например, Г. Кельзен обосновывал такую позицию тем, что *opinio juris* не играет какой-либо роли в формировании обычая, поскольку на практике доказательство субъективных убеждений государств невозможно, следовательно, единственным необходимым элементом обычая служит длительное и постоянное повторение сходных действий [15, 450-451], а *opinio juris* есть фикция, призванная замаскировать правотворческие полномочия судьи.

Существует и теория, признающая *opinio juris* единственным элементом обычая и согласно которой для возникновения обычая наличия практики государств не требуется, достаточно проявления их *opinio juris* [16]. Близкое мнение высказывал и профессор И. И. Лукашук. Он отмечает существенные изменения в соотношении двух элементов обычая, подчеркивая, что «предшествующая обширная практика перестала быть необходимой для создания обычных норм, и решающее значение приобрело *opinio juris*. Оно способно создавать нормы международного обычного права даже при отсутствии предшествующей практики, а в некоторых случаях и при значительном уровне отклоняющейся практики» [14, 235]¹.

На наш взгляд, в теории справедливо подчеркивается значение *opinio juris* для становления международного обычая. Нельзя не согласиться с мнением Г. М. Даниленко, отмечающим, что «учет позиции отдельных государств по отношению к существующей практике предполагается основным принципом обычного нормообразования, который состоит в том, что норма обычного права связывает конкретное государство только в том случае, если оно тем или иным способом признало ее» [11, 112]. Иными словами,

роль *opinio juris* в процессе обычного нормотворчества состоит также в том, что благодаря этому второму элементу обычая не допускается навязывание воли большинства государств меньшинству, что полностью соответствует принципу суверенного равенства государств.

Следует признать, что как академические круги, так и судейский корпус редко предпринимают прямое и систематическое исследование поведения государств на предмет следования ими правилу обычая. Даже Международный Суд в большинстве случаев оглашает правовые постулаты, не устанавливая нормативность поведения государства либо не предпринимая анализа реальной практики большинства государств. Но в тех случаях, когда Суд считал необходимым установить прямое доказательство наличия *opinio juris*, суд находил адекватные тому свидетельства.

Однако государства не часто дают правовые пояснения своего поведения, подтверждающие их убежденность и желательность в признании существования какого-либо правила как нормы обычая. Также как и не понятно, как установить нормативную убежденность сотен государств, многие из которых никогда не имели возможности или необходимости выразить свое мнение по конкретному правилу [17]. В международном обществе существует много различных нормативных отношений, и заявления или акты нескольких отдельных государств мало что могут рассказать нам о нормативных убеждениях многих.

Исходная методология, используемая для установления позиции государства, основывалась на презумпции либо дедукции *opinio juris* из общей и последовательной практики государств. Эта методика изначально сводилась к формальному допущению. Предполагается, что обычно-правовое правило может быть выведено индуктивно (путем умозаключения) и что последовательность практики свидетельствует о принятии данной нормы.

Схожая позиция высказана и в Окончательном докладе Комиссии по вопросу формирования обычного (общего) международного права Ассоциации международного права. В нем указывается, что если практика удовлетворяет всем требованиям, предъявляемым к ней как к одному из элементов международного обычая, то, за исключением случаев, когда имеются основания полагать, что *opinio juris* отсутствует, нет смысла вообще упоминать второй элемент, поскольку он легко может быть выведен из практики [13, 33].

Иными словами, в случаях, когда практика удовлетворяет всем требованиям, предъявляемым к ней как к первому элементу обычая, можно говорить о презумпции выражения ею *opinio juris*, то есть, предполагается, что государства следовали определенной практике в силу признания ее как общеобязательной нормы. Но, как и любое допущение, презумпция наличия *opinio juris*, логично, может быть и опровергнута.

¹ Объективности ради, уточним, что ученый исходит из существования в современном международном праве двух видов обычных норм: «Одни представляют собой сложившееся в практике неписаное правило, за которым субъекты признают юридическую силу. Другие, – отмечает И.И. Лукашук, – также являются неписаными правилами, за которыми признается юридическая сила, но создаются они не в результате длительной практики, а путем признания нескольких или даже одного предшествующего акта» [14, 214]. И высказанное выше мнение «ни в коей мере не означает принижения значения традиционных обычных норм, складывающихся в практике государств, которые по-прежнему, – подчеркивает он, – будут занимать весьма важное место в системе общего международного права» [14, 235].

та. Поэтому не стоит недооценивать данный элемент международного обычая даже в тех случаях, когда практика полностью соответствует всем предъявляемым к ней требованиям.

Презумпция *opinio juris* сводит всеобщность признания к очевидной фикции, поскольку оно скорее предполагается, чем утверждается. В то же время теория молчаливого согласия может иметь достаточно аргументированное обоснование. Так, если особо заинтересованное государство хранит молчание в отношении складывающегося обычая, которым затрагиваются его прямые интересы, логично допустить, что тем самым оно выражает свое согласие – *tacitum pactum*, – с обязательностью формирующегося правила. Но в лучшем случае, такое молчаливое согласие дает свидетельства о позиции лишь нескольких государств, чего явно недостаточно для установления общности признания, особенно, если подавляющее большинство государств не было в состоянии заявить свой протест и норма касается их непосредственных интересов.

Присоединяясь к этой дискуссии, известный польский юрист-международник Кароль Вольфке подчеркивает: «Во все возрастающей мере оправдано обоснование презумпции признания практики в качестве выражения права в результате все возрастающего значения международного права и, следовательно, понимания последствий терпимости к новой практике. Правительства знают, что терпимость к практике ведет к ее легализации, к созданию новой нормы обычного права. Отсюда их растущая бдительность» [18, 70]. Профессор К. Вольфке оправдывает такую позицию уступкой осознанной необходимости. Установить наличие нормативных убеждений в противном случае было бы чрезвычайно трудно.

Вспомним также, что в ст. 38 Статута Международного Суда речь идет именно об *общей* практике¹. В особом мнении по делу о Юго-Западной Африке (вторая фаза) судья К. Танака в связи с этим заметил, что «статья 38, п. 1 (b) не исключает возможности небольшого числа несогласных с созданием обычного международного права» [19, 291].

Несмотря на то, что такая презумпция встречает ряд вполне обоснованных возражений [20], считаем, что, поскольку государствам известно о практике других государств и, соответственно, они могут предвидеть возможность формирования новой нормы, отсутствие последовательных возражений со стороны государства будет рассматриваться как его согласие со становлением правового обычая.

Конституирование *opinio juris* возможно как из активных действий государств, так и из пассивной практики. Пассивная практика в формировании обы-

чая обязательно учитывается, поскольку государства зачастую выражают признание обычая путем «терпеливого отношения» к активным действиям других государств, «отсутствием протеста» [11, 113]. Иногда в теории даже говорится об обычаях как «воплощении молчаливого или подразумеваемого» соглашения².

Государства могут выразить *opinio juris* и явным образом. Явно выраженное признание осуществляется чаще всего в форме заявления и является наиболее предпочтительной формой признания, поскольку не вызывает вопросов и разногласий. Исходя из этого, значение различных заявлений государств для установления *opinio juris* превосходит значение фактических действий. В случае фактических действий, правда, также действует презумпция, что государства совершают их исходя из признания их юридической обязательности. Но именно делая заявление, государство недвусмысленно высказывает свою точку зрения.

Так, после того как выяснилось, что Сенат США едва ли даст согласие на ратификацию Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., Президент Р. Рейган заявил, что все положения Конвенции, кроме положений о режиме ресурсов морского дна, являются обычными нормами. Профессор Йельского университета М. Ризман по этому поводу констатировал: «Так одним заявлением Президента большое число положений Конвенции, содержащей немало нового, были превращены в обычное право и, следовательно, стали обязательными для США без всякого участия Сената» [21].

Не меньшее значение, чем явное признание имеет и прямое возражение государства против возникающей нормы (например, в форме протеста). Такое возражение (как и явно выраженное признание) дает возможность четко определить позицию государства в процессе формирования обычая и, соответственно, будет свидетельствовать об отсутствии его согласия с формирующейся нормой – *opinio non juris*.

Кроме того, и доктрине, и практике международного права известен принцип, согласно которому обычай, сформировавшийся в практике других государств, не связывает однозначно и последовательно протестующее против данной практики – с самого начала ее становления, – государство [11, 115]. Этот принцип получил название «принцип настойчивого возражения» [22, 34] и полностью соответствует характеру международного права, поскольку в основе его источников, в том числе и обычая, как отмечалось, лежит соглашение субъектов, пусть даже молчаливое.

Что касается позиции Международного Суда ООН, он в своих решениях не раз подтверждал, что

¹ В литературе уже обращалось внимание на некорректность термина «всеобщая практика» в русском тексте Статута, поскольку в английском варианте речь идет о «general practice».

² «Международный обычай – это своего рода молчаливое соглашение о признании и применении в своих взаимоотношениях сложившихся и действующих принципов и норм,» – пишет Н.М. Минасян. См.: Минасян Н.М. Источники современного международного права / Отв. ред.: А.М. Ладьженский. – Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. ун-та, 1960. – 152 с. – С. 98-99/

государство не может быть связано обычаем, против формирования которого оно возражало.

Анализ практики Международного Суда свидетельствует и о нетрадиционных методах установления *opinio juris*. В уже упоминавшемся решении по делу «Никарагуа против США» Суд отметил, что *opinio juris* может быть, хотя и со всеми предосторожностями, выведено из отношения государств к определенным резолюциям Генеральной Ассамблеи ООН. Согласие с такими резолюциями следует понимать «как признание силы за нормой или комплексом норм, провозглашенной самой резолюцией» [9, п. 188-189]. В этом же решении Суд расценил принятие США текста Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН 1970 г., в которой закрепляется принцип запрещения применения силы либо угрозы силой, как подтверждение существования *opinio juris* касательно запрещения применения силы в международных отношениях [9, п. 189]¹.

Еще одним примером этого метода установления *opinio juris* может служить Консультативное заключение Международного Суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения (1951 г.), в котором Суд отметил, что резолюции Генеральной Ассамблеи, даже если они не носят обязательного характера, иногда могут иметь нормативное значение. При определенных обстоятельствах они могут обеспечивать свидетельства, важные для установления факта наличия какой-либо нормы или появления *opinio juris* [23, п. 70].

Конечно, методология установления *opinio juris* многообразнее. Например, в Консультативном заключении Международного Суда относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории (2004 г.) Суд также указывал, что заявления, сделанные в порядке одностороннего акта, в отношении юридических или фактических ситуаций могут иметь следствием возникновение юридических обязательств [24]².

Конкретные методы установления *opinio juris* (как и формы его проявления) могут отличаться в зависимости от того, устанавливает ли содержащаяся в обычае норма запрет, обязанность либо правомочие.

Норма, закрепляющая запрет, – например, общепризнанный в гуманитарном праве запрет заявлять, что пощады никому не будет, – включает в себя не только утверждение, что такое поведение недопустимо, и осуждение случаев, когда запрещенное поведение имело место, но и фактический отказ от запрещенного поведения. Если практика в значительной степени проявляется в воздержании от запрещенных действий, сопровождаемом молчаливым согласием государств, в целях конституирования обычая необходимо установить наличие признаков того, что такое воздержание основывается на законных ожиданиях подобного же поведения от других государств и международного сообщества в целом.

Норма, возлагающая обязательства, – например, правило об оказании помощи раненым и больным, – проявляется, прежде всего, в соответствующем этим требованиям поведении. Подтверждением того, что данное обязательство нормативно, а не простое проявление вежливости, может служить заявление необходимости такого поведения или осуждение государств, не соблюдающих установленную обязанность. Возможно также, что государство, подвергшееся такой критике, предоставит впоследствии пояснение своего уклонения от обязательства либо оправдания в пределах установленного правила.

Норма, предоставляющая правомочия, – например, право государства на осуществление универсальной юрисдикции в отношении актов пиратства [25], – может находить свое проявление в действиях государства, на которые предоставлены соответствующие правомочия, в отсутствие фактической обязанности их совершения. Данное правило обычно принимают форму совершения таких действий государством при отсутствии протестов со стороны других государств.

Впрочем, иногда оказывается теоретически трудно (а порой практически и невозможно) четко разграничить элементы практики и правовой убежденности. Часто, одно и то же деяние является проявлением как практики, так и *opinio juris*. В частности, заявления государства служат как отражением сложившейся практики, так и правовой позиции государства.

Когда существует общепринятая практика, *opinio juris*, в целом, признается содержащимся в этой практике и, следовательно, как правило, нет необходимости, устанавливать отдельно существование *opinio juris*.

Однако установление *opinio juris* играет важную роль в ситуациях отсутствия однозначной практики, когда решить вопрос о формировании на ее основе обычая является проблематичным. Это имеет место, когда государства никак не проявляют своей позиции по формирующемуся правилу, сохраняя молчание и не давая каких-либо пояснений о своем отношении к нему.

¹ Впрочем, в особом мнении по данному решению судья Аго отметил, что Суд проявил слишком большую готовность считать подтверждение некоторых принципов в резолюциях ООН и ОАГ доказательством наличия данных принципов в *opinio juris* членов международного сообщества. См.: Краткое изложение решений, консультативных заключений и постановлений Международного Суда (1948-1991 гг.) – с. 210. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.icj-cij.org/hotpage/tu/files/sum_1948-1991.pdf

² Уместно привести здесь замечание И.И. Лукашук о том, что ряд односторонних актов представляет собой не что иное, как серию актов согласия отдельных государств признать определенное правило в качестве нормы обычного международного права. См.: Лукашук И.И. Нормы международного права. – М., 1997. – С. 215.

Пример такой ситуации был проанализирован Постоянной палатой Международного Правосудия в деле о теплоходе «*Лотос*», в котором Франция оспаривала право Турции преследовать иностранных граждан, обвиняемых в том, что они вызвали столкновение судов в открытом море. Франция заявляла, что отсутствие таких разбирательств свидетельствовало об установлении запрета согласно международному обычному праву преследовать в судебном порядке каким-либо другим государством, кроме как государства флага судна, на борту которого противоправное деяние имело место. Суд, однако, не согласился, поскольку было неясно, воздерживались ли другие государства от преследования, потому что считали, что они не обладали таким правом, либо вследствие какой-либо другой причины, например, отсутствие интереса или убеждение, что суд государства флага является более удобным форумом. Суд заявил, что нет никаких свидетельств какой-либо сознательности наличия обязанности воздержаться [26, 28].

Другая ситуация неопределенности была проанализирована Международным Судом в деле «О Континентальном шельфе Северного моря» (Германия против Нидерландов, 1969 г.), в котором Дания и Нидерланды утверждали, что принцип равного отстояния при делимитации морских пространств является неотъемлемой частью основной доктрины, связанной с континентальным шельфом, и сложился как обычная норма, *inter alia*, поскольку целый ряд государств (было упомянуто около 15 случаев) последовал этой практике. Однако Суд не нашел свидетельств того, что они совершили эти действия потому, что с юридической точки зрения считали себя обязанными применить этот принцип в качестве нормы обычного права. Эти случаи не являются убедительным и достаточным доказательством устойчивости сложившейся практики [15].

В области международного гуманитарного права, нормы которого устанавливают многочисленные запреты и обязанности воздерживаться от определенных действий, бездействия, установление *opinio juris* представляет особую проблему, поскольку требуется установить доказательства того, что соблюдение их – это не случайность, но следование им на основе убежденности в их обязательности. Примером тому может служить проблема правового основания применения норм о запрете средств и методов ведения военных действий, установленных в договорах, касающихся международных вооруженных конфликтов, в отношении вооруженных конфликтов немеждународного характера. Само по себе молчаливое воздержание от запрещенных в договорном порядке действий со стороны не участвующих в конфликте государств не свидетельствует о их *opinio juris* в существовании аналогичной обычной нормы, применимой к вооруженным конфликтам немеждународного характера.

В связи с этим Фредерик Л. Киргис справедливо отмечает, что, похоже, международные суды и трибуналы устанавливают существование нормы обычного международного права, когда это правило является желательным для международного мира и безопасности или для защиты прав человека, при условии отсутствия существования противоположного *opinio juris* [27, 146]. Подтверждением таких выводов служат заключение Международного Военного трибунала в Нюрнберге о том, что положения Гаагской конвенции 1907 г. устоялись в обычное право¹ [29, 1020], или заключение Международного Суда по делу Никарагуа о том, что правило невмешательства во внутренние и внешние дела другого государства являются частью обычного международного права [9, п. 202-209].

Однако, когда устанавливалось обратное *opinio juris* ряда государств, в том числе особо заинтересованных, международная судебная практика постановляла, что существование нормы международного обычного права не было доказано, как например, в консультативном заключении Международного Суда по делу о *Ядерном оружии* в вопросе, является ли применение ядерного оружия незаконным [23]. В консультативном заключении Суд констатировал, что международное обычное и договорное право не содержит какого-либо конкретного предписания, санкционирующего угрозу ядерным оружием или любым другим оружием. Вместе с тем, не существует принципа или нормы международного права, которые ставили бы законность угрозы ядерным оружием или любым другим оружием или же его применение в зависимость от какой-либо конкретной санкции. Государства, считающие применение ядерного оружия незаконным, стремились продемонстрировать существование нормы обычного права, запрещающей применение такого оружия. Они ссылаются на последовательную практику неприменения ядерного оружия государствами с 1945 года и усматривают в той практике выражение *opinio juris* со стороны тех, кто обладает таким оружием [23, п. 65]. Кроме того, государства-члены международного сообщества весьма расходятся во мнениях по вопросу о том, представляет ли собой неприменение ядерного оружия за последние 50 лет выражение *opinio juris*. В этих обстоятельствах Суд считает, что у него нет возможности установить факт существования такого *opinio juris* [23, п. 67].

Выводы. Итак, отсутствие единообразия в понимании природы *opinio juris* приводит к тому, что данный

¹ По мнению Трибунала, «правила ведения войны на суше, сформулированные в конвенции, несомненно, являлись шагом вперед по сравнению с существовавшим во время ее принятия международным правом. Но конвенция определенно устанавливает, что это была попытка «пересмотреть общие законы и обычаи войны», которые она, таким образом, признала существующими. Однако в 1939 году эти правила, изложенные в конвенции, были признаны всеми цивилизованными народами и рассматривались как выражение законов и обычаев ведения войны, на которые имеется ссылка в статье 6 (b) Устава» [29, 1020].

элемент не всегда рассматривается как однозначно необходимый для формирования обычая. Хотя, с другой стороны, ему иногда отводится и первостепенная роль в формировании обычая.

В целом, приходится констатировать, что в международно-правовой теории и практике отсутствует методология, которая бы давала возможность четко определить *opinio juris* и однозначно судить о том, приняло ли государство на самом деле сложившуюся практику в качестве права. Общая и последовательная практика может иметь определенные перспективы, но практика редко бывает общей или даже наблюдаемой, также как и неоднозначно, что даже общая практика большинства государств будет порождать правовые обязательства в децентрализованном и мультикультурном мире.

Возможно, существующая практика несовершенна, и интересы международного сообщества требуют более строгих свидетельств становления нормы международного обычного права, предоставляющих большую уверенность в том, что возникающие нормы действительно отражают реальную политику и обязательства государств. Но с другой стороны, все более усложняющаяся система международных отношений требует значительного числа новых норм, и слишком жесткие требования к созданию норм могут ограничить возможности развития международного права, в результате чего вся международная нормативная система может стать архаичной.

Литература:

1. Черкес М. Е. Международное право: учебное пособие / М. Е. Черкес. — Одеса: Юридична література, 2004. — 384 с.
2. Левин Д. Б. Актуальные проблемы теории международного права / Д. Б. Левин. — М.: Наука, 1974. — 264 с.
3. Лукашук И. И. Источники международного права / И. И. Лукашук. — Киев, 1966. — 125 с.
4. Тункин Г. И. Теория международного права / Г. И. Тункин; Под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. — М.: Зерцало, 2009. — 416 с.
5. Международное публичное право: учебник / Л. П. Ануфриева, Д. К. Бекашев, К. А. Бекашев, В. В. Устинов [и др.]; отв. ред. К. А. Бекашев. — 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Велби, Проспект, 2005. — 784 с.
6. Kelsen H. Principles of International Law / H. Kelsen. — New York: Holt, Rinehart and Winston, 1967.
7. Казанский П. Введение в курс международного права / П. Казанский, проф. Новорос. ун-та. — Одесса: «Экон.» тип. и лит., 1901. — 400 с.
8. Черниченко С. В. Нормы международного права, их создание и особенности их структуры / С. В. Черниченко // Советский ежегодник международного права, 1979. — М.: Наука, 1980. — С. 44-61.
9. Case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA) (merits). Judgment of 27 June 1986. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>
10. Например, в деле «О Континентальном шельфе» (Ливия против Мальты, 1985 г.) Суд также высказал позицию о том, что важность практики не вызывает сомнения, но все же счел недостаточным утверждение стороны по делу (Ливии) о том, что доказательства существования всеобщей практики по вопросу равноудаленности лежат в Женевских конвенциях 1958 г., в тенденциях отказа от разграничения в соглашениях между государствами, а также в судебной практике и работе Конференции ООН по морскому праву 1982 г. Суд не нашел в данной практике доказательства обязательности нормы. // *Continental Shelf Case. Libya v. Malta, 1985* / Official website of International Court of Justice. Judgments, Advisory opinions and Orders by chronological order. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=5&p3=1&y=1985>. — para 44.
11. Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве / Г. М. Даниленко; Отв. ред. А. П. Мовчан. — М.: Наука, 1988. — 192 с.
12. Оппенгейм Л. Международное право / Л. Оппенгейм; Пер. с 6-го англ. изд., доп. Г. Лаутерпахтом; Под ред. и с предисл. С. Б. Крылова. — Т. 1: Полут. 1. — М: Иностр. лит., 1948. — 407 с.
13. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law: Final Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law, International Law Association, Report of the 69th Conference, London, 2000. — 66 p. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>, свободный.
14. Лукашук И. И. Нормы международного права / И. И. Лукашук. — М.: Спарк, 1997. — 324 с.
15. North sea continental shelf Cases. Dissenting Opinion of Judge Tanaka, 1969 г. / Official website of International Court of Justice. Judgments, Advisory opinions and Orders by chronological order. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5579.pdf>
16. См.: Cheng B. United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law? / Cheng B. // *Indian Journal of International Law*, vol. 5, Jan. 1965. — P. 23, 35-36.
17. См.: D'Amato A. The Concept Of Special Custom In International Law / D'Amato A. // *American Journal of International Law* 211 (1969). — P. 211-223 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://anthonydamato.law.northwestern.edu/Adobefiles/A69b-spec-cust.pdf>
18. Wolfke K. Custom in Present International Law / K. Wolfke. — 1st ed. — Wroclaw, 1964. — 190 p.
19. South West Africa Case (Ethiopia v. South Africa). Second Fase. Judgment of 18 July 1966. Dissenting Opinion of Judge Tanaka / Official website of International Court of Justice. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/docket/files/46/4945.pdf>
20. См. о недостатках такой презумпции: Даниленко Г. М. Создание международного права и согласие государств / Г. М. Даниленко // Вне конфронтации. Международное право в период после холодной войны: сб. статей. — М.: Спарк, 1996. — С. 52-53.
21. Цит. по: Лукашук И. И. Международное право. Общая часть: учеб. для студентов юрид. фак. и вузов / И. И. Лукашук // Рос. акад. наук, Ин-т государства и права, Академ. правовой ун-т. — Изд. 3-е, перераб. и доп. — М.: Волтерс Клувер, 2005. — 432 с. — С. 106.
22. Броунли Я. Международное право: в 2-х кн.: перевод с английского / Я. Броунли; Под ред.: Тун-

- кин Г. И.; Пер.: Андрианов С. Н. — Кн. 1. — М.: Прогресс, 1977. — 535 с.
23. Консультативное заключение Международного Суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения / Док. ООН Distr. General A/51/218 19 July 1996 Russian [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.icj-cij.org/homepage/ru/advisory/advisory_1996-07-08.pdf
 24. Консультативное заключение Международного Суда относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории / Док. ООН Distr. General A/ES-10/273 13 July 2004. Russian. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.icj-cij.org/homepage/ru/advisory/advisory_2004-07-09.pdf
 25. См. подробнее: Трояновский А. В. Универсальная юрисдикция в отношении актов пиратства / А. В. Трояновский // Митна справа. — 2012. — № 2(80). — С. 73-80.
 26. PCIJ, The Case of the S. S. «Lotus», Judgment of 7 September 1927. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf
 27. См.: Frederic L. Kirgis, Jr., Custom on a Sliding Scale. // American Society of International Law, 1987, Vol. 81, № 1, Jan. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/2202144?uid=3739232&uid=2&uid=4&sid=21102397650817>
 28. International Military Tribunal at Nuremberg, Case of the Major War Criminals, Judgement, 1 October 1946, Official Documents, Vol. I, pp. 253—254.
 29. См.: Приговор Международного Военного Трибунала // в кн.: Нюрнбергский процесс: в 2-х т. — М.: Государственное издательство юридической литературы, 1954. — 1154 с.

Трояновський А. В. Методологічні проблеми встановлення *opinio juris*

Анотація. Стаття присвячена методологічним питанням встановлення *opinio juris* в процесі формування міжнародного звичаю. Проведено детальний аналіз рішень і консультативних висновків Міжнародного

Суду ООН у контексті методології встановлення *opinio juris*. Підкреслюється погоджувальна природа норм міжнародного права, у зв'язку з чим відзначається, що узгодження воль держав у процесі міжнародної звичаєвої правотворчості стосується як змісту правила поведінки, так і визнання його в якості юридично обов'язкової норми міжнародного права.

Автором відзначається, що вихідна методологія, яка використовується для встановлення позиції держави, ґрунтувалася на презумпції або дедукції *opinio juris* із загальної та послідовної практики держав. Однак роль *opinio juris* змінюється. У зв'язку з чим висловлюється думка про достатність для виникнення звичаю лише прояву *opinio juris*.

Ключові слова: методологія, міжнародний звичай, узгодження воль держав, Міжнародний Суд ООН, практика держав, *opinio juris*.

Troyanovsky A. The methodological problems of determining *opinio juris*

Summary. The article is dedicated to the methodological issues of determining *opinio juris* in the formation of international customary law. A detailed analysis of the ICJ judgments and advisory opinions in the context of the methodology for determining *opinio juris* is given. The conciliation nature of international law is emphasized, in connection with what it is noted that the coordination of the wills of states in the international customary law-making process regards as to the content of practice, and as to its recognition as a legally binding international law rule.

The author notes that the initial methodology used to determine the state position was based on the presumption or deduction of *opinio juris* from a general and consistent state practice. However, the role of *opinio juris* is changing. Thus, it has been argued that solely *opinio juris* is completely sufficient for formation of customary law.

Keywords: methodology, international custom, agreement of wills, International Court of Justice, legal state practice, *opinio juris*.

Чайковський Ю. В.,
к. ю. н., доцент кафедри міжнародного права та міжнародних відносин
НУ «Одеська юридична академія»

РОЛЬ КОНЦЕПЦІЇ «RESPONSIBILITY TO PROTECT» У ФОРМУВАННІ СУЧАСНОГО МІЖНАРОДНОГО СПІВТОВАРИСТВА

Анотація. Проводиться аналіз впливу концепції «*Responsibility to Protect*» на формування сучасного міжнародного співтовариства. Підкреслюється, що праву властивий розвиток еволюційним шляхом, а разом зі збільшенням кількості суб'єктів міжнародно-правових відносин і поглиблення їх взаємодії між собою, неминує також має відбуватися і якісний розвиток міжнародного права. Робиться висновок, що концепція «*Responsibility to Protect*» покликана прийти на заміну концепції гуманітарної інтервенції у міжнародному праві як новий рівень відповідальності національних урядів перед міжнародним співтовариством, що формується.

Ключові слова: відповідальність за захист, еволюція права, міжнародне співтовариство, проблеми становлення.

Постановка проблеми. Міжнародне право з моменту своєї появи пройшло складний шлях еволюції, який різними авторами схематично зображується в певній кількості періодів становлення міжнародного права. Незважаючи на складнощі у визначенні точки відліку міжнародного права, значну розбіжність серед представників науки міжнародного права у цьому надскладному питанні, єдиною є думка про еволюційний розвиток міжнародного права.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Дослідженню ролі і місця у даному процесі і його впливу на формування міжнародного співтовариства присвячували свої праці видатні вчені-міжнародники, такі як: Л. Алексідзе, І. Блищенко, В. Буткевич, А. Дмитрієв, В. Денисов, В. Свінгов, А. Мовчан, І. Лукашук, Г. Тункін, Є. Заядло, Р. Квечень та ін.

Предметом даного дослідження є концепція «*Responsibility to Protect*» та її роль у формуванні міжнародного співтовариства.

Метою даної статті є проведення аналізу впливу концепції «*Responsibility to Protect*» на становлення сучасного міжнародного співтовариства.

Викладення основного матеріалу. Пізнання міжнародного співтовариства є виключно важливим для практики міжнародних відносин і теорії міжнародного права. За своїм смисловим використанням поняття «співтовариство» оманливе і неоднозначне. Воно, так би мовити, більш переконливе для опису існуючого або альтернативного набору відносин. Більш важливо

те, що на відміну від всіх інших понять соціальної організації (держава, нація, суспільство і т. д.), воно ніколи не буде використано в негативному плані і йому ніколи не знайдеться позитивного протиставлення або протилежного поняття. Практично те саме можна сказати і про поняття «світове співтовариство» – воно ніколи не використовується в зневажливому значенні. Може бути, не зовсім зрозуміло, що повинно трактуватися або маєтись на увазі під ним, але напевно ясно: ті, хто його використовують, впевнені, що світ був би краще, якби він міг бути названий співтовариством. Що стосується дипломатичного використання поняття «міжнародне співтовариство» – відносного, але на противагу світовому суспільству переважно державоцентричного поняття – воно завжди переконливо.

Ми будемо говорити про міжнародне суспільство у контексті розвитку сучасного міжнародного права. Особливо динамічно система міжнародного права розвивалася у ХХ ст., коли під впливом загальних для людства загроз – двох світових воєн, глобальних проблем, виразно вималювалися контури міжнародного співтовариства з унікальною системою регулювання відносин – сучасним міжнародним правом. І хоча, як зазначає М. Ю. Черкес, сам термін «сучасне» міжнародне право є не досить коректним, ми застосуємо саме цей термін, оскільки для нас важливо підкреслити кардинальні відмінності у порівнянні із класичним міжнародним правом [1, 90]. Сучасне міжнародне право є системою права із взаємозалежністю і взаємопов'язаністю складових елементів – норм, інститутів і галузей, саме таким воно стало після прийняття Статуту Організації Об'єднаних Націй, як відправної точки відліку нового періоду його становлення.

Найбільш помітні зміни в міжнародному праві – у перетині сфер регулювання із національними правовими системами. Міжнародне право вторгається у традиційно внутрішньодержавні сфери регулювання – такі, як, наприклад, відносини із населенням чи здійснення правосуддя. Дане явище призводить до появи концепції включення внутрішньодержавних правопорядків до багаторівневого правового порядку, підсумком якого повинно стати створення, тлумачення і застосування внутрішньодержавних норм, як і між-

народних, в рамках цієї системи. Ці ідеї глобального права пропонують розглядати право як «внутрішнє» і «зовнішнє», відходячи від традиційного сприйняття «міжнародності» права. Такий підхід загрожує не лише самостійності внутрішньодержавного правопорядку, але також і існуванню міжнародного права, тому що ставить під сумнів сутність міжнародного права, яке засноване на існуванні суверенних держав. З цим пов'язана й дискусія стосовно міжнародної правосуб'єктності фізичної особи.

Іншим феноменом сучасного міжнародного права є проблема конституціоналізації міжнародного права, що пропонує діаметрально протилежний погляд на сучасне міжнародне право як розвиток тенденцій імперативізації й існування зобов'язань *erga omnes*. Ця проблема ставить під сумнів існування міжнародного права як «горизонтального» правопорядку, що спирається на узгодження воель суверенних держав.

Однак, фундаментом сучасного міжнародного права є відносини суверенних держав. Ідея суверенітету залишається основою міжнародного права. Поява в міжнародних відносинах суверенних суб'єктів змінила структуру й вигляд міжнародного співтовариства. Сучасне міжнародне співтовариство – це суверенні держави, а не суверени, і відносини між ними складаються на регулятивній основі міжнародного права. Тобто, якщо бути більш семантично допитливими, то вірно називати існуючий правопорядок міждержавним правом, а не міжнародним. Ще одним феноменом права сучасного міжнародного співтовариства є опора не на етичні норми його існування, а «позитивізація» з опором на воель суверенних держав. Роль держав у сучасному міжнародному співтоваристві безспірна, проте виникає питання про місце й роль недержавних суб'єктів. Ст. 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. оперує поняттям «міжнародне співтовариство держав як ціле», однак Міжнародний Суд ООН вже у 1970 р. у своєму рішенні (і в подальшій правотворчості) вживає термін «міжнародне співтовариство як ціле», чим значно розширює суб'єктний склад такого співтовариства.

Для нас не є важливим питання чи всі суб'єкти міжнародного співтовариства є суб'єктами міжнародного права, однак важливо, що міжнародне співтовариство складають і держави, і несуверенні суб'єкти міжнародного права, так і ті учасники міжнародних відносин, міжнародна правосуб'єктність яких під питанням. Отже, сучасне міжнародне співтовариство складається з неоднорідних за статусом суб'єктів, і, як наслідок, має слабкий ступінь згуртованості.

Функціонування міжнародного співтовариства можна розглядати в двох значеннях: як сукупність суб'єктів, що вступають у відносини між собою і як сукупність суб'єктів, об'єднаних спільною ідеєю і аксіологічною основою. Іноді, різниця ця помітна в термінах «співтовариство» і «спільнота». Спільно-

та – більш тісне об'єднання, тісне саме у зв'язках між суб'єктами. Зокрема, міжнародна спільнота відрізняється від міжнародного співтовариства опорою на квазіконституційні чи навіть конституційні основи, що складають її фундамент як правового порядку. В цьому плані, категорія міжнародної спільноти тісно пов'язана із створенням глобальної конституції.

Відносини у міжнародному співтоваристві реалізуються у двох вимірах: горизонтальному (між незалежними суб'єктами) і вертикальному (між державами й іншими членами міжнародного співтовариства). У цьому плані міжнародне право – явище вторинне, тобто є результатом зобов'язань суб'єктів. Отже, міжнародне право – результат комунікації між суб'єктами у міжнародному співтоваристві, члени якого переконані у необхідності узгодження взаємної поведінки.

Саме формуванню міжнародного співтовариства у вертикальному вимірі й сприяє концепція «*Responsibility to Protect*» (або відповідальності за захист), що знайшла багато прибічників саме останнім часом. Поняття «відповідальність за захист» (обов'язок захищати) є одним з найбільш часто використовуваних у сучасній міжнародній політиці. Його походження тісно пов'язане з дискусією про взаємозв'язок та взагалі сумісність національного суверенітету, використання сили в міжнародних відносинах і прав людини, що відбувається в світі протягом кількох останніх років. Переломним моментом у цій дискусії було військове втручання НАТО в Косово, що поставило на порядок денний фундаментальне питання про легітимність втручання здійснене під прапором прав людини і без прямого дозволу Ради Безпеки ООН. Таким чином, ми мали справу з так званим класичним прикладом конфлікту між правом і мораллю в цілому і міжнародного права і міжнародної моралі зокрема. Під впливом цих подій була створена в 2001 році Міжнародна комісія з питань інтервенції та державного суверенітету (далі – Комісія). Комісією був розроблений спеціальний документ «Відповідальність за захист», в якому здійснена спроба замінити правову концепцію «гуманітарної інтервенції». Події 11 вересня 2001 р. і подальше одностороннє проголошення глобальної війни з тероризмом, війни в Афганістані та Іраку, означало, що люди почали думати про кінець обговорення гуманітарної інтервенції. Ідея гуманітарної інтервенції отримала підтримку, але стільки ж отримала й критики, що знову стало причиною повернення до концепції відповідальності за захист. Посилаючись на те, що з 1945 р., після прийняття Статуту ООН, було більше десятка випадків застосування сили під «гуманітарним» приводом без санкції ООН, прихильники американського тлумачення концепції гуманітарної інтервенції роблять висновок, що оскільки, на їх думку, ці випадки збройної інтервенції були дозволені міжнародним співтовариством або, в крайньому випадку, були зустрінуті їм лише з мовчазною незгодою,

то можна виходити з того, що Статут ООН може бути модифікований практикою держав-членів ООН, що створює міжнародний звичай.

Отже, у доповіді Комісії, опублікованій в 2001 р. під назвою «Відповідальність за захист», вказується на те, що суперечності з питання про застосування сили в гуманітарних цілях виникли внаслідок існування «небезпечної прогалини» між реально існуючими стражданнями людей і діючими правовими нормами і механізмами регулювання міжнародних відносин. Комісія запропонувала заповнити цю прогалину, сформулювавши новий принцип міжнародного права – «відповідальність за захист», – який зобов'язував би міжнародне співтовариство втручатися в справи інших держав з метою запобігання або припинення гуманітарних криз.

Запропонована Комісією концепція коригує традиційне розуміння державного суверенітету, підкреслюючи, що він означає не тільки права, але й обов'язки держави. На думку Комісії, суверенітет означає, що «державні влади несуть відповідальність за те, яким чином вони здійснюють функції захисту безпеки і життя своїх громадян та підвищення їх добробуту», що «національні політичні влади відповідають перед своїми громадянами у внутрішньополітичному плані і перед міжнародним співтовариством – через ООН» і що «представники держави несуть відповідальність за свої дії, тобто вони можуть бути притягнені до відповіді як за свої вчинки, так і за упущення». Проте, комісія йде далі і висуває тезу про те, що запропонована нею концепція «Відповідальності за захист» накладає зобов'язання не тільки на окремі держави, а й на міжнародне співтовариство в цілому. У першу чергу відповідальність за захист своїх громадян лежить на владі самої держави. Але, як вважає комісія, якщо держава не виконує її, то як би в другу чергу функція виконання цієї відповідальності, навіть якщо це зажадає порушення державного суверенітету, переходить до міжнародного співтовариства, яке діє через ООН. Таким чином, робить висновок комісія, «у тих випадках, коли населенню завдана серйозна шкода в результаті громадянської війни, заколоту, репресій або недієздатності держави, а сама ця держава не хоче або неспроможна зупинити або запобігти нанесенню такої шкоди, то принцип невтручання відступає перед міжнародною відповідальністю за захист» [4, 140].

У той же час, допускаючи в принципі можливість гуманітарної інтервенції за рішенням ООН, Комісія вважає при цьому за необхідне наступне: встановити більш чіткі правила, процедури та критерії визначення того, чи є втручання необхідним, а також того, коли і як його здійснювати; визначити правомірність військового втручання, якщо воно необхідне, і тільки після того, як всі інші підходи не принесли успі-

ху; забезпечити, щоб військове втручання, якщо воно робиться, здійснювалося лише в оголошених цілях, було ефективним і при цьому приділялася належна увага зведенню до мінімуму заподіяння в результаті нього людських жертв і шкоди державі; допомогти усунути, де це можливо, причини конфлікту, одночасно зміцнюючи перспективи встановлення міцного і справедливого миру. Не можна не зробити висновок, що в принципі Комісія пропонує досить збалансовану концепцію гуманітарної інтервенції. З одного боку, державам дають зрозуміти, що, в разі проведення ними, всупереч їх конституціям, незаконних репресій чи силових акцій проти груп власного населення з масовими жертвами або їх нездатність або небажання покласти край незаконному переслідуванню таких груп, міжнародне співтовариство може здійснити втручання, в тому числі і збройне, у внутрішні справи таких держав в гуманітарних цілях, для виправлення такого становища.

З іншого боку, розуміючи, що запропоноване коригування найважливіших міжнародно-правових принципів невтручання у внутрішні справи держав, поваги державного суверенітету і незастосування сили може відкрити широкі можливості для зловживання силою державами у власних егоїстичних інтересах, Комісія підкреслює, що рішення про збройну гуманітарну інтервенцію може бути прийнято тільки через ООН, тобто згідно зі Статутом ООН, через її Раду Безпеки. Очевидно, що комісія справедливо виходить з того, що тільки в разі досягнення консенсусу між постійними членами Ради Безпеки при вирішенні цього питання, міжнародне співтовариство може бути гарантовано від зловживання силою тієї чи іншої з великих держав шляхом здійснення гуманітарних інтервенцій.

Висновки. Тож, сама концепція «Відповідальності за захист» сприяє формуванню міжнародного співтовариства не як простої сукупності чітко визначених суб'єктів, а радше, як системи взаємопов'язаних членів, позбавлених обмеженості державних кордонів і впливу національних урядів.

Література:

1. Черкес М. Е. О понятии «современное международное право» / М. Е. Черкес // Митна справа. – 2005. – № 6 – С. 90 – 94.
2. Венская конвенция о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. / А. В. Трояновский, Ю. В. Чайковский; под ред. Засл. юриста Украины, зав. каф. межд. права и междунар. отнош. ОНЮА, к. ю. н., проф. М. Е. Черкеса // Международное право: сборник документов. – О.: Фенікс, 2010. – С.101 –130.
3. Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd (Second Phase), ICJ Reports 1970, s. 32 // <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>
4. Lee Feistein and Anne –Marie Slaughter. A Duty to Prevent // Foreign Affairs. Vol. 83 N 1. January / February 2004. P. 140 – 141.

Чайковский Ю. В. Роль концепции «Responsibility to Protect» в формировании современного международного сообщества

Аннотация. Проводится анализ влияния концепции «Responsibility to Protect» на формирование современного международного сообщества. Подчеркивается, что праву свойственно развитие эволюционным путем, а вместе с увеличением количества субъектов международно-правовых отношений и углублением их взаимодействия между собой, неизбежно также происходит и качественное развитие международного права. Делается вывод, что концепция «Responsibility to Protect» призвана прийти на смену концепции гуманитарной интервенции в международном праве как новый уровень ответственности национальных правительств перед международным сообществом, которое формируется.

Ключевые слова: ответственность за защиту, эволюция права, международное сообщество, проблемы становления.

Chaykovskyy Yu. The Role of the «Responsibility to Protect» Concept in the Formation of Modern International Community

Summary. The influence of the concept «Responsibility to Protect» on modern international community formation is analyzed in the article. It is emphasized that the law develops in evolutionary manner. As its subjects increase in number and their interactions become deeper international law develops qualitatively. It is concluded that «Responsibility to Protect» concept was designed to replace the concept of humanitarian intervention in international law. It is a new level of responsibility of national governments towards the international community.

Keywords: the responsibility to protect, the evolution of the law, the international community, the problems of development.

*Пугачев А. Н.,
к. ю. н., заведующий кафедрой теории и истории государства и права
УО «Полоцкий государственный университет»*

КОНСТИТУЦИЯ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ О ПОНЯТИИ СУВЕРЕНИТЕТА НАРОДА, НАЦИИ, ГОСУДАРСТВА

Аннотация. С позиций современного конституционализма рассматривается суверенитет народа, нации, государства на примере Основного Закона Беларуси. В основу исследования текста Конституции положены грамматический, логический и систематический способы толкования. Подчеркивается сложность трактовки категории «народный суверенитет». Актуализируется проблема соотношения указанных видов (типов) суверенитета. Отмечены наиболее дискуссионные взгляды ученых в этой сфере научной деятельности.

Ключевые слова: суверенитет, конституция, народный, государственный, национальный.

Постановка проблемы. По смыслу Конституции Республики Беларусь (статьи 1, 3, 6, 9, 19, 79, 84) понятие суверенитета означает верховенство, независимость и самостоятельность государственной власти, полноту законодательной, исполнительной и судебной власти государства на своей территории, независимость в международном общении [1]. Это – необходимый качественный признак (атрибут) Республики Беларусь как государства, характеризующий ее конституционно-правовой статус.

Конституция не допускает какого-либо иного носителя суверенитета и источника власти, помимо народа Беларуси. Поэтому некорректным следует считать положение статьи 109 Конституции Республики Беларусь, в котором говорится о том, что «судебная власть в Республике Беларусь принадлежит судам» [1]. Очевидно, что судебная власть, как, впрочем, и любая другая государственная власть, может принадлежать только народу, как единственному источнику государственной власти. Суды переданную им власть могут только осуществлять, не более того. Положения о государственном суверенитете в нашем Основном Законе «переплетаются» с положениями, в которых закреплены основы суверенитета народа.

Этим, можно предположить, подчеркивается их неразрывная связь и исходное значение народного суверенитета (статья 3 Конституции Республики Беларусь).

Изложение основного материала. Суверенитет Республики Беларусь закрепляется в следующих положениях:

- суверенитет Беларуси распространяется на всю территорию;
- Республика Беларусь обеспечивает защиту своей независимости и территориальной целостности;

- наше государство самостоятельно осуществляет внутреннюю и внешнюю политику;

- Республика Беларусь ставит целью сделать государство нейтральным;

- территория Беларуси едина и неотчуждаема.

Вместе с тем, суверенитет Республики Беларусь согласно Конституции Республики Беларусь имеет ограничения. В частности, к внешним и при этом добровольным ограничениям суверенитета относятся стремление Беларуси быть **полноправным субъектом мирового сообщества** (преамбула); включение в белорусскую правовую систему **общепринятых принципов международного права** (ч. 1 ст. 8), которые имеют приоритет в отношении национального законодательства; гарантирование прав и свобод граждан Беларуси согласно **международным обязательствам государства** (ч. 3 ст. 21); признание юрисдикции международных организаций, когда граждане Беларуси обращаются туда в соответствии с международно-правовыми актами, ратифицированными Республикой Беларусь, **с целью защиты своих прав и свобод, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты** (ст. 61); возможность признания Конституционным Судом нормативного правового акта не имеющим юридической силы в случае **несоответствия его международно-правовым актам, ратифицированным Республикой Беларусь** (ч. 4 ст. 116) [1].

В Основном Законе нередко употребляется термин «народ» (например, в Преамбуле, ст. 3, 9) и «**национальный**» (ст. 50, 52, 54) [1]. Такая категория, как «нация», в тексте белорусской Конституции не используется, хотя многие конституции зарубежных стран ее признают (Германии, России, Франции и др.).

Согласно смыслу Конституции Республики Беларусь, под народом понимается совокупность граждан Республики Беларусь, которая обладает учредительной властью и при определенных условиях вправе ее реализовать, поскольку является **носителем суверенитета** и единственным источником власти в Республике Беларусь. В Преамбуле Конституции Республики Беларусь очень четко сформулирован тезис теории «**национального суверенитета**»: «Мы, народ Беларуси, ... основываясь на своем неотъемлемом праве на самоопределение...» [1].

Такой подход, подразумевающий признание в Основном Законе «народного» и «национального» суверенитета, полностью соответствует международным стандартам. Так, Международный пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г. (Беларусью он был ратифицирован 12 ноября 1973 года) в п. 1 ст. 7 гласит, что в силу права народов на самоопределение «они свободно устанавливают свой политический статус и свободно обеспечивают свое экономическое, социальное и культурное развитие» [2]. Это означает, что навязанные народу против его воли политический режим или форма правления, а также режим, который не позволяет народу свободно осуществлять свое экономическое, социальное и культурное развитие, противоречат основополагающим международно-правовым нормам. Такой народ не может считаться свободным и самоопределяющимся, поэтому народ обладает правом на сопротивление. И хотя в белорусской Конституции об этом праве не упоминается («Сопротивление угнетению есть одно из прав человека», – так записано во Французской Декларации прав человека и гражданина 1789 г.), оно вытекает из природы естественного права и сохраняет силу как гарантия против узурпации власти и тирании (Напомним, что в основе Конституции Республики Беларусь лежит концепция, основанная на ценностях естественного права). Таким образом, такое право противостоит любому присвоению власти или незаконному отказу от конституционных принципов и форм правления.

В контексте рассмотрения данной проблемы крайне важным нам представляются размышления одного из ведущих правоведов, бывшего Председателя Конституционного Суда Российской Федерации профессора М. В. Баглая [3, 106-107]. Вот что он пишет.

Воля народа, выраженная в юридически релевантных формах, является подлинным и единственным базисом государства, от нее исходит мандат на устройство и любые изменения формы государственной власти. В силу естественного права, заложенного в понятии народного суверенитета, народ вправе оказать сопротивление любой попытке насильственного свержения конституционного строя. (...) Право на восстание против тирании, на гражданское неповиновение, на применение силы против насилия – составные элементы народного суверенитета.

Угроза суверенитету народа носит скрытый характер. В наше время трудно представить какую-либо политическую силу, которая бы открыто отрицала его, тем более это верно для политических движений, основанных на идеях либерализма, неоконсерватизма, социал-демократии, которые органически слиты со свободой народа и его полновластием. Однако по-другому обстоит дело с идеологиями левого и правого радикализма, которые на словах признают и возносят народный суверенитет, а на практике

стремятся подменить его вождизмом и однопартийной диктатурой (в этой связи как никогда актуальна работа И. А. Ильина «О сущности правосознания» [4]). Следовательно, суверенитет народа нуждается в защите, и эта защита обеспечивается всем конституционным строем государства.

Право на сопротивление – это «палка о двух концах», а поэтому оно упоминается в конституциях довольно редко. Но такие случаи все же есть: в Основном Законе ФРГ прямо записано, что граждане «имеют право на сопротивление каждому, кто попытается устранить этот строй, если другие средства невозможны». Аналогичное право записано в конституционных документах США, Франции и ряда других стран, оно признается как важный элемент естественного права. И в этом своем качестве безусловно должно рассматриваться как свойство суверенитета народа. Отказ от конституционных форм правления в пользу идеологической целесообразности есть государственный переворот, дающий народу основание для использования права на сопротивление.

С учетом изложенного можно сделать вывод о том, что белорусская конституционная доктрина различает в суверенитете три аспекта, которые в юридической литературе характеризуются как «народный суверенитет» (власть народа), «государственный суверенитет» («суверенитет государства») и «национальный суверенитет».

Здесь необходимо сделать важную оговорку. Дело в том, что в юридической и политологической литературе высказываются различные, часто противоположные взгляды на соотношение народного, национального и государственного суверенитета, сопоставление которых в исторической ретроспективе позволяет выявить по меньшей мере две основные позиции, с различными модификациями можно встретиться и в современной юриспруденции.

Согласно одной из них различают три вида суверенитета: народный, национальный и государственный (Л. А. Григорян, Н. И. Магузов и др.). Речь, по существу, идет о том, что в обществе параллельно существуют три разновидности суверенитета, которые действуют одновременно.

Подобная позиция другими учеными (А. А. Безуглов, Б. С. Эбзеев) видится уязвимой и подвергается критике. В частности, Б. С. Эбзеев пишет о том [5, 340], что полновластие народа и его верховенство, национальный и государственный суверенитет находятся в органическом единстве, и именно полновластие народа, народное верховенство лежат в основе государственного суверенитета и определяют его пределы.

Иначе говоря, суверенитет един, он не может быть разделен между народом, нацией и государством, это – различные стороны одного и того же социально-политического и конституционно-правового явления. Само содержание принципа суверенитета исключает

одновременное существование нескольких суверенных властей в одном государстве. Стало быть, речь в действительности идет лишь о разных аспектах одной и той же категории и разных подходах к ее обеспечению. При этом именно суверенитет народа лежит в основе государственного суверенитета, который, в свою очередь, в государственно-организованном обществе выступает в качестве выразителя суверенной воли народа.

Однако народный, национальный и государственный суверенитет, будучи различными аспектами (сторонами) одного и того же социального и юридического феномена, имеют различное социальное и юридическое содержание и проявляются в различных плоскостях общественной жизни. Безгосударственные формы человеческого общежития знали лишь суверенитет народа (например, собрание членов общины), но вне политико-юридических форм, и не знали государственного и национального. Возникновение государственного суверенитета связано с появлением централизованного государства, олицетворяющегося монархом, а национальный суверенитет – продукт буржуазного развития общества и формирования наций.

Выводы. Можно убедиться, что проблемы теории и практики суверенитета, демократии и государства весьма непросты, и среди белорусских, российских, зарубежных ученых и политиков нет единого их понимания. Поскольку проблемы суверенитета многоаспектны, надо рассматривать известные теории и практике три разновидности понятия «суверенитет»: государственный, народный, национальный.

Литература:

1. Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.). — Минск: Амалфея, 2008. — 48 с.
2. Международный пакт о гражданских и политических правах: Пакт от 16 декабря 1966 г., вступил в силу

для Республики Беларусь 23 марта 1976 г. // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2013.

3. Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации: учебник для юридических вузов и факультетов / М. В. Баглай. — М.: НОРМА, 2000 — 776 с.
4. Ильин И. А. Философия права. Нравственная философия. Соч.: в 2-х томах / И. А. Ильина. — Т. I. — М.: Московский философский фонд, Медиум, 1993. — 512 с.
5. Эбзеев Б. С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации / Б. С. Эбзеев. — М.: Юридическая литература, 2005. — 576 с.

Пугачов А. М. Конституція Республіки Білорусь про поняття суверенітету народу, нації, держави

Анотація. З позицій сучасного конституціоналізму розглядається суверенітет народу, нації, держави на прикладі Основного Закону Білорусі. В основу дослідження тексту Конституції покладені граматичний, логічний й систематичний способи тлумачення. Підкреслюється складність трактувань категорії «народний суверенітет». Актуалізується проблема співвідношення зазначених видів (типів) суверенітету. Відзначені найбільш дискусійні погляди вчених у цій сфері наукової діяльності.

Ключові слова: суверенітет, конституція, народний, державний, національний.

Puhachev A. Constitution of the Republic of Belarus about the notion of the sovereignty of the people, nation and state

Summary. From positions of modern constitutionalism the sovereignty of the people, the nation, the state on the example of the Basic Law of Belarus is considered. Grammatical, logical and systematic ways of interpretation are put in a basis of research of the text of the Constitution. Complexity of treatments of the category «people's sovereignty» is emphasized. The problem of a ratio of the specified types of the sovereignty is staticized. The most debatable views of scientists in this sphere of scientific activity are noted.

Keywords: sovereignty, constitution, national, state.

*Якубовская Н. А.,
к. ю. н., доцент, докторант кафедры
международного права и международных отношений
НУ «Одесская юридическая академия»*

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО РАЗВИТИЯ: ЭВОЛЮЦИЯ КОНЦЕПЦИИ

Аннотация. Статья посвящена описанию процесса зарождения и эволюции концепции международного права развития в доктрине международного права. Показано, что в 1970 – 1980-е годы международное право развития рассматривалось как возможность возложить дополнительные обязанности на промышленно развитые страны и закрепить суверенные права развивающихся стран на определение целей, методов и стратегий их развития; в 1990-е годы акцент сместился на наложение взаимных обязательств на развитые и развивающиеся страны и международные организации; начиная с 2000-го года международное право развития рассматривается в контексте Целей развития тысячелетия.

Ключевые слова: развитие, международное право, международное право развития, международно-правовая доктрина.

Постановка проблемы. После появления в 1950-1960-х годах на территории Азии, Африки и Латинской Америки новых независимых государств и их активного вовлечения в международные отношения, «постколониальное международное право» взяло курс на создание более справедливой международной экономической системы, способной адекватно отражать потребности развивающихся стран и благоприятствующей преодолению их экономической, а также социальной и культурной отсталости. С появлением в рамках организаций системы ООН (и немногим позже Европейского экономического сообщества) программ по оказанию технической и финансовой помощи развивающимся странам, которые осуществлялись на основе специально разработанных правил, стало очевидным, что формируется отдельный свод норм, направленных на регулирование международных отношений в области развития, – международное право развития (МПР).

МПР не утрачивает своей актуальности и сегодня, как и проблема экономической, социальной и культурной отсталости в некоторых регионах мира. Нормы МПР создают правовую основу для глобальных и региональных инициатив, предпринимаемых государствами и международными организациями в сфере торговли, передачи технологий, инвестиций, устойчивого развития, защиты прав человека и, что очень важно, финансирования развития.

Анализ последних исследований. Данная статья посвящена описанию процесса зарождения и эволюции концепции МПР в доктрине международного права и опирается на положения, изложенные в трудах таких зарубежных и отечественных ученых, как Г. Фаер, В. Фридман, М. Виралли, М. Флори, М. Беннуна, М. Бенчик, М. Беджауи, Ф. Гарсия-Амадор, М. Агбомену, М. Л. Энтин, И. П. Блищенко, А. Я. Капустин, И. В. Братко и др.

Изложение основного материала. На протяжении многих лет единственным научным трудом, в котором затрагивались международно-правовые аспекты развития отдельных стран, была книга профессора Гая Фаера «Les aspects juridiques de l'assistance technique: dans le cadre des Nations Unies et des institutions spécialisées» [2], посвященная программам ООН по оказанию технической помощи.

Ситуация изменилась с «изобретением» французским экономистом Андре Филипом термина «Международное право развития» (англ. «International law of development» или «International development law», фр. «Droit international du développement»), который он употребил на симпозиуме, проходившем в 1965 году в Ницце накануне первого заседания Конференции ООН по торговле и развитию [3, 129].

Постепенно концепция МПР стала получать признание в международно-правовой доктрине. Особой популярностью она пользовалась у французских юристов-международников, которые сыграли решающую роль в популяризации МПР в своих многочисленных трудах. Потому значительное количество литературы, посвященной данной тематике, а также материалов конференций и курсов лекций, которые читали в Гаагской академии международного права Гай Лашарьер, Морис Флори, Рене-Жан Дюпюи и др., являются франкоязычными.

Необходимо, однако, отметить, что впервые идею о возникновении в современном международном праве новой самостоятельной дисциплины высказал профессор Колумбийского университета Вольфганг Фридман в своей статье «The Changing Dimensions of International Law». Отмечая перемену в содержании международного права, перешедшего от регулирования дипломатических отношений между государствами к международному праву благосостояния (англ.

«international law of welfare»), профессор Фридман писал, что уже можно говорить о существовании единой отрасли международного права – «международном праве экономического развития» (англ. «international law of economic development»), как совокупности норм, которые касаются правовых аспектов иностранного инвестирования, принципов контроля государств над природными ресурсами, а также регулируют вопросы, относящиеся к структуре, политике и методам международного финансирования экономического развития, осуществляемого соответствующими международными организациями [4, 1164-1165].

Тем не менее, возможно из-за того, что в основной своей массе англоязычные авторы (ученые из стран системы общего права) к концепции МПР относились крайне сдержанно и практически ее не развивали, публикацией, которая дала импульс научным дискуссиям о МПР, считается статья Мишель Виралли «Vers un droit international du développement». Свою статью профессор Виралли начал с утверждения, что перед международным сообществом стоят серьезные проблемы, вызванные огромным разрывом в уровнях развития государств. Поэтому в первую очередь необходимо пересмотреть то, что является «международным правом неравномерного развития» (фр. «droit international des inégalités de développement»), выявить слабости, недостатки, пробелы, анахронизмы, которые мешают существующему международному праву создать МПР достойное своего названия. МПР, по мнению профессора Виралли, должно способствовать увеличению количества форм международного сотрудничества на всех уровнях и принятию норм, которые нейтрализуют факторы, приводящие к дисбалансу в развитии. Кроме того, от МПР требуется критический пересмотр действующего международного права и «дух изобретательности» (фр. «l'esprit d'invention»), чтобы стать отправной точкой и вдохновением для современного международного права [5, 9-12].

Идею о том, что существующий международный порядок должен быть пересмотрен и изменен, а МПР может играть в этом процессе решающую роль, подхватили и другие международники. Волей-неволей в 1970-х и начале 1980-х годов концепция МПР стала заложницей движения за установление «Нового международного экономического порядка» (НМЭП).

На практике это проявлялось в том, что развивающиеся страны, индивидуально или коллективно, путем переговоров или конфронтации, проводили кампанию по продвижению МПР в рамках ООН, рассматривая его как возможность возложить на промышленно развитые страны дополнительные обязанности, прежде всего обязанность оказывать помощь развивающимся странам, и закрепить свои суверенные права на определение целей, методов и стратегий развития. МПР должно было выполнять функцию «права – корректора неравенства» [6, 3]. При этом, содержа-

ние МПР сводилось к положениям, содержащимся в резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН и других международных организаций. Результативность таких документов зачастую была низкой из-за реакции развитых стран, которые далеко не всегда поддерживали то, что, по их мнению, подрывало фундаментальные основы международного права [7].

В доктрине международного права кипели споры об обоснованности НМЭП и обязательности политико-правовых актов, закрепляющих его основы. Это не могло не отразиться на восприятии содержания МПР. Так, например, в книге «Droit international du développement» профессор Морис Флори, рассматривая все возможные грани такого явления, как МПР, с самого начала ясно дает понять, что считает основной функцией МПР, как нового права, служение НМЭП. Он пишет, что МПР – это международное право «на службе конечной цели» (фр. «un droit au service d'une finalité») [8, 31]. Рассматривая практическую сторону реализации НМЭП, автор полагает, что учреждение механизмов компенсации вреда, нанесенного развитыми странами развитию слаборазвитых стран, является основной задачей МПР [8, 182-186].

Аналогичные идеи прослеживаются и в работах других авторов, внесших существенный вклад в развитие концепции МПР, например, Алена Пелле, Рене-Жан Дюпюи, Жана Тускоза, Оскара Шахтера, Жоржа Мерлоза, Милана Булажича, Освальдо де Риверо. При этом, если обобщить идеи, высказываемые в трудах перечисленных авторов, целью МПР не является уничтожение или замена классического международного права, которое неспособно адекватно реагировать на проблемы отсталости, а его постепенное реформирование. Развитие связано со всеми аспектами международной жизни, поэтому МПР – это способ «перепрочтения» (англ. «re-reading») международного права [9, 15-16].

Высказывались и другие, более радикальные мнения, особенно юристами из развивающихся стран, которые воспринимали классическое международное право как систему норм, выражающих сугубо интересы развитых государств. Международное право, по их мнению, должно, наконец, лишиться своей ложной нейтральности и отображать идеи, вводимые новым МПР. Так, марокканский юрист Мохаммед Беннуна описал МПР как вызов Третьего мира классическому международному праву, которое не принимает во внимание его интересы [10].

Отсутствие единства мнений относительно содержания МПР порождало в доктрине дискуссии о том, является ли оно самостоятельной отраслью международного права, либо это один из аспектов международного экономического права, фокусирующийся на международных экономических отношениях между Севером и Югом и призванный ускорить развитие последнего. Первоначально эти спорные теоретические

вопросы не поднимались в исследованиях, которые, в лучшем случае, касались нормативной основы МПР либо его роли как международного права «нового образца». Однако, со временем, авторы, которые продвигали идею существования МПР, стали уделять больше внимания тому, какое место оно занимает в системе международного права. При этом, те, кто представлял МПР в качестве автономной отрасли международного права (уже сложившейся или находящейся в процессе становления), не указывали критерии ее выделения в самостоятельную отрасль, говоря лишь о двойственном характере норм МПР и процессе их применения. Предполагалось, что МПР состоит из двух блоков норм: норм, регулирующих отношения между развитыми странами, и норм, регулирующих отношения между развитыми и развивающимися странами, которые, как правило, имеют целью предоставление развивающимся странами преференциального режима.

Большой популярностью пользовалась позиция, согласно которой МПР не является самостоятельной отраслью международного права, а вытекает из общего международного права, является составной частью последнего. Например, советская доктрина международного права рассматривала МПР как «полностью основывающееся на фундаментальных принципах и нормах международного права, как конкретизацию международно-правового принципа самоопределения наций и народов применительно к потребностям социального и экономического освобождения последних» [11, 85].

Высказывались идеи о том, что МПР – это внутреннее право международных организаций [12, 141], и «в своей значительной части лучше описывается как институциональное право, т. е. право некоторых органов и учреждений, посредством которых осуществляется содействие развитию и организуется оказание помощи в целях развития» [13, 41].

Самым распространенным, пожалуй, было отнесение МПР к существующим или зарождающимся принципам и нормам в области регулирования международных экономических отношений, т. е. к международному экономическому праву [14, 38].

Концепция МПР имела не только сторонников. Маджид Бенчик считал, что идеи, выдаваемые за «международное право развития», скорее приведут к «международному праву отсталости» (фр. «droit international du sous-développement»). Потому необходимо сосредоточить все усилия на создании НМЭП, а не МПР [15]. Мохаммед Беджауи опубликовал памфлет, в котором он называет МПР «правом гетто» (фр. «d'un droit du ghetto»), созданным западными странами. Он критикует решительно все идеи, выдвинутые французской доктриной, и предлагает создать новый мировой порядок, построенный на реальной демократизации международных отношений [16, 261]. Оба

юриста считали МПР патерналистским по своей природе и придерживались мысли, что от него следует отказаться [17, 74].

В начале 1990-х годов, с распадом социалистического лагеря и переходом к свободной рыночной экономике в глобальном масштабе, НМЭП утратил свою актуальность. Конфронтационные настроения 1970-х и 1980-х годов уступили место более примирительному тону в отношениях Север-Юг. Потеряв своего традиционного союзника – социалистический блок во главе с Советским союзом – «Третий мир» решил приспособиться к условиям глобализации. Развивающиеся страны стали больше беспокоиться о привлечении иностранных инвестиций и более тесном сотрудничестве с МВФ, Всемирным банком и ВТО. Внимание международного сообщества сместилось с международного экономического порядка на дифференцированное воздействие глобализации, взаимосвязь между развитием и конфликтами, внутренние барьеры, стоящие на пути развития отдельных стран.

Это, естественно, не означало, что в доктрине международного права снизился интерес к МПР. Подтверждением тому служат работы Франциско Гарсия-Амадора, Жака Бувреса, Гая Фаеера, Эрве Кассан и др. Что изменилось, так это отход от идеи необходимости изменения «традиционного» международного права, представления о принципах и институтах которого были ошибочными либо искаженными [18, 219], и больший акцент на том, что МПР предполагает наложение взаимных обязательств на развитые и развивающиеся страны и международные организации, в первую очередь обязанности сотрудничать в целях развития.

Достигнутый в 1990-х – 2000-х годах глобальный консенсус относительно необходимости активизации усилий в сфере развития подготовил почву для целей в области развития, сформулированных в Декларации тысячелетия [19], которая представляет собой комплекс задач, привязанных к конкретным срокам, направленных на удовлетворение нужд беднейших людей мира.

Доктринальные исследования, посвященные МПР, становятся междисциплинарными. Теперь в качестве составляющих МПР рассматриваются не только принципы и нормы международного экономического права, но и международного экологического права и международного права прав человека [20].

Междисциплинарность МПР проявляется и в том, что в него включают не только нормы международного, но и национального права. Отмечается изменение роли государств в процессе принятия решений, касающихся развития, обсуждается нормативная основа отношений между различными группами субъектов, вовлеченных в проекты, связанные с развитием, а именно: государствами, которые разрабатывают и реализуют политику в области развития, утверждают

соответствующие проекты; спонсорами проектов в области развития (англ. «project sponsors»), в качестве которых могут выступать как сами государства, так и частный сектор; субъектами, реализующими данные проекты (англ. «project contractors»); индивидами либо общинами, на которые прямо или косвенно влияют, как положительно, так и отрицательно, конкретные политики и проекты в сфере развития [21, 53].

Выводы. Подводя итог, можно сказать, что, как в доктрине, так и в практике международного права, МПР является понятием принятым и устоявшимся. Факт его существования символизирует собой сознательные усилия, предпринимаемые на уровне государств, международных организаций, а также научного сообщества, направленные на сокращение масштабов бедности в развивающихся странах, а также уменьшение разрыва в уровнях развития различных регионов мира.

Литература:

1. Feuer G. Les aspects juridiques de l'assistance technique dans le cadre des Nations Unies et des institutions spécialisées / Guy Feuer. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957. — 234 p.
2. Philip A. Les Nations Unies et les pays en voie de développement / A. Philip // L'Adaptation de l'O.N.U. au monde d'aujourd'hui. — Paris: Pedone, 1965. — 230 p.
3. Friedmann W. The Changing Dimensions of International Law / Friedmann W. // Columbia Law Review. — 1962. — Vol. 62 (7). — pp. 1147-1165.
4. Virally M. Vers un droit international du développement / M. Virally // Annuaire français de droit international. — 1965. — Vol. 11. — pp. 3-12.
5. Агбомену М. М. Концепция права развития в доктрине международного права: автореф. дис. на соискание степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.11 «Международное право» / М. М. Агбомену. — Киев, 1990. — 24 с.
6. Mahiou A. International Law of Development / A. Mahiou // The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: www.mpepil.com
7. Flory M. Droit International du développement / Maurice Flory. — Paris: Presses Universitaires de France, 1977. — 336 p.
8. Flory M. Adapting International Law to the Development of the Third World / Maurice Flory // Journal of African Law. — 1982. — Vol. 26 (1). — pp. 12-20.
9. Bennouna M. Droit international du développement: tiers monde et interpellation du droit international / M. Bennouna. — Paris: Berger-Levrault, 1983. — 335 p.
10. Блищенко И. П. Освободившиеся страны и международное право / Игорь Павлович Блищенко. — М.: Международные отношения, 1987. — 264 с.
11. Энтин М. Л. Международное право развития: проблемы формирования и реализации / М. Л. Энтин // Советское государство и право. — 1985. — № 2. — С. 139-144.
12. Капустин А. Я. Право развития — понятие и особенности (на примере Латиноамериканской международно-правовой доктрины) / А. Я. Капустин // Международное право в практике освободившихся стран: Сб. науч. трудов. — М.: Изд-во Ун-та дружбы народов, 1988. — С. 38-48.
13. Ашавский Б. М. К вопросу о международном экономическом праве / Б. М. Ашавский // Советский ежегодник международного права. — 1984. — С. 18-27.
14. Benchikh M. Droit international du sous-développement: nouvel ordre dans la dépendance / Madjid Benchikh. — Paris: Berger-Levrault, 1983. — 331 p.
15. Bedjaoui M. Pour un nouvel ordre économique international / Mohammed Bedjaoui. — Paris, UNESCO, 1979. — 295 p.
16. Feuer G. International Development Law: The Establishment of a Francophone School of Thought / Feuer G. // European Journal of Development Research. — 1991. — Vol. 3. — Issue 2. — pp. 70-77.
17. Garcia-Amador F. V. The Emerging International Law of Development: A New Dimension of International Economic Law / Francisco V. Garcia Amador. — New York: Oceana Publications, 1990. — 286 p.
18. Декларация тысячелетия Организации Объединенных Наций // Генеральная Ассамблея ООН, Резолюция 55 / 2 от 8 сентября 2000 года [Электронный ресурс] — Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/summitdecl.shtml
19. Sarkar R. International Development Law: Rule of Law, Human Rights, and Global Finance / Ramu Sarkar. — New York: Oxford University Press, 2009. — 479 p.
20. Bradlow D. Differing Conceptions of Development and the Content of International Development Law / Bradlow D. // South African Journal on Human Rights. — 2005. — Vol. 21. — № 1. — pp. 47-85.

Якубовська Н. О. Міжнародне право розвитку: еволюція концепції

Анотація. Статтю присвячено опису процесу зародження та еволюції концепції міжнародного права розвитку в доктрині міжнародного права. Показано, що в 1970 – 1980-ті роки міжнародне право розвитку розглядалося як можливість накласти додаткові обов'язки на промислово розвинені країни та закріпити суверенні права країн, що розвиваються, на визначення цілей, методів й стратегій їх розвитку; в 1990-ті роки акцент змістився на накладення взаємних зобов'язань на розвинені країни та країни, що розвиваються, а також міжнародні організації; починаючи з 2000-го року міжнародне право розвитку розглядається в контексті Цілей розвитку тисячоліття.

Ключові слова: розвиток, міжнародне право, міжнародне право розвитку, міжнародно-правова доктрина.

Yakubovskaya N. International Law of Development: Evolution of the Concept

Summary. The article describes the process of International Law of Development concept origin and evolution in International Law doctrine. It is shown that in 1970 – 1980 the International Law of Development was regarded as an opportunity to impose additional obligations on the industrialized countries and as a way to secure the developing countries' sovereign rights to define the objectives, methods and strategies of development; in the 1990s, the focus shifted to the imposition of mutual obligations to developed and developing countries and international organizations; since 2000, the international law of development is considered in the context of the Millennium Development Goals.

Keywords: development, international law, international law of development, international law doctrine.

*Головко О. П.,
асистент кафедри міжнародного права та міжнародних відносин
НУ «Одеська юридична академія»*

СПРАВЕДЛИВИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД В МІЖНАРОДНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Анотація. Стаття присвячена висвітленню особливостей міжнародно-правового статусу підсудного в міжнародному кримінальному процесі. Автор зосереджує свою увагу на дослідженні окремих питань справедливого судового розгляду, як однієї з гарантій правового статусу підсудного в міжнародному кримінальному процесі.

Ключові слова: міжнародні стандарти прав людини, стандарти Європи, правовий статус підсудного, міжнародний кримінальний процес, справедливий судовий розгляд.

Постановка проблеми. Європейський суд із прав людини неодноразово заявляв про особливо важливе місце, яке займає в демократичному суспільстві право на справедливий судовий розгляд. Аналіз практики Європейського суду з прав людини показує, що національними судами держав, які входять до Ради Європи найчастіше порушується ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основних свобод. У низці справ проти України Європейським судом з прав людини також було зафіксовано порушення ст. 6 Конвенції.

Відзначимо, правовий принцип пріоритету загальнолюдських цінностей справедливості, рівності та свободи – не просто блага побажання, а аксіологічний імператив, необхідність здійснення якого сьогодні визнає все світове співтовариство [1, 95]. Згідно міжнародних нормативно-правових документів справедливість, як і законність, демократія, верховенство закону, захист прав і свобод людини та громадянина, становить одну з основ побудови міжнародного співтовариства. До того ж вона визнана загальноправовим принципом, служить моральним орієнтиром у правотворчій, правохоронній, правозастосовній та інших видах людської діяльності [2, 3].

Справедлива, неупереджена та гуманна система міжнародного кримінального правосуддя є необхідною умовою здійснення основних прав людини, з огляду на те, що вона орієнтує країни на відповідний розвиток своїх правових систем на основі зазначених положень [3, 170].

Міжнародне кримінальне правосуддя засноване на повазі до прав будь-якої людини. Як говориться у Загальній декларації прав людини, *«визнання вродженої гідності, яка властива всім членам людської сім'ї, і рівних та невід'ємних їх прав є основою свободи, справедливості та загального миру»* (тут і далі курсив мій – Г. О.) [4].

Коли людина перебуває під судом за звинуваченням у скоєнні злочину, йому або їй протистоїть уся міжнародна кримінальна машина. Саме тому, поведінка з підсудним є конкретною демонстрацією того, в якій мірі міжнародне співтовариство загалом поважає права окремої особи. Отже, кожен кримінальний процес є перевіркою поваги прав людини. Кожна держава зобов'язана передавати до руки правосуддя винуватих у вчиненні злочинів. В той же час, коли люди піддаються несправедливому суду, правосуддя не може бути вчинене. Саме за для цього, міжнародне співтовариство розробило норми справедливого кримінального судочинства, які призначені для визначення та захисту прав людини на всіх цих етапах [5, 3].

Саме тому принцип справедливості займає одне з центральних місць у житті людського суспільства в самих різних аспектах: моральному, політичному, правовому. У науковій літературі не один раз наголошувалося на тому, що принцип справедливості «безсумнівно є загальним принципом права» [6, 164]. Фахівці в галузі міжнародного права обґрунтовували посиланнями на справедливість саме існування міжнародного права [6, 161]. В даний час принцип справедливості закріплений в ряді міжнародних договорів і серед них Статут ООН (преамбула, ст. 2) [7]. В контексті вищевказаного Г. Дмитрієва відзначає, що саме Статут ООН пов'язує справедливість з міжнародним правом [8, 130].

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Теоретичною основою нашого дослідження є положення сформульовані у працях таких вітчизняних та зарубіжних вчених як: А. Абашидзе, В. Антипенко, В. Батирь, М. Буроменський, В. Буткевич, Н. Дрьоміна, Н. Зелінська, Д. Карев, О. Кібальник, І. Карпець, Ю. Колосов, І. Лукашук, Ф. Полторак, М. Рагінський, В. М. Репецький та ряду ін.

Викладення основного матеріалу. Право підсудного на справедливий судовий розгляд у міжнародному кримінальному процесі займає важливе місце серед прав людини, оскільки основний принцип захисту прав людини полягає в тому, що будь-яке порушене право може бути відновлене за допомогою певної процедури. Якщо в державі відсутня ефективна процедура захисту і відновлення порушеного права, то будь-які

інші права, закріплені в законодавстві, є просто декларативними положеннями, юридичною фікцією.

Те, що справедливість займає й повинна займати статус кримінально-процесуального принципу, знаходить підтвердження також і в інших міжнародних нормативних документах. Так, зокрема, згідно зі ст. 10 Загальної декларації прав людини [4], ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права [9], ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод [10], *кожен має право при розгляді будь-якого пред'явленого йому кримінального обвинувачення, на справедливий і публічний розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону.*

Слід відмітити, ще в кінці 1940-х рр. Комісія ООН з прав людини розпочала роботу над проектами міжнародних документів, в яких вперше було врегульовано право на справедливий суд. При цьому, першим міжнародним актом стала Загальна декларація прав людини. Разом з тим, в первинному варіанті тексту Декларації говорилося лише про право «на доступ до суду». І лише в наступних варіантах цього міжнародного документу в галузі прав людини з'явилося нинішня формулювання про право «кожного на справедливий судовий процес» [4].

У 1966 р. дане право було підтверджено і розгорнуто регламентовано в Міжнародному пакті про громадянські та політичні права (ст. 14) [9]. Однак і тут можна відзначити, що в процесі розробки відбулася суттєва еволюція розуміння державами, які брали участь у розробці проекту Пакту, від шести до тринадцяти елементів (складових) права на справедливий судовий розгляд. Отже, згідно остаточно прийнятого формулювання ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, структура даного права представляється наступним чином: право на публічні слухання; право на рівність перед судом; право на мінімальні гарантії забезпечення прав обвинуваченого (підсудного) (презумпція невинуватості; право бути поінформованим про обвинувачення; підготовка захисту; право на початок суду без невиправданої затримки; право на захист; право на допит свідків; допомога перекладача; заборона на самозвинувачення; право на апеляцію; право на компенсацію; принцип *ne bis in idem*) [11].

Серед Основних принципів незалежності судових органів, схвалених резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 13 грудня 1985 року [12], визначено вимогу судовим органам щодо забезпечення справедливого ведення судового розгляду і дотримання прав сторін. Причому сказано, що судові органи вирішують передані їм справи безсторонньо, на основі фактів, відповідно до закону, без будь-яких обмежень, неправомірного впливу, мотивації, тиску, погроз або втручання, прямого або непрямого, з чийого б то не було боку і з яких би то не було причин [13, 16].

У Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи від 13 жовтня 1994 року «Про незалежність, дієвість та роль суддів» також у вигляді принципів передбачені обов'язки суддів щодо забезпечення належного застосування закону, справедливого, ефективного та швидкого розгляду справ. Вказується, що судді повинні мати необмежену свободу неупередженого рішення, керуючись своєю совістю, власним тлумаченням фактів та діючими нормами права. Для цього вони повинні бути наділені достатньою владою та відповідними повноваженнями. Причому йдеться, що підвищення ролі суддівського корпусу, зміцнення положення та влади суддів необхідні з метою створення ефективної та справедливої правової системи [14].

У Рекомендації цього ж міжнародного органу від 11 вересня 1995 року «Щодо управління системою кримінального правосуддя» визначено: «Справедливе та ефективно кримінальне правосуддя є необхідною умовою існування будь-якого демократичного суспільства, заснованого на принципі верховенства права» [15]. Тим самим, як справедливо стверджує Д. Єнікєєв підтверджується велич саме соціальної цінності такої системи правосуддя у кримінальних справах [13, 17].

Іншими словами, але по суті, та ж сама оцінка дається правосуддю в Декларації принципів і програмі дій програми ООН в галузі попередження злочинності та кримінального правосуддя, прийнятих Генеральною Асамблеєю ООН 18 грудня 1991 [13, 16]. Вона звучить так: «Правосуддя, засноване на верховенстві права, є наріжним каменем, на якому ґрунтується цивілізоване суспільство... Гуманна та ефективна система кримінального правосуддя може служити інструментом забезпечення рівноправності, конструктивних соціальних змін і соціальної справедливості, а також захисту основних цінностей і невід'ємних прав народів. Закон повинен забезпечувати захист будь-якого права індивідуума від порушення, що є процесом, в якому система кримінального правосуддя відіграє найважливішу роль» (п. 2) [15].

В преамбулі даного основоположного правового акта виражені цілі Організації Об'єднаних Націй в галузі попередження злочинності та кримінального правосуддя, зокрема, скорочення масштабів злочинності, більш дієве та ефективно виконання законів і відправлення правосуддя, дотримання прав людини та забезпечення найвищих стандартів справедливості, гуманності та професійного поведінки.

Досягнення найвищих стандартів справедливості, людяності і професійної поведінки в сфері боротьби з криміналом і здійснення кримінального правосуддя настільки важливо, що ці цілі підтверджені Десятим Конгресом ООН з попередження злочинності та поведінки з правопорушниками, який прийняв 15 квітня 2000 Віденську декларацію про злочинності та правосуддя: відповіді на виклики 21 століття. У ній передбачається необхідність створення в кожній державі

справедливої, відповідальної, етичною та ефективною системи кримінального правосуддя [16]. Вони знову прозвучали на Одинадцятому (2005 рік) і Дванадцятому (2010 рік) Конгресах ООН з попередження злочинності та кримінального правосуддя [13, 16].

Згідно міжнародних нормативних актів система кримінального правосуддя включає в себе і суди (трибунали). Саме тому в документі «Керівні принципи, що стосуються ролі осіб, які здійснюють судове переслідування», прийнятому Восьмим Конгресом ООН у вересні 1990 року, говориться про дотримання усіх вимог справедливості щодо судового розгляду. Причому сказано, що особи, які здійснюють судовий розгляд, виконують свої обов'язки справедливо, послідовно та швидко, поважають, захищають людську гідність і права людини, сприяючи тим самим забезпеченню належного процесу та безперебійного функціонування системи кримінального правосуддя [18].

Те, що всі стандарти Організації Об'єднаних Націй в галузі прав людини при здійсненні правосуддя повинні повністю й ефективно реалізовуватися у законодавстві та правозастосовній практиці, неодноразово констатувалося в багатьох актах ООН, у тому числі в Резолюції Генеральної Асамблеї ООН від 16 грудня 2005 року «Права людини при відправленні правосуддя» і рішеннях Дванадцятого Конгресу ООН з попередження злочинності та кримінального правосуддя, що відбувся 12-13 квітня 2010 року в Сальвадорі (Бразилія) [11].

Слід також відзначити, що в модельному Кримінально-процесуальному кодексі для держав-учасниць СНД [19], прийнятому 17 лютого 1996 року Міжпарламентською Асамблеєю держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав у вигляді рекомендаційного законодавчого акту, враховані рекомендації ООН і Ради Європи щодо закріплення справедливості в законах, що регулюють кримінальне правосуддя. У ч. 2 ст. 3 «Завдання кримінально-процесуального закону» прописано наступне положення: «Кримінально-процесуальний закон покликаний сприяти формуванню в суспільстві поваги до прав і свобод людини і громадянина, утвердження справедливості» [13, 17].

Безумовно, закріплення загального принципу справедливості судового процесу ще не означає однаковості прав підсудних у всіх країнах. Дійсно, поняття «справедливого» судового процесу має в різних правових системах різний зміст. Разом з тим, ми говоримо саме про єдиний зміст основ цього права [11]. Дані основи складаються з ряду елементів, що складають право на справедливий судовий процес, перелік і зміст яких є єдиними для всіх сучасних державних і міжнародних судів (трибуналів). Особливо визнається фундаментальне значення даного права для визнання будь-якого судового процесу в якості законного та легітимного.

Не можемо також не відзначити, що міжнародно-правові стандарти в галузі справедливості кримінального процесу були розроблені і прийняті на основі відповідних норм внутрішньодержавного права. Так, наприклад, перший в історії проект статті, що регулює справедливий судовий процес як право підсудного (обвинуваченого), був розроблений під час підготовки Загальної декларації прав людини і ґрунтувався на відповідних положеннях тридцяти чотирьох конституцій країн світу. У ряді випадків до міжнародних договорів включалися норми, хоча й невизначені («незалежний» і «неупереджений» суд), однак було вирішено залишити їх у таких формулюваннях, оскільки вони містилися в такому вигляді в національному праві держав.

Т. Франк у своєму науковому дослідженні визначає, що принцип справедливого судового процесу в міжнародному кримінальному процесі є «загальним сенсом справедливості», який знаходить своє відображення як в регіональних, так і у глобальних стандартах, а також в практиці міжнародних органів [20, 85].

Крім того, у працях ряду вчених-міжнародників можна знайти розгляд права на справедливий судовий процес у якості імперативної норми загального міжнародного права, що носить характер *jus cogens*. При цьому, обґрунтовується така думка наступним: 1) дане право закріплюється в усіх конституціях, а це є «значущим свідченням існування загальної практики держав» [21, 91]; 2) ст. 84.2 Женевської конвенції про захист військовополонених (1949 р.) називає дане право в якості обов'язкового мінімального права, що забезпечує гарантії незалежності та неупередженості суду [22]. Саме тому варто погодитися з думкою О. Рабцевича що незважаючи на те що право на справедливий судовий розгляд поки не може бути віднесено до групи прав, які не підлягають обмеженню, це не заважає становленню окремих елементів даного права в якості імперативних норм [21, 88].

Комітет з прав людини у своєму зауваженні загального порядку № 29 за ст. 4 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права (2001 р.) вказав, що від «основних принципів справедливого судочинства» ніколи не можна відступити [23]. Як справедливо стверджує Ж.-М. Хенкергс, аналогічний висновок був зроблений рядом інших міжнародних судових і контрольних органів, зокрема, Американським судом з прав людини (Справа про судові гарантії), Американської комісією з прав людини (Резолюція, що стосується права, застосовного під час надзвичайних ситуацій; Доповідь з тероризму та прав людини) і Африканської комісією прав людини і народів (Організація громадянських прав та інші проти Нігерії) [24, 452].

У той же час Г.-Ж. Кнупс відзначає, що даний принцип є зобов'язанням *erga omnes* [25, 218]. Є також переконливі підстави розглядати право на справедливий судовий процес у якості норми звичаєвого міжнародного права. Аргументами останнього

можна виділити наступні положення: 1) дане право закріплено й в національному праві держав; 2) дане право закріплено в ряді основоположних міжнародних договорів, зокрема в Міжнародному пакті про громадянські та політичні права; Конвенції про права дитини (ст. 40.2. b (3)); Каїрській декларації про права людини в ісламі (ст. 19 е); Хартії ЄС про основні права (ст. 47); Конвенції СНД про права людини (ст. 6). Право на справедливий судовий процес закріплено у всіх чотирьох Женевських конвенціях про захист жертв війни (1949 р.) і Додаткових протоколах I та II (1977 р.). Особливу значимість має той факт, що право на справедливий суд закріплено не тільки в міжнародних договорах, розрахованих на застосування в мирний час, але і під час збройних конфліктів. Це говорить про те, що дане право має основоположний характер і не може бути обмежене навіть в особливих умовах воєнного часу.

Стаття 130 Третьої Женевської конвенції, ст. 147 Четвертої Женевської конвенції, ст. 85.4. е Додаткового протоколу № 1 до Женевських конвенцій кваліфікують позбавлення підпічної особи права на справедливий суд як «серйозне порушення» міжнародного гуманітарного права. Статути міжнародних судів кримінальної юрисдикції включають позбавлення права на справедливий суд до складу військових злочинів.

Так, у справі *Прокурор проти Д. Тадича* апеляційна палата Міжнародного трибуналу колишньої Югославії ухвалила, що значення поняття «справедливий судовий процес» збігається зі значенням цього поняття в Європейській конвенції з прав людини та Міжнародному пакті про громадянські та політичні права, а також його тлумачення, даного відповідними конвенційними органами [26].

У Зауваження загального порядку № 13 (прийнятому в 1984 р.) Комітет з прав людини відзначав, що ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права є складною за своїм характером і що різні аспекти її положень вимагають конкретних коментарів. Всі ці положення спрямовані на забезпечення належного відправлення правосуддя і з цією метою закріплюють ряд прав окремих осіб. Комітет підкреслив, що вимоги п. 3 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права являють собою мінімальні гарантії, дотримання яких не завжди достатньо для забезпечення справедливого розгляду справи, як цього вимагає п. 1 [27].

В рішенні по справі *Феї проти Колумбії* Комітет з прав людини зазначив, що концепція «справедливого судового процесу» включає в себе, серед іншого, принцип рівності сторін, змагальний процес і оперативний розгляд. У справі *Прокурор проти Д. Тадича* апеляційна палата Міжнародного трибуналу колишньої Югославії постановила, що значення поняття «справедливий судовий процес» збігається зі значенням цього поняття в Європейській конвенції з прав людини і

Міжнародному пакті про громадянські та політичні права, а також його тлумачення, даного відповідними конвенційними органами [28]. В рішенні по справі *Грідін проти Російської Федерації* Комітет зазначив, що агресивна атмосфера та тиск, що панували в залі суду під час процесу, не дали адвокату можливість належним чином провести допит свідків і представити захист у цілому. Суд не прийняв ніяких заходів щодо зміни такої атмосфери, створеної присутньою там публікою і, відповідно, не забезпечив важливий елемент справедливого розгляду, а значить, і права на справедливий судовий процес за ст. 14.1 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права [29].

Висновки. Отже, як ми бачимо з вищевикладеного, підсудний має право на справедливий судовий розгляд. При цьому, це право в науковій юридичній літературі міжнародного кримінального права розглядається виходячи з двох позицій. Так, у широкому розумінні це право охоплює всі процесуальні та інші гарантії, що стосуються відповідних правових процедур, встановлених в міжнародних стандартах. Разом з тим, в подальшому тексті нашого дослідження ми будемо виходити з існування в міжнародному кримінальному процесі окремого права підсудного на справедливий судовий розгляд, яке, в свою чергу включає в себе цілий ряд процесуальних гарантії. Тобто, поняття суду (трибуналу), що відповідає всім встановленим гарантіям, включає в себе гарантії права підсудного на справедливий судовий розгляд, в тому числі й відсутність будь-якого прямого або непрямого впливу, тиску, залякування або втручання, незалежно від їхнього джерела і підстав¹.

Література:

1. Столович Л. Н. Об общечеловеческих ценностях / Л. Н. Столович // Вопросы философии. — 2004. — № 7. — С. 95-96.
2. Аширова Л. М. Проблемы реализации принципа справедливости в уголовном процессе: автореф. дис. канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / Л. М. Аширова. — Уфа, 2006. — 19 с.
3. Ягофаров С. М. Соотношение международных стандартов развития уголовного судопроизводства с процессами, происходящими в России / С. М. Ягофаров // Вестник ОГУ № 3 (109). — Серия «Юридические науки». — март. — 2010. — С. 169-171.
4. Загальна декларація прав людини. ООН; Декларація, Міжнародний документ від 10.12.1948 // Офіційний вісник України від 15.12.2008 р., № 93, стор. 89, стаття 3103, код акту 45085 /2008
5. Руководство Международной Амнистии по справедливому судопроизводству. — М.: Права человека, 2003. — 186 с.
6. Лукашук И. И. Глобализация, государство, право. XXI век / И. И. Лукашук. — М.: Спарк, 2000. — С. 322 с.

¹ Див. наприклад: Комітет по правам человека, замечание общего порядка № 32, Статья 14: Равенство перед судами и трибуналами и право каждого на справедливое судебное разбирательство, п. 25.

7. Устав Организации Объединённых Наций и Устав Международного Суда: Міжнародний документ від 26.06.1945. [Електронний ресурс] — Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_010
8. Дмитриева Г. К. Мораль и международное право / Г. К. Дмитриева. — М.: Международные отношения, 1991. — 280 с.
9. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права // Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / Упоряд. Ю. К. Качуренко. — 2-е вид. — К.: Юрінформ, 1992. — С. 33-41.
10. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод // Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 04.11.1950 // Офіційний вісник України від 16.04.1998 р., № 13 / № 32 від 23.08.2006. — С. 270.
11. Мезяев А. Б. Право на справедливое рассмотрение дела в современном международном уголовном процессе / А. Б. Мезяев. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.juristlib.ru/book_9490.html
12. Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюцією Генеральної Асамблеї ООН № 40 /32 від 13 грудня 1985 року. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/indep.shtml
13. Еникеев Заршат Давлетшинович. Международные стандарты справедливости уголовного правосудия и проблемы их имплементации в законодательство стран СНГ // Евразийский юридический журнал. — № 8 (39) — 2011. — С. 15-19.
14. Рекомендация № R (94) 12 Комитета министров государствам-членам о независимости, эффективности и роли судей: Принята Комитетом министров Совета Европы 13 октября 1994 года. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://www1.umn.edu/humanrts/russian/euro/RRec\(94\)12.html](http://www1.umn.edu/humanrts/russian/euro/RRec(94)12.html)
15. Рекомендация № R (95) 12 Комитета министров государствам-членам относительно управления системой уголовного правосудия: Принята Комитетом министров Совета Европы 11 сентября 1995 года. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://www1.umn.edu/humanrts/russian/euro/RRec\(95\)12.html](http://www1.umn.edu/humanrts/russian/euro/RRec(95)12.html)
16. Декларация принципов и программа действий программы Организации Объединенных Наций в области предупреждения преступности и уголовного правосудия. Принята резолюцией 46 /152 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1991 года. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/crime91.shtml
17. Венская декларация о преступности и правосудии: ответы на вызовы XXI века: Принята на Десятом Конгрессе Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, Вена, 10 —17 апреля 2000 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/vendec.shtml
18. Руководящие принципы, касающиеся роли лиц, осуществляющих судебное преследование: Приняты восьмым Конгрессом Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, 27 августа — 7 сентября 1990 года. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_859
19. Модельный уголовно-процессуальный кодекс для государств — участников Содружества Независимых Государств от 17 февраля 1996 // Информационный бюллетень. — 1996. — № 10, приложение.
20. Franck T. M. Fairness in International Law and Institutions / T. M. Franck. — Oxford, 1995. P. 85.
21. Рабцевич О. И. Право на справедливое судебное разбирательство — норма jus cogens общего международного права / О. И. Рабцевич // Московский журнал международного права. — 2004. — № 3. — С. 85 —93.
22. Женевская конвенция об обращении с военнопленными от 12 августа 1949 года. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/genewa_prisoners.shtml
23. Замечание общего порядка № 29 от 24 июля 2001 года: Комитет по правам человека. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/gencomm/Rhrcom29.html>
24. Хенкертс Ж.-М. Обычное международное гуманитарное право / Ж.-М. Хенкертс, Л. Досвальд-Бек / Пер. с англ. МККК. — Т. 1: Нормы. — 2006. — 811 с.
25. Knoops G.-J. Defences in Contemporary International Criminal Law, Transnational Publishers / G.-J. Knoops. — Inc., Ardsley, New York, 2001. — 355 p.
26. Prosecutor V. D. Tadic, ICTY, [Appeals Chamber] Judgment. 15.07.1999.
27. Замечание общего порядка № 13: Комитет по правам человека. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/gencomm/Rhrcom13.html>
28. Сандра Феи против Колумбии (Сообщение № 514 /1992), Сообщения, принятые 4 апреля 1995 года, Доклад Комитета по правам человека, Vol. II, GAOR, пятидесятая сессия, Дополнение № 40 (A /50 /40), сс. 77-88. [Электронный ресурс] — Режим доступа: <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/hrtsbook/Rhrccases-fairtrial.html>
29. Гринин Л. против Российской Федерации, сообщение № 770 /1997: Доклад Комитета по правам человека, том II, GAOR, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 40 (A /55 /40), сс. 172-177. — [Электронный ресурс] — Режим доступа: <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/hrtsbook/Rhrccases-fairtrial.html>

Головко О. П. Справедливое судебное разбирательство в международном уголовном процессе

Аннотация. Статья посвящена рассмотрению особенностей международно-правового статуса подсудимого в международном уголовном процессе. Автор концентрирует свое внимание на исследовании отдельных вопросов справедливого судебного разбирательства, как одной из гарантий правового статуса подсудимого в международном уголовном процессе.

Ключевые слова: международные стандарты прав человека, стандарты Европы, правовой статус подсудимого, международный уголовный процесс, справедливое судебное разбирательство.

Golovko O. Fair Trial At The International Criminal Process

Summary. The article is devoted to the features of the international legal status of the defendant in international criminal proceedings. By focusing on the study of specific issues of fair trial guarantees as one of the defendant's legal status in international criminal proceedings.

Keywords: international human rights standards, the standards of Europe, the legal status of the defendant, the international criminal process, a fair trial.

*Качурінер В. Л.,
викладач кафедри конституційного права та державного управління
Міжнародного гуманітарного університету*

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ПОЛІТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ У СФЕРІ ОХОРОНИ НАВКОЛИШНЬОГО СЕРЕДОВИЩА ТА ЕКОЛОГІЧНИХ СТАНДАРТІВ ВИРОБНИЦТВА

Анотація. Нині захист навколишнього середовища є ключовим питанням в політичному та правовому просторі й важливою проблемою, яка існує на національному, регіональному, європейському й міжнародному рівнях.

ЄС став базовою платформою для вирішення глобальних проблем, які постають перед людством, у тому числі для становлення правових засад єдиної екологічної стратегії і розробки загальноєвропейських принципів і національних систем законодавства про охорону навколишнього середовища, а також становлення та впровадження екологічних стандартів виробництва.

Ключові слова: навколишнє середовище, екологічні стандарти виробництва, екологічні програми ЄС.

Постановка проблеми. Критична ситуація в галузі навколишнього середовища загальновідома. Глобалізація проблем екології вимагає всебічних оперативних заходів з охорони навколишнього середовища локального, регіонального та універсального характеру. Екологічна проблема – одна з тих, які державам неможливо вирішити поодиночі, покладаючись виключно на свої сили. Такий стан речей зумовлює необхідність проведення заходів щодо захисту навколишнього середовища на міжнародному й наднаціональному рівнях.

Найбільш інтенсивно національне і міжнародно-правове регулювання охорони навколишнього середовища здійснюється на європейському континенті. Особливо успішним вирішення екологічної проблеми стало в умовах європейської інтеграції, яка забезпечила стабільність, мир та економічне процвітання протягом останніх шістдесяти років. Вона допомогла підняти рівень життя, створити внутрішній ринок, ввести євро і зміцнити роль Європейського Союзу (ЄС) у світі [12, 67].

Європейський Союз приділяє даній проблемі серйозну увагу, оскільки подальше економічне зростання і політичне об'єднання держав-членів неможливі без урахування екологічного фактору [10, 843].

Екологічні проблеми є предметом турботи різних інститутів і органів Європейського Союзу [14, 325-326].

На міжнародному рівні ЄС займає активну правотворчу позицію в сфері охорони навколишнього середовища, бере участь у діяльності різних міждержавних

конференцій і міжнародних організацій по даному питанню, сприяє заходам ООН стосовно переходу до сталого розвитку.

Зауважимо також, що перспективи наукових досліджень убачаються в поглибленні участі науковців у вирішенні найбільш актуальних соціально та економічно значущих проблем [16], розв'язання яких безпосередньо пов'язане зі збереженням довкілля та встановленням заходів при виробництві продуктів, їх продажу, використанні або на стадії відходів.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Серед українських і зарубіжних фахівців, які досліджували різноманітні аспекти еколого-правового простору ЄС та держав-членів ЄС слід назвати таких вчених, як: О. Вишняков, Г. Вінтер, О. Дубовик, П. Калініченко, Л. Кремер, В. Лозо, Н. Малишева, М. Микієвич, О. Мірошніченко, С. Кашкін, Н. Пахомова, Т. Реднікова, Л. Ентін, Andersen M. S., Davies Peter G. G., Gehring Thomas, Kiss A., Shelton D., Nicolas de Sadeleer, Sands P., Peel J. та ін.

Люк Лаврійсен (Luc Lavrijssen) підкреслив, що «Європейський суд відіграє вирішальну роль в практичному застосуванні європейського екологічного права». Суд приймає все більш прихильну позицію з питання про те, що держава-учасниця у відсутності повністю гармонійних екологічних правових норм зберігає значну обережність у контролі місцевої політики в галузі навколишнього середовища. Значення охорони навколишнього середовища, таким чином, збалансовано на протигагу економічним інтересам, які іноді конфліктують з екологічними. Інтерпретація екологічних директив, як правило, призводить до того, що положення, які захищають навколишнє середовище, зазвичай широко тлумачаться, в той час як положення, які встановлюють винятки з цих правил, зазвичай володіють обмеженою інтерпретацією. Судова практика Суду Справедливості в галузі охорони навколишнього середовища добре показує важливу роль національних судів у виконанні примусових обов'язків, створених директивами Співтовариства [8, 65].

Незважаючи на значну кількість публікацій, в яких запропоновано аналіз права ЄС в сфері охорони навколишнього середовища, недостатньо уваги приділяється вивченню механізмів, інструментів і

нормативних актів політики Європейського Союзу у сфері становлення та розвитку екологічних стандартів виробництва.

В результаті дослідження ставляться наступні **цілі**:

– проаналізувати стан права ЄС в сфері охорони навколишнього середовища, виділити етапи його розвитку;

– визначити стан розвитку екологічних стандартів виробництва.

Викладення основного матеріалу. Екологічна стратегія Європейського Союзу пройшла у своєму розвитку певні етапи:

1. На першому етапі (1951-1957) особлива компетенція в галузі охорони навколишнього середовища у Європейських співтовариств була відсутня, приймалися поки одиничні норми і заходи в цій сфері, які не мали системного характеру [12, 71]. Разом з тим, вже в Паризькому установчому договорі про Європейське об'єднання вугілля і сталі 1951 р. в якості основних завдань європейської інтеграції встановлювався економічний розвиток, зростання зайнятості та підвищення життєвого рівня в державах-членах на основі раціонального використання природних ресурсів.

2. Римський договір 1957 р., який визначив другий етап (1957-1982), встановив цілі екологічної політики: збереження, захист і поліпшення стану навколишнього середовища; охорона здоров'я людей; досягнення раціонального використання природних ресурсів; сприяння міжнародним заходам розв'язання регіональних і загальносвітових екологічних проблем. Перші дії Європейської комісії в цій області будувалися на вельми хиткій юридичній підставі – Преамбулі та двох статтях Договору 1957 р., де згадувалася мета поліпшення якості життя і право Співтовариства вживати дії, не зазначені в Договорі, але необхідні для досягнення його цілей.

Наприкінці 1960-х рр. розвиток суспільства став неможливим без охорони довкілля. Незабаром Європейський Союз починає приймати Екологічні програми – базові політико-правові документи, що пілкують законодавство Євросоюзу та його втілення в життя. Перші програми встановили для держав-членів принципи, цілі, проекти, пріоритети й комплекс контрольно-управлінських заходів з рішення екологічних проблем, які здобули розвиток у наступних документах. У світі головних задач були закріплені принципи екологічної стратегії ЄС [6, 268].

А вже на початку 1970-х рр. розвиток економіки Співтовариства і підвищення життєвого рівня його населення стали немислимі без боротьби із забрудненням навколишнього середовища [13].

Так, була прийнята директива 70 /220 /ЄС, що визначала єдині екологічні стандарти для двигунів транспортних засобів, і з метою скорочення викидів

забруднюючих речовин в атмосферне повітря встановила нормативи гранично допустимих викидів [7, 516].

Значний вплив на розвиток екологічного права Співтовариства мала Стокгольмська конференція ООН 1972 року. В жовтні 1972 року держави-члени Європейського Економічного Співтовариства приймають Декларацію щодо програми дій із навколишнього середовища.

На початку 1973 року була прийнята Перша програма дій із навколишнього середовища (на 1973-1976 рр.). З цього моменту всі пріоритетні дії Співтовариства у сфері охорони довкілля визначаються так званими програмами дій, які, хоча і не мають обов'язкової юридичної сили, є важливим інструментом регулювання питань, що стосуються охорони довкілля [15, 11].

Перша програма дій із навколишнього середовища визначила шість основних завдань: 1) зменшення і по можливості запобігання забрудненню; 2) підтримка екологічного балансу біосфери; 3) недопущення шкоди природі при експлуатації її ресурсів; 4) поліпшення умов праці за допомогою нормалізації довкілля; 5) посилення екологічних аспектів у містобудуванні і землекористуванні; 6) пошук шляхів розв'язання проблем навколишнього середовища спільно з державами в рамках і поза Співтовариством, особливо в міжнародних організаціях [17, 1-2].

Також перша програма дій координувала природоохоронну діяльність Співтовариства в міжнародних організаціях [1, 3] (Організація економічного співробітництва та розвитку [18], Європейська економічна комісія Організації Об'єднаних Націй [19], Програма ООН по навколишньому середовищу [20]), що відають різними аспектами політики, економіки, законодавства і охорони здоров'я з метою розробки рекомендацій національним урядам, особливо при гармонізації термінових заходів захисту навколишнього середовища.

В ході забезпечення реалізації Першої програми дій та з метою зменшення обсягів виробництва відходів та усунення їх виробництва взагалі шляхом удосконалення методів управління й розумного споживання ресурсів була прийнята Директива Ради 75 /442 /ЄС про відходи [4, 39-41].

З метою запобігання забрудненню водних об'єктів, виключення шкоди здоров'ю людей здійснення моніторингу та контролю якості води була прийнята Директива Ради 75 /440 /ЄС про вимоги до якості поверхневих вод, призначених для забору питної води в державах-членах [3, 26-31], а також – Директива Ради 76 /160 /ЄС про якість води для купання [5, 1-7]. Їх мета – зменшення забруднення вод, що використовується для питних потреб і купання та їх охорона від подальшого погіршення, що сприятиме в цілому охороні навколишнього середовища та здоров'я населення [7, 517].

Друга програма дій Європейських Співтовариств, яка називалася «Продовження та імплементація політики Європейського Співтовариства і програма дій з навколишнього середовища», була прийнята у 1977 році і була фактичним продовженням і розвитком Першої програми дій.

Вперше зазначалось, що економічний розвиток – не самоціль, але основа зусиль соціальних партнерів щодо поліпшення якості життя з властивою Європі увагою до невідчутних цінностей і захисту навколишнього середовища, щоб поставити прогрес на службу людству. Відповідальність за здійснення Програми покладалася на Комісію [12, 87].

У межах Співтовариства також втілюються в життя дослідницькі програми з питань охорони навколишнього середовища, наприклад, «Наука і технології для охорони навколишнього середовища» (STEP) і «Європейська програма кліматології та природних регіонів» (ЕРОСН) [6, 263-264].

Цей період знаменується становленням політики Співтовариства відносно навколишнього середовища і способів її правового регулювання.

3. На третьому етапі (1982-1986) відбувся перехід багатостороннього екологічного співробітництва на постійну міждержавну основу.

Законодавство ЄС у цей період починає регулювати виробництво і використання хімікатів, обмежує маркетинг і застосування деяких небезпечних речовин та препаратів, встановлює процедуру контролю навколишніх середовищ, порушених відходами індустрії, закріплює процедури узгодження програм скорочення і можливого усунення забруднення, а також класифікації, упаковки та маркування небезпечних речовин, що підлягають реєстрації.

На цьому етапі також було поставлено питання про відходи виробництва в цілому і засоби їх усунення, регламентувалися допустимі межі відходів виробництва, а також можливості їх повторного використання [12, 73-74].

Третя програма дій Європейського Співтовариства «Продовження та імплементація політики Європейського Співтовариства і програма дій з навколишнього середовища» (1982-1986 рр.) була прийнята 7 лютого 1983 року. Вона містила ряд принципово нових положень, що стосувались чотирьох аспектів екологічної політики Співтовариства: необхідність подальшої інтеграції екологічної політики в інші секторні політики Співтовариства; необхідність посилення превентивних аспектів екологічної політики та інші.

Таким чином, проходив активний розвиток вторинного законодавства Європейських Співтовариств у сфері навколишнього середовища, незважаючи на відсутність відповідних положень щодо охорони довкілля в первинному законодавстві, тобто в установчих договорах Європейських Співтовариств.

Лише у 1987 році Єдиним Європейським Актом у Договір про заснування Європейського Економічного Співтовариства були внесені положення, що стосувалися навколишнього середовища. Цим Актом до Договору додавався новий розділ – «Навколишнє середовище».

Передбачалось, що Співтовариство діятиме у сфері навколишнього середовища в тих межах, в яких цілі, передбачені Договором, будуть краще досягатись на рівні Співтовариства, аніж на рівні держав-членів.

4. Четвертий етап (1986-1992) був ознаменований закріпленням компетенції Співтовариств в області навколишнього середовища в Єдиному Європейському Акті (ЄСА) 1987 р. і легітимацією екологічної діяльності. У ЄСА з'явилась спеціальна стаття, присвячена цьому напрямку діяльності Співтовариства. Однак, юридична база комунітарних заходів у галузі охорони навколишнього середовища була істотно зміцнена. Охорона навколишнього середовища стає однією з областей, в якій повноваження розподілені між ЄС та державами-членами.

У ЄСА були сформовані три основні принципи політики Співтовариства і держав-членів в області охорони навколишнього середовища: запобігання забрудненню, усунення забруднення у його джерела, відшкодування збитків від забруднення тим, хто в ньому винен [12, 74-75].

Четверта програма дій з навколишнього середовища (1987-1992 рр.) була прийнята 19 жовтня 1987 року. Вона аналізує доповнення, зроблені Єдиним Європейським Актом до Римського договору та приділяє більше уваги пошуку нових можливостей для інтеграції екологічної політики в інші політики Співтовариства, звертаючи особливу увагу на такі сфери діяльності: розробка екологічних стандартів; ефективне і комплексне застосування існуючого законодавства Співтовариства; управління усіма видами впливу на навколишнє середовище; забезпечення ширшого доступу громадськості до інформації та поширення екологічної інформації, а також розвиток екологічної освіти та інше. 1987 рік проголошувався Європейським роком навколишнього середовища [15, 14].

Договір про заснування Європейського Союзу 1992 року поставив нову ціль перед державами-членами – досягнення збалансованого та сталого розвитку. Було визначено ще одну ціль політики Співтовариства в сфері захисту навколишнього середовища – забезпечення на міжнародному рівні заходів, пов'язаних з вирішенням екологічних проблем у регіональному і міжнародному масштабах.

Внесення положень, що регулюють політику в сфері навколишнього середовища, до установчих договорів Європейських Співтовариств сприяло не лише виникненню великої кількості норм вторинного права, а й інституційному розвитку Співтовариства.

5. На п'ятому етапі (1992-2001) потужний підйом екологічного руху в Західній Європі змусив уряди держав-членів зробити значні кроки вперед у цій області. У Маастрихтському договорі 1993 року про утворення ЄС була істотно змінена формулювання його економічних цілей: досягнення стійкого, безінфляційного та екологічно прийняттого росту. Охорона навколишнього середовища зводилась до рангу самостійного напрямку політики ЄС.

Програма створення єдиного ринку підняла статус політики у сфері охорони навколишнього середовища. Запровадженням суворих екологічних обмежень Комісія намагається забезпечити високий рівень захисту в межах єдиного ринку. Крім того, держави-члени можуть вживати власних заходів для захисту навколишнього середовища, але вони не повинні перешкоджати розвитку торгівельних відносин у межах Співтовариства і тим самим не порушувати законодавство Євросоюзу. Відносно високими екологічними стандартами відрізняються північні держави і Німеччина.

Починаючи з літа 1993 р., ретельно перевірені продукти одержали можливість нагородження спеціальною еколейбою, а з 1995 р. фірми – отримувати знак «екологічно чистий» після інспекції їхньої продукції [6, 265].

Новий крок вперед у зміцненні юридичної бази екологічної стратегії ЄС був зроблений в Амстердамському договорі.

Після утворення ЄС, вперше була прийнята довгострокова (до 2000 р.) П'ята програма дій в галузі охорони навколишнього середовища, яка визначила розширення правового регулювання і початкову кодифікацію норм ЄС у сфері екології [12, 77].

П'ята програма отримала спеціальну назву «До сталості» (1993 – 2000 рр.). Під час реалізації четвертої програми відбулася важлива подія у сфері охорони довкілля – Конференція ООН з навколишнього середовища і розвитку в Ріо-де-Жанейро, на якій прозвучав заклик дотримуватися принципів та ідей «сталого розвитку». У зв'язку з цим П'ята програма дій із навколишнього середовища була названа «До сталості». У преамбулі і тексті програми підкреслюється важливість принципів Декларації Ріо-де-Жанейро і бажання їх дотримуватися.

Якщо раніше важлива роль відводилася лише законодавчим інструментам для досягнення цілей програми, то П'ята програма дій пропонує використовувати також ринкові інструменти, механізми фінансової підтримки, горизонтальні інструменти, що включають статистичні дані, наукові дослідження, технологічний розвиток та ін. У програмі підкреслювалася важлива роль неурядових організацій. Багато уваги приділялося питанню екологічної освіти [15, 15].

Екологічне законодавство ЄС встановлює європейський стандарт для національної специфікації

систем управління навколишнім середовищем, до добровільної участі в індустріальному секторі екоуправління залучаються економічні кола, встановлюється порядок досягнення угод в ході виконання правових приписів, забезпечується доступ громадськості до документів Європейського агентства з навколишнього середовища, в тому числі через інформаційний сайт «Природа», приймається програма підтримки природоохоронних об'єднань, а для відкритого обговорення проблем екології створюється Європейський консультативний форум з навколишнього середовища і сталого розвитку [2, 10].

Таким чином, основними напрямками екологічної стратегії ЄС на цьому етапі стали: правове регулювання антропогенного впливу на навколишнє середовище і моніторинг її стану; екологічний менеджмент і аудит; стандартизація і сертифікація взаємовідносин суспільства і природи; захист екологічних прав людини. Спільна екологічна компетенція ЄС та держав-членів розмежовується на основі принципу субсидіарності, нерозривно пов'язана з іншими напрямками інтеграції та надається установчим договором як для екологічної діяльності, так і для сприяння внутрішньому ринку.

6. Шостий етап ознаменувався прийняттям нового договору в Ніцці 2001 року, який поклав початок шостого етапу, пов'язаного зі значним розширенням ЄС за рахунок 12 держав Центральної та Південної Європи. Лаакенська декларація 15 грудня 2001 «Майбутнє Європейського Союзу» встановлює більш точні орієнтири і графік практичних заходів з реформування й удосконалення екологічної стратегії ЄС з урахуванням нових геополітичних та екологічних реалій.

Відповідно до положень засновницького договору, екологічну стратегію ЄС як і раніше будують на основі Програм дії в області навколишнього середовища, що визначає пріоритети та актуальні заходи на найближче майбутнє. Свій розвиток П'ята програма 1993 року знайшла у Шостій екологічній програмі ЄС, яка була затверджена на 10 років Рішенням Європейського парламенту та Радою № 1600 /2002 /ЄС від 22 липня 2002 року безпосередньо перед Світовим самітом ООН зі сталого розвитку (РІО+10) в Йоганнесбурзі і спрямована на інтеграцію екологічних вимог у різні напрямки діяльності Співтовариства та забезпечення сталого розвитку з урахуванням майбутнього розширення ЄС.

Передбачається, що Програма повинна сприяти інтеграції екологічних інтересів у всі політики Співтовариства і досягненню сталого розвитку [9, 19-20].

У зв'язку з обговоренням питання щодо стандартів виробництва і обігу продуктів потрібно вказати, що на думку європейських фахівців, до цих пір не існує діючої політики поводження з продуктами та їх ви-

робництва в Співтоваристві. Це пояснюється тим, що юридично неможливо охопити аналіз життєвого циклу виробництва, так як в цьому випадку було б потрібно об'єднати надзвичайно різні джерела, види, результати і кінцеві пункти впливу безліччю загальних інструментів [11, 95-96]. Наприклад, необхідно було б встановити заходи при виробництві продуктів, їх продажу, використанні або на стадії відходів. ЄС повинно були б взяти на приціл використання сировини і матеріалів, споживання енергії при виробництві та застосуванні, а також хімічні, біологічні та радіологічні викиди, а також запровадити необхідних дій та економічні механізми.

На сучасному етапі Договір про внесення змін до Договору про Європейський союз та Договір про заснування Європейського співтовариства, або Договір про реформу ЄС, створений з метою покращення функціонування Європейського Союзу у складі 27 держав-членів та зміцнення ролі і позицій ЄС на світовій арені в умовах глобальних змін, було остаточно узгоджено на Міжурядовій конференції в Лісабоні 19 жовтня 2007 року.

Новий договір змінює цінності і цілі Європейського союзу (Ст. 2 і 3 Договору про ЄС). Договір про реформу змінює назву Договору про заснування Європейських співтовариств на Договір про функціонування ЄС, чим безпосередньо пов'язує його з Договором про ЄС та цілями, які він ставить перед об'єднаною Європою. Таким чином, принципи, які розглядалися раніше як декларативні: захист громадян ЄС по всьому світу, економічна, соціальна і територіальна єдність, культурне різноманіття та інше – поряд з соціальними цілями, стають основними завданнями політики ЄС. Завданням ЄС також стає створення «внутрішнього ринку» і досягнення цілого ряду цілей: повна зайнятість, соціальний прогрес, високий рівень захисту навколишнього середовища, боротьба проти дискримінації, соціальна справедливість, захист прав дітей та інше.

Висновки. За весь час проведення Співтовариством екологічної політики було прийнято шість програм у сфері захисту навколишнього середовища.

В екологічній політиці передбачалось використання найбільш ефективних і найменш витратних економічних інструментів. Атрибутами ефективності виступали спільне планування і порівняння законодавча основа, спільні методи оцінки витрат і принципи їх розподілу з узгодженням цін, умов конкуренції і інвестицій. У практиці застосування економічних інструментів утвердився принцип «забруднювач платить».

До чотирьох пріоритетних сфер дій Співтовариства на найближчі роки віднесені: зміна клімату; природа і біологічне різноманіття; навколишнє середовище, здоров'я та якість життя; природні ресурси і відходи [14, 849].

Таким чином, завдяки ЄС протягом більш як півстоліття Європа живе у світі, який випереджає у своєму розвитку США і Японію, у тому числі в екологічних досягненнях. За цей період створено правову базу екологічної стратегії, удосконалюються методи охорони природи, закладено початок поліпшення якості навколишнього середовища. ЄС, будучи лідером екологічного співробітництва в Європі, бере активну участь у глобальних заходах щодо захисту навколишнього середовища під егідою ООН.

Література:

1. Agreement of 5 march 1973 amending the agreement of the representatives of the governments of the member states meeting in council of 28 may 1969 concerning standstill and information for the commission // OJ C 009, 15 /03 /1973, P. 3.
2. Commission Decision of 26 November 1995 approving the programme for the eradication of rabies for 1997 presented by France and fixing the level of the Community's financial contribution (Only the French text is authentic) // OJ 023, 24 /01 /1997, P. 10.
3. Council Directive 75 /440 /EEC of 16 June 1975 concerning the quality required of surface water intended for the abstraction of drinking water in the Member States // OJ L 194, 25 /07 /1975, P. 26-31.
4. Council Directive 75 /442 /EEC of 15 July 1975 on waste // OJ L 194, 25 /07 /1975, P. 39-41.
5. Council Directive 92 /43 /EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora // OJ L 59, 08 /03 /1996, P. 63.
6. Антонюк Н. В. Європейський Союз: політика, економіка, право: навчальний посібник / Н. В. Антонюк, М. М. Микієвич. — Львів, 2005. — 532 с.
7. Вишняков О. К. Право Європейського Союзу: підручник / О. К. Вишняков. — О.: Фенікс, 2013. — 883 с.
8. Дубовик О. Л. Экологическое право ЕС: формирование, развитие, достижения и актуальные задачи / О. Л. Дубовик // Право и политика. — 2004. — № 12. — С. 58-67.
9. Кашкин С. Новая программа действий Европейского сообщества в области окружающей среды / С. Кашкин, П. Калинин // Российская юстиция. — 2003. — № 8. — С. 19-20.
10. Кашкин С. Ю. Право Европейского Союза: учебник для вузов / С. Ю. Кашкин. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Юрайт; Высшее образование, 2010. — 1119 с.
11. Кремер Л. Экологическое право Европейского Союза / Л. Кремер, Г. Винтер; отв. ред. О. Л. Дубовик. — М.: Городец, 2007. — 144 с.
12. Лозо В. И. Правовые основы экологической стратегии Европейского Союза (концепция, программное обеспечение, систематизация и комментарий действующего законодательства ЕС): монография / В. И. Лозо. — Х.: Право, 2008. — 368 с.
13. Лозо В.И. Початок програмного забезпечення правових основ екологічної стратегії Європейського Союзу / В.И. Лозо // Теорія і практика правознавства: Електронне наукове фахове видання Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». — 2012. — Вип. 1 (2). — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=373&Itemid=229&lang=uk
14. Мазур И. И. Глобалистика. Энциклопедия / И. И. Мазур, А. Н. Чумаков. — М.: Радуга, 2003. — 1328 с.

15. Микієвич М. М. Європейське право навколишнього середовища: навчальний посібник / М. М. Микієвич, Н.І. Андрусевич, Т. О. Будякова. — Л.: Львівський національний університет ім. І. Франка, 2004. — 256 с.
16. Попович Ю. Досвід реалізації екологічної політики ЄС країнами центральної і східної Європи: уроки для України / Ю. Попович // Виртуальна бібліографічна справка. Об'єдінена справочна служба бібліотек України, 2012. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Dums/2012_2/12pydeuu.pdf
17. Declaration of the Council of the European Communities and of the representatives of the Governments of the Member States meeting in the Council of 22 November 1973 on the programme of action of the European Communities on the environment // Official Journal C 112, 20 /12 /1973 P. 1-2.
18. <http://www.oecd.org/>
19. http://www.unece.org/press/execsec/current_exec.html
20. <http://www.unep.org/>

Качуринер В. Л. Становление и развитие политики Европейского Союза в области охраны окружающей среды и экологических стандартов производства

Аннотация. На современном этапе защита окружающей среды является ключевым вопросом в политической и правовом пространстве и важной проблемой,

которая существует на национальном, региональном, европейском и международном уровнях.

ЕС стал базовой платформой для решения глобальных проблем, стоящих перед человечеством, в том числе для становления правовых основ единой экологической стратегии и разработки общеевропейских принципов и национальных систем законодательства об охране окружающей среды, а также становление и внедрение экологических стандартов производства.

Ключевые слова: окружающая среда, экологические стандарты производства, экологические программы ЕС.

Kachuriner V. Formation and development of EU policy in the field of environmental protection and environmental standards of production

Summary. Environmental protection is an important question at the political and legal level and a significant problem that exists at the national, regional, European and international levels.

The EU has become the base platform for the solution of global problems facing humanity, including the legal basis for the establishment of a unified environmental strategy and the development of common European principles and national legislation on the protection of the environment, as well as the establishment and implementation of environmental standards of production.

Keywords: environment, environmental standards of production, EU environmental programs.

*Кістанова Я. М.,
викладач кафедри адміністративного
та господарського права
Одеського національного університету імені І.І. Мечникова*

СПІЛЬНА МИТНА ПОЛІТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ТА СПІВРОБІТНИЦТВО З УКРАЇНОЮ

Анотація. Розглянуто правові та організаційні основи спільної митної політики Європейського Союзу. Досліджено нормативні основи створення митного союзу та єдиного ринку. Проведено співвідношення між спільною митною та торгівельною політикою. Зроблено висновок про фундаментальне для євроінтеграції значення митного права ЄС з огляду на економічний характер об'єднання держав.

Ключові слова: митна політика, торгівельна політика, Європейський Союз.

Постановка проблеми. Європейська інтеграція є головним пріоритетом зовнішньої політики України, починаючи з грудня 1991 р., коли головуючий на той час у Європейському Союзі міністр закордонних справ Нідерландів офіційно визнав незалежність України, тим самим поклавши міжнародно-правові засади співпраці України та ЄС.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Проблематика співробітництва України та Європейського Союзу, особливо у митній сфері, є надзвичайно актуальною. Її дослідженню присвячено праці багатьох вітчизняних та закордонних вчених, зокрема С. Ківалова, Є. Додіна, Б. Кормича, А. Козиріна, Г. Друзенка, Р. Петрова, В. Серафимова, В. Гомоная, Е. Кубко, В. Цветкова, О. Зеркаль, Т. Качки і т. д.

Викладення основного матеріалу. Україна законодавчо встановила чіткий напрямок власної зовнішньої політики у напрямку вступу до Європейського Союзу. Для цього потрібні не лише політичні декларації, але й активні дії на шляху зближення, гармонізації національного законодавства із правом даного інтегративного об'єднання. В теорії міжнародного права досить немає однозначної думки щодо правової природи цього об'єднання, адже його правова система, яка сформувалася на базі національного та міжнародного права і в умовах їх взаємодії, має ознаки як міжнаціонального, так і наднаціонального характеру.

Феноменальність також полягає у самому процесі вироблення норм на основі використання досвіду та найкращих досягнень права міжнародного та досвіду історичного розвитку національних правових систем окремих держав.

Україна повинна також звернути увагу на трансформацію власного законодавства з урахуванням осо-

бливостей права Європейського Союзу. Внутрішнє законодавство пропонується трансформувати у три етапи. Перший етап залежить від підписання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, тож можна сказати, що підписання даної угоди дасть старт процесу трансформації законодавства України, тому цей документ для нас такий важливий і йому приділяється гостра увага як з боку української влади, так і з боку Європейського Союзу. З моменту підписання Угоди, здійснюватиметься приведення національного законодавства у відповідність до вимог Угоди й інших міжнародних договорів, які стосуються співробітництва України з ЄС. Лише після цього почнеться робота з адаптації законодавства нашої держави до асоціативного членства України в ЄС. На третьому етапі можна переходити до реалізації програми гармонізації вітчизняного законодавства із законодавством ЄС з метою повної інтеграції нашої держави у спільний ринок ЄС.

Незважаючи на далеку перспективу даних процесів, Україна повинна бути готова до останнього етапу вже заздалегідь, тому процес адаптації національного законодавства нашої держави до права ЄС вже триває, що визнано на законодавчому рівні шляхом прийняття цілої низки документів у цьому напрямку.

У національному законодавстві України досі відсутні нормативно-правові акти, які б регулювали форми участі українського парламенту в гармонізації законодавства України із законодавством ЄС, а також розмежовували повноваження органів різних гілок влади у цій сфері. Тож існує об'єктивна необхідність прийняття закону, направлено на вирішення даного питання. Адже реалізація вимог Угоди про асоціацію потребує координації зусиль органів державної влади в Україні, спрямованих на реформування різних сфер національного законодавства. З урахуванням стратегічної мети вступу нашої держави до Євросоюзу, оперативне вирішення цієї проблеми набуває особливого значення.

Разом з тим, саме митне право є однією з найдавніших галузей права Європейського Союзу, оскільки саме економічне об'єднання через створення митного союзу, спочатку для декількох видів товарів, а згодом і загального, стало основою європейських інтеграційних процесів [1, 426]. Тому євроінтеграційні успіхи України напряму залежать від адаптації митного за-

конодавства України до митного права Європейського Союзу.

Європейський Союз проводить спільну митну політику. Спільна митна політика Європейського Союзу спирається на митний союз, який полягає у ліквідації всіх митних зборів та інших бар'єрів на шляху торговельних потоків між членами Союзу (такі як кількісні обмеження, зборів, що стягуються на тій же основі, що й борг, тобто тільки від іноземних продуктів і т. д.), створення загальної (однаковою для всіх членів союзу) тарифної та митної політики між державами-членами Союзу та третіми країнами. Правовою основою для створення митного союзу в Співтоваристві була в першу чергу стаття 23 (D 9) Договору про Європейський Союз 1957 р., в якому йдеться, що «Спільнота ґрунтується на митному союзі, що включає всю торгівлю товарами, містить заборону на ввізне та вивізне мито та всі збори еквівалентної дії між державами-членами та ухвалення спільного митного тарифу у відносинах із третіми країнами» [2].

Митний союз – торговельна угода, в рамках якої держави-члени скасовують мита та інші тарифи у торгівлі, та створюють загальну зовнішньоторговельну політику. Нижчим щаблем інтеграції є зона вільної торгівлі, яка не застосовує загальну політику по відношенню до третіх країн. Вищою стадією є спільний ринок, а отже, і вільний рух факторів виробництва. Короткостроковими наслідками створення Митного союзу є ефект «запуску» торгівлі та ефект розвитку торгівлі. У довгостроковій перспективі можна бачити зміни в масштабах виробництва, пов'язаних з розширенням ринку. Це так звані переваги масштабної економіки. Іншим результатом є посилення конкуренції, що вимагає підвищення економічної ефективності підприємств. У нових умовах, компанія повинна зробити кроки, щоб стати більш конкурентоспроможною порівняно з іноземними компаніями.

Митний союз був створений в Співтоваристві 1 липня 1968 р., як один з кількох кроків, введених з метою адаптувати до спільних правил держав-членів співтовариства. Набуття чинності Митного союзу не означає, що саме у цей день були скасовані всі митні збори і збори, а також кількісні обмеження на торгівлю між державами-членами. Наприклад, до 1 липня 1969 р. були збережені мита на деякі сільськогосподарські продукти, а також на велику кількість продуктів рибальства.

Митний союз був створений на основі чотирьох існуючих митних систем в шести країнах, які були першими членами, тобто системи Бенілюксу (Бельгія, Нідерланди і Люксембург на момент набрання чинності Римського договору, тобто на 1 січня 1958 р. сформували митний союз) та Франції, Німеччині і Італії. Варто зазначити, що митний союз у рамках Європейського співтовариства був створений без проміжної стадії, якою можуть бути зони вільної торгівлі.

Зони вільної торгівлі, на відміну від Митного союзу, не включають в себе єдиний митний тариф для третіх країн, а також характеризуються відсутністю спільних правил провадження адміністративних дій, що стосуються митних питань.

Створення митного союзу було досягнуто реалізацією наступних заходів: 1) усунення мит та еквівалентних зборів між державами-членами; 2) прийняття спільного зовнішнього митного тарифу; 3) усунення кількісних обмежень та еквівалентних заходів; 4) заборона захисту внутрішнього ринку за допомогою внутрішніх податків та гармонізація в галузі опосередкованого оподаткування.

Спільна торговельна політика ЄС регулює економічні відносини між Європейським Союзом і третіми країнами. Це впливає на розмір, напрямок і структуру торгівлі ЄС із зарубіжними країнами.

Нормативною основою спільної торговельної політики є Стаття 2 Договору про ЄС, де серед основних цілей, в тому числі, – стимулювання економічного зростання, високий рівень зайнятості, конкурентоспроможності та захисту навколишнього середовища. Статті 131 і 133 пояснили, в чому, в основному, полягає спільна торговельна політика: вона повинна сприяти гармонійному розвитку світової торгівлі, поступове скасування торговельних бар'єрів. Стаття 133 вказала на інструменти та процедури прийняття рішень. Стаття 300 змінює існуючі міжвідомчі процедури, необхідні для того, щоб укласти міжнародні угоди – зокрема, Рада при прийнятті рішення не зобов'язана проводити консультації з Європейським парламентом, однак, консультація може мати місце.

Оперта на єдиних принципах по відношенню до змін тарифних ставок, введення тарифів, уніфікації заходів лібералізації, експортної політики та заходів щодо захисту торгівлі, прийнятих у випадку демпінгу або субсидій, Європейська Комісія повинна представити пропозиції до Ради для здійснення спільної торговельної політики. Якщо країні-члену потрібно укласти договір з однією або кількома третіми країнами чи міжнародними організаціями, Комісія дає рекомендації Раді, Рада доручає цьому членові почати необхідні переговори. Рада та Комісія гарантують виконання договорів. Комісія веде ці переговори, консультуючись зі спеціальним комітетом, призначеним Радою. Комісія повинна регулярно доповідати про хід переговорів. Рада не може укласти договір, якщо він включає в себе положення, які виходять за рамки внутрішніх повноважень Співтовариства. Договори стосовно надання послуг в сфері культури і прав інтелектуальної власності, надання аудіовізуальних послуг, освітніх та соціальних послуг і послуг у сфері здоров'я людини, мають компетенцію укладати співтовариство спільно з державами-членами.

В торгівлі між державами-членами Спільноти не застосовуються жодні інструменти торговельної по-

літики, в той час як до імпорту з країн, що не входять в спільноту, застосовується єдиний митний тариф – TARIC.

Єдиний митний тариф спільноти (TARIC – з франц. *Tarif integre des Communautés Europeennes*) був введений в Європейському співтоваристві для товарів, що включаються до митної декларації. Тариф поєднує в собі принципи номенклатури Гармонізованої системи, правила комбінованої номенклатури Співтовариства (Combined Nomenclature – CN) та принципи загальної торговельної політики, що проводиться Європейським співтовариством. «Тариф» публікується щороку, проте щотижня держави-члени отримують оновлення. Складна структура TARIC не становить проблем, окрім класифікації окремих видів товарів у відповідності з індивідуальними кодами товарних позицій, де можуть виникнути певні проблеми і навіть значні труднощі, особливо тому, що життя не стоїть на місці і повсякдення приносить нові технічні удосконалення, зміни властивостей продукції, її цілей, застосування і задоволення потреб і смаків споживачів.

Внутрішній ринок ЄС було сформовано до 31 грудня 1992 р., і це поняття є значно ширшим за «митний союз», адже воно включає в себе всі 4 базові принципи вільної торгівлі: вільний рух товарів, вільний рух послуг, вільний рух капіталів та вільний рух робочої сили. Подібне розширення свободи торгівлі було здійснено на основі Єдиного Європейського Акту 1987 р., яким було передбачено механізми щодо відкриття ринків послуг, руху капіталів, взаємного визнання дипломів та кваліфікацій працівників тощо.

Висновки. Таким чином спільна митна політика та митне право ЄС є не лише основою об'єднання країн-членів, але й продовжує бути фундаментом перетворення Співтовариств на міцне інтеграційне об'єднання зі спільною зовнішньою і внутрішньою політикою.

Аналіз діяльності з приведення національного законодавства у відповідність до Європейського права однозначно свідчить про наявність об'єктивних труднощів у даному процесі. Намагаючись будь-що прискорити процес входження до європейських структур, Україна фактично зобов'язалась у надзвичайно стислі строки здійснити докорінну перебудову національного законодавства. Проте українська сторона не уявляла і не могла уявити всю складність цього процесу. Крім

того, даються ознаки відсутності у нашій державі як прийнятної і зрозумілої для всіх верств суспільства концепції європейської інтеграції, так і комплексних програм установаження та розвитку відносин з міжнародними організаціями Європи (зокрема, Євросоюзу) з чітко визначеними цілями, завданнями та механізмами їх реалізації.

Але, незважаючи на це, наша держава повинна все зробити для зближення українського законодавства з правом Євросоюзу, інших міжнародних організацій. Адже від цього значною мірою залежать ефективність співробітництва України з країнами Європи та світу, а також її міжнародний авторитет.

Література:

1. Право Європейського Союзу: підручн. / за ред. О. К. Вишнякова. — Одеса: Фенікс, 2013. — 883 с.
2. Договір про заснування Європейської Спільноти 1957 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_017
3. Додін Є. В. Міжнародне співробітництво з питань митної справи: навч. посібн. / Є. В. Додін, В. В. Серафімов. — Львів: Галицька видавнича спілка, 2012. — 176 с.

Кистанова Я. М. Общая таможенная политика Европейского Союза и сотрудничество с Украиной

Аннотация. Рассмотрены правовые и организационные основы общей таможенной политики Европейского Союза. Исследованы нормативные основы создания таможенного союза и единого рынка. Проведено соотношение между общей таможенной и торговой политикой. Сделан вывод о фундаментальном для евроинтеграции значении таможенного права ЕС, учитывая экономический характер объединения государств.

Ключевые слова: таможенная политика, торговая политика, Европейский Союз.

Kistanova Y. The common customs policy of the European Union and cooperation with Ukraine

Summary. The research represents the legal and organizational basis of a common customs policy of the European Union. Investigated normative basis for the creation of the customs union and the common market. Held the ratio between the common customs and trade policy. It is concluded that the fundamental for the European integration is the EU customs law, given the nature of the economic union of states.

Keywords: customs policy, trade policy, European Union.

*Лічман Ю. С.,
аспірант кафедри права
Європейського Союзу та порівняльного правознавства
НУ «Одеська юридична академія»*

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОСЛУГ В ПРАВИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Анотація. Досліджені основні поняття і особливості правового регулювання свободи надання послуг в рамках права Європейського Союзу. Розкрито поняття «послуги», охарактеризовані ознаки послуг, класифікація видів послуг, а також проаналізовано судову практику.

Ключові слова: Європейський Союз, вільний рух послуг, єдиний ринок, судові справи, інтеграція.

Постановка проблеми. Самим швидко зростаючим елементом міжнародної торгівлі є сектор послуг, який займає приблизно дві третини світової економіки і, відповідно, набуває все більшого значення для економічного розвитку. У зв'язку із збільшенням значущості послуг зростає необхідність вдосконалення і підвищення ефективності правового регулювання в даній області.

У сучасних умовах формування взаємозв'язаного і цілісного світу все більшого значення набувають регіональні інтеграційні процеси. Найінтенсивніше вони відбуваються в рамках Європейського Союзу, який за роки свого існування перетворився на один з найважливіших суб'єктів світового економічного і політичного розвитку. На території всього Європейського Союзу послуги складають від 60 до 70 % економічної діяльності держав-членів.

Європейський Союз володіє найбільш розробленим механізмом правового регулювання надання послуг. Досить високий рівень лібералізації послуг був досягнутий завдяки, з одного боку, створенню внутрішнього ринку, а з іншого, інституційній системі наднаціонального характеру. Успіхи європейської інтеграції багато в чому визначені правом ЄС, яке є унікальним політико-правовим феноменом і формує ефективні організаційно-правові засоби для досягнення поставлених перед Союзом цілей. Особливу привабливість вивченню права ЄС додає його динамічність, процес постійного розвитку права ЄС свідчить про безперервність пошуку нових і еволюцію вже вживаних форм і методів взаємодії держав-членів ЄС. Досвід будівництва ЄС унікальний у своєму роді і, безумовно, заслуговує на увагу з боку правознавців.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Окремі аспекти, що відносяться до даної проблематики, знайшли відображення в працях таких вчених як П. А. Калініченко, А. Я. Капустіна, С. Ю. Кашкіна, К. Барнара, К. Блюмана, Г. Дейвіса та інших науковців.

Викладення основного матеріалу. Базою для регулювання ринку послуг є ст. ст. 56-62 (49-55) Договору про функціонування Європейського Союзу (ДФЄС) та Директива від 12 грудня 2006 р. Остання стала першим нормативним актом «вторинного законодавства» ЄС, що встановив загальні правові засади функціонування ринку послуг. Директива регулює порядок діяльності на внутрішньому ринку ЄС постачальників послуг як на постійній основі, так й в порядку епізодичних операцій, встановлює додаткові гарантії для «одержувачів» послуг, у тому числі для кінцевих споживачів, забезпечуючи тим самим одну з основних «свобод» внутрішнього ринку ЄС – вільний рух послуг на території всіх країн-членів – та гарантуючи при цьому високий рівень якості послуг (ст. 1).

Директивою визначаються або уточнюються важливі «конституційні» категорії права ЄС при застосуванні їх до ринку послуг [1].

Лібералізація вільного руху послуг відбувалася поступово. Постанови, що стосувалися вільного руху послуг, забороняли країнам-членам ЄС вводити нові обмеження і вимагали поступового скасування вже існуючих обмежень під час перехідного періоду. Як і ведення господарчої діяльності, проведення діяльності з надання послуг повинна була підлягати лібералізації на основі загальної програми і директив, виданих з метою її реалізації [2].

Окремих ринкам послуг присвячена низка галузевих директив щодо послуг. Наприклад, щодо правових послуг прийнято Директиву Ради від 22 березня 1977 р. [3], що регулює порядок надання послуг правниками. При цьому в літературі відзначається, що взаємна «невідповідність» континентальної та англійської правових систем обумовлює небажання імплементувати Директиву, а це потребує подальших гармонізаційних заходів [4].

Поняття «послуги» згідно зі ст. 57 і наступними статтями ДФЄС не ідентичне дефініції послуги, що використовується в економічних науках. Так, ст. 57 ДФЄС пояснює, що саме підпадає під поняття послуги. Під «послугами» розуміються послуги, що звичайно надаються за винагороду, якщо вони не регулюються положеннями щодо вільного руху товарів, капіталів та пересування осіб.

Послуги включають, зокрема: а) діяльність промислового характеру; б) діяльність торгового характеру;

в) діяльність ремісників; г) діяльність осіб вільних професій.

За практикою Європейського Суду Правосуддя (далі ЄСП) зміст поняття «послуги» включає туристичну, медичну, фінансову, освітню, спортивну діяльність. Крім того, в окремих справах ЄСП вирішив, що надання телевізійного сигналу, продаж лотерей, надання кредитів на придбання житла, діяльність агенцій з працевлаштування є «послугами» згідно з правом ЄС. Особа, що надає послуги, може тимчасово здійснювати свою діяльність в іншій державі-члені на тих самих умовах, які встановлені в її власній державі, якщо це не порушує положень ДФЄС, що стосуються права на свободу ділового заснування. Надання послуг регулюється ст. 57 ДФЄС тільки у разі, коли вони мають економічний характер та надаються за винагороду.

ЄСП постановив у справі «Bond» [5], що винагорода не обов'язково має отримуватися від безпосереднього одержувача послуг, а може походити від будь-якої третьої особи. Проте у справі «Gravier» [6] ЄСП дещо звужив цю норму, затвердивши, що студенти не можуть користуватися свободою отримання послуг згідно зі ст. 56 ДФЄС, бо відповідно до ст. 57 ДФЄС професійна освіта не підпадає під категорію «послуги», тому що оплачується державою з громадських коштів.

Так, послуги охорони здоров'я, освіти та інші суспільні блага, як правило, надаються не за гроші. Навіть коли певний внесок потрібний, як сказав Суд ЄС в справі «Hambel», держава «не прагне зайнятися діяльністю, що приносить прибуток, а виконує свої обов'язки по відношенню до свого населення в соціальній, культурній або освітній сферах». У згаданій справі йшлося також про університетську освіту. Позивач стверджував, що, оскільки від студентів була потрібна плата, то діяльність університету носить економічний характер, а отже, на неї поширюється дія положень про послуги. Суд визначив, що це не так. Плата покривала лише частину витрат, велика ж їх частина фінансувалася за допомогою субсидії, таким чином, це не було дійсною винагородою, а швидше «внеском на покриття операційних витрат системи». Отже, Суд ЄС вважав за краще віднести систему освіти до категорії суспільних обов'язків, як вказано вище, й виключити її з числа сфер, що підпадають під дію положень ст. 56 [7].

З іншого боку, платні освітні послуги або платні медичні послуги, такі як операція зі здійснення абортів (але не надання інформації про аборти) у справі «Grogan» [8], можуть підпадати під дію ст. 57 ДФЄС.

Стаття 58 ДФЄС не діє щодо свободи руху товарів, капіталу та пересування громадян ЄС. Поняття «послуги» не охоплює транспортні послуги (оскільки вони регулюються окремим розділом ДФЄС), банківські і страхові послуги тощо (вони підпадають під розділ ДФЄС про вільний рух капіталу). Надання аудіо, телекомунікаційних послуг може класифікуватися як

надання послуг лише за наявності факту перетину ними кордону держави-члена, з якої походить послуга [9]. Надання послуг розпочинається з моменту отримання винагороди (англ. *consideration*) однією із сторін правовідносин [10]. Важливо відзначити, що ЄСП визнав, що розділ про надання послуг ДФЄС має пряму дію [11].

Свободою надання й отримання послуг можуть користуватися не тільки громадяни ЄС, а і громадяни інших держав, які є працівниками компаній, зареєстрованих на території ЄС. За рішенням ЄСП у справі «Rush Portuguesa» держави-члени ЄС не можуть обмежувати вільне пересування фізичної або юридичної особи, заснованої на території ЄС, разом із персоналом (незалежно від національності персоналу) [12].

Стаття 56 ДФЄС забороняє будь-які обмеження щодо надання послуг суб'єктами підприємницької діяльності ЄС, які вже мають місце ділового заснування в державі-члені ЄС. У справі «Binsbirgen» [13] ЄСП підтвердив, що ст. 56 ДФЄС має дві функції: по-перше, попередження – усунення національних обмежень свободи надання послуг в ЄС, а по-друге, забезпечення – заохочення свободи надання послуг серед суб'єктів підприємницької діяльності ЄС. Прикладом такого заохочення може бути впровадження вимоги про взаємне визнання професійних кваліфікацій та досвіду, необхідного для надання певних послуг у державах-членах ЄС. У вказаній справі було визначено, що на суб'єкта підприємницької діяльності ЄС, який надає послуги в іншій державі-члені, поширюються національні правові норми держави-члена ЄС щодо організації професійної діяльності, кваліфікації, правил професійної етики, нагляду за професійною діяльністю та відповідальністю.

Наступною важливою умовою застосування свободи надання послуг в ЄС є вимога наявності «елемента Союзу» (англ. *Unionelement*). Наприклад, у справі «Debauve» [14]. ЄСП постановив, що суб'єкти підприємницької діяльності ЄС не можуть користуватися свободою надання послуг для здійснення економічної діяльності на території держави-члена ЄС, з якої вони походять. Громадяни держави-члена ЄС можуть посилатися на положення розділу про свободу надання послуг Договору про діяльність ЄС у разі, коли вони не залишають території держави власного громадянства, але їх економічна діяльність на території ЄС обмежується чи члени їх родини не можуть приєднатися до них.

Як і у випадку зі свободою пересування працівників, застосування ст. 59 вимагає існування транскордонного елементу. Транскордонність є ключовою рисою надання послуг за правом ЄС. Це означає, що суб'єкти надання та отримання послуг знаходяться в різних державах-членах ЄС. ЄСП підтвердив у справі «Distribuidores Cinematograficos» [15], що коли продюсери і дистриб'ютори не засновані в одній державі-

члені, така послуга є за своєю природою транскордонною. Крім того, в ст. 66 Договору про діяльність ЄС встановлено, що положення про усунення обмежень на свободу надання послуг діють «відносно резидентів держав-членів, які засновані не в державі походження резидента-одержувача послуг». В справі «*Debauve*» в Бельгії проти відповідача було розпочато кримінальну справу за те, що він транслював на телебаченні комерційну рекламу, що на той час було заборонено в Бельгії. ЄСП не зміг допомогти йому, тому що положення щодо вільного надання послуг неможливо застосовувати у випадках, коли відповідна діяльність обмежена однією державою-членом [16].

За характером діяльності послуги класифікуються за 4 групами: діяльність промислового, торговельного характеру, діяльність ремісників та осіб «вільних» професій (ст. 57 (50) ДФЄС). Крім того, загальноприйнятою є класифікація за варіантами надання послуг:

1) коли особа, яка надає послуги, вирушає в іншу державу-член ЄС з метою надання платних послуг.

2) коли одержувач послуг вирушає в іншу державу-член для отримання послуг. ЄСП відзначив, що для того, щоб зробити можливим надання послуг, особа, що надає послугу, може переміститися в ту державу-член, в якій має ділове заснування одержувач послуги або останній може переміститися в державу, де має своє ділове заснування суб'єкт, що надає послугу.

3) коли і суб'єкт, який надає послуги, і їх одержувач засновані в одній і тій же державі-члені ЄС, проте суб'єкт, що надає послуги, переміщується в іншу державу-член для того, щоб запропонувати свої послуги одержувачу. При цьому та держава, в якій послуги надаватимуться, не повинна встановлювати додаткових умов, що обмежують свободу надання послуг. Це підтверджено ЄСП в декількох справах про надання туристичних послуг (наприклад, екскурсіводів, які здійснюють діяльність на території різних країн). Так, у справі C-180/89 ЄСП було вказано, що держава-член не може обтяжувати надання послуг на її території обов'язком дотримання вимог про ділове заснування; інакше положення про свободу надання послуг будуть позбавлені практичного ефекту.

4) коли ні суб'єкт, що надає послуги, ні їх одержувач не здійснюють фізичних переміщень і послуги надаються за допомогою пошти або комунікацій, таких як телефон, факс або електронна пошта. Наприклад, у справі C-76/90 ЄСП, в черговий раз підкреслюючи неприпустимість обмеження свободи надання послуг, особливо відзначив, що таке обмеження є абсолютно неприпустимим у випадках, коли послуга надається суб'єктом без відвідування ним території тієї держави-члена, в яку така послуга адресована [17].

Стаття 56 Договору про діяльність ЄС забороняє національні обмеження щодо надання та отримання послуг громадянами ЄС. Згідно з ЄСП держави-члени зобов'язані усунути будь-які обмеження не тільки

«відносно дискримінації щодо національності особи, яка надає послуги, та будь-яких обмежень, які застосовуються однаково щодо громадян власної та інших держав-членів ЄС, але можуть зашкодити свободі надання послуг громадянином іншої держави-члена, в якій він легально надає ці послуги». Держави-члени ЄС можуть обмежити свободу надання послуг виключно з метою захисту публічного інтересу на підставах, ідентичних до обмежень свободи ділового заснування.

Заходи, здатні заборонити або іншим чином перешкоджати реалізації свободи надання послуг, що є як заходами прихованої дискримінації, так і формально-юридичний недискримінаційні заходи, не суперечитимуть праву ЄС, якщо вони об'єктивно необхідні як для забезпечення громадського порядку, державної безпеки і охорони здоров'я, так і для відповідності імперативним вимогам загального інтересу і є пропорційними і не можуть бути досягнуті менш обмежувальними засобами.

Виходячи з вищевикладеного, можна зробити певні **висновки**. Послуги охоплюють досить широку і неоднорідну область економічної діяльності, що вимагає враховувати специфічні особливості різних видів послуг для ефективного правового регулювання. Але необхідно відзначити, що відсутнє єдине визначення поняття послуги в праві ЄС. Також повною мірою не розкритий зміст свободи надання послуг і чітко не розмежовані сфери дії свободи надання послуг.

Також треба підкреслити, що правове регулювання свободи надання послуг складалося, в основному, завдяки практиці ЄСП. Суд ЄС відіграє виключно важливу роль в лібералізації надання послуг. В процесі формування практики Суду ЄС положення ДФЄС про свободу надання послуг отримали ширше тлумачення: був сформульований принцип прямої дії положень Договору, присвячених послугам, а також принцип заборони дискримінації; уточнені характерні межі послуг; чіткіше визначені способи надання послуг. Також була уточнена сфера дії свободи надання послуг; розкритий зміст свободи надання з точки зору характеру заборонених обмежень.

Не дивлячись на досить високий рівень розвитку лібералізації послуг в рамках ЄС, питання реалізації свободи надання послуг не втратили своєї актуальності і правове регулювання в цій області продовжує розвиватися.

Література:

1. Право Європейського Союзу. Особлива частина: навч. пос. / За ред. М. Р. Аракеляна, О. К. Вишнякова. — К.: Істина, 2010. — С. 17.
2. Тачинська Й. Право внутрішнього ринку ЄС: навч. посібник / Й. Тачинська, О.І. Ільченко. — О.: Одес. нац. юрид. академія, 2005. — 118 с.
3. Council Directive 77 /249 /EEC of 22 March 1977 to facilitate the effective exercise by lawyers of freedom to provide services // OJ. — 1977. — L 078. — P. 17-18.

4. Liu F. R. The establishment of a Cross-border legal practice in the European Union / Liu F. R. // Boston College International and Comparative Law Review. — Vol. XX. — 2. — Summer 1997. — P. 369-383.
5. Справа C-275 /92, Custom and Exercise Commissioners v. Scyindler and Schindler [(1994) ECR I-1039.
6. Справа 293 /83, Gravier v. City of Liege (1985) ECR I-593, (1985) 3 CMLR 1.
7. Дейвис Г. Право внутреннего рынка Европейского Союза: учеб. пособие / Г. Дейвис; Пер. с англ. М. Ю. Зарицкой. — К.: Знання-Прес, 2004. — С. 280.
8. Справа C-159 /90, SPUC v. Grogan (1991) ECR I-4685, (1991) 3 CMLR 849
9. Справа 155 /73, Sacchi (1974) ECR 409, (1974) 2 CMLR 177
10. Справа 263 /86, Humbel v. Belgium (1988) ECR 5388, (1988) 1 CMLR 393.
11. Справа 110&111 /78, Miniastre Public v. Van Wesemael (1979) ECR 35, (1979) 3 CMLR 87.
12. Справа C-113 /89, Rush Portuguesa Ltda v. Office Nationale d'Immigration (1990) ECR I-1417.
13. Справа 33 /74, Van Binsbirgen v. Bestuur van de Badrijfsferening voor de Metaalnijverheld (1974) ECR 1299, (1975) 1 CMLR 298.
14. Справа 52 /79, Procueror du Roi v. Debauve (1980) ECR 833, (1981) 2 CMLR 362.
15. Справа C-17 /92, Distribuidores Cinematograficos (1993) ECR I-2239.
16. Кернз В. Вступ до права Європейського Союзу: навч. пос. / В. Кернз. — К.: Знання; КОО, 2002. — 381 с.
17. Право Європейського Союзу: навчальний посібник / За редакцією Р. А. Петрова. — 4-те видання. — К.: Істина, 2011. — С. 115.

Личман Ю. С. Правовое регулирование услуг в праве Европейского Союза

Аннотация. Исследованы основные понятия и особенности правового регулирования свободы предоставления услуг в рамках права Европейского Союза. Раскрыто понятие «услуги», охарактеризованы признаки услуг, классификация видов услуг, а также проанализирована судебная практика.

Ключевые слова: Европейский Союз, свободное движение услуг, единый рынок, судебная практика, интеграция.

Lichman Y. S. Legal regulation of services in the European Union

Summary. In the framework of the European Union were analyzed the basic concepts and features of the legal regulation granting services freedom. The concept «services» were characterized, classified by types of service and as example given the judiciary practice.

Keywords: The European Union, free movement of services, the single market, case law, integration.

Письменна В. О.,
аспірант кафедри міжнародного права та міжнародних відносин
НУ «Одеська юридична академія»

«ПОДВІЙНА ФУНКЦІОНАЛЬНІСТЬ» ЯК СОЛІДАРИСТСЬКЕ РОЗУМІННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ЖОРЖЕМ ССЕЛЕМ

Анотація. У статті досліджується найвідоміша теорія представника солідаристського підходу до міжнародного права Жоржа Сселя – «теорія подвійної функціональності» та основні положення так званого «сселізму». Солідаристська школа міжнародного права сприяла становленню соціологічного підходу до міжнародного права. Для пояснення теорії подвійної функціональності, Ж. Сселем було запропоновано оригінальне бачення міжнародного права як сукупності норм найвищого правового порядку, що має власний суверенітет. За Ж. Сселем, законодавчу, виконавчу та судову функцію на міжнародному рівні реалізують не держави як первинні суб'єкти міжнародного права, а індивідуум в ролі агента, що діє на користь усієї світової спільноти.

Ключові слова: Жорж Ссель, подвійна функціональність, міжнародний правопорядок, солідарність, сселізм.

Постановка проблеми. Реагування на ряд викликів, які постають перед міжнародним правом сьогодення, спонукає вчених приділяти більшу увагу теоретико-методологічним надбанням інших наук. Беручи до уваги порівняно незначну розробленість соціологічного підходу до міжнародного права, ознайомлення з ідеями представника соціологічного підходу до міжнародного права Жоржа (Георга) Сселя (фр.: *Georges Scelle*, 1878-1961), на наш погляд, може пролити нове світло на розуміння міжнародного права.

Теорія «подвійної функціональності» (англ.: *role splitting, dual functionality*; фр.: *dedoublement fonctionnel*) слугувала для Ж. Сселя поясненням обов'язкової сили міжнародного права як кристалізація найвищих цінностей різних правових порядків. Незважаючи на відсутність централізованих правотворчих та правозастосовних органів, інтерпретація соціальних цінностей та створення на їх основі норм міжнародного права, здійснення правосуддя та примусу забезпечується завдяки «роздвоєній ролі» уповноважених осіб – агентів-правителів або ж агентів-посадовців.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Питанням соціологічного підходу до міжнародного права, на жаль, приділялось недостатньо уваги у вітчизняній науці. Виключення складають дослідження О. Мережка, Ю. Чайковського та радянського вченого Г. Тункіна. Питаннями солідарності та солідаризму займалися А. Кормич, Д. Прокіпов, М. Плешко та німецький вчений українського походження В.-Ю. Данилів. Серед зарубіжних до-

слідників соціології міжнародного права і, зокрема, солідарності варто назвати Л. Буржуа, О. Діггелмана, Л. Дюгі, А. Кассезе, Е. Каракуляна, М. Мінасяна, М. Коскеньємі, Б. Ланхєєра, Н. Політіса, Ж. Сселя, Г. Тьєррі, В. Фрідмана, Л. ле Фура, М. Хірша та ін. Дослідженням творчості Жоржа Сселя займалися Н. Куок Дінь, А. Кассесе, М. Косканьємі, О. Мережко, Г. Тункін, Г. Тьєррі та ін.

Метою даної статті є дослідження соціологічного підходу до міжнародного права на прикладі робіт Ж. Сселя та розкриття основних ідей вченого («сселізму»), зокрема на прикладі теорії «подвійної функціональності» та зв'язку із солідарністю.

Викладення основного матеріалу. Однією із основних переваг міждисциплінарних досліджень права є вихід за рамки «права чорних літер» (тобто, добре встановлених правил, англ.: *blackletterlaw*). З цього приводу О. Мережко зазначив, посилаючись на роботи Л. Дюгі та Ж. Сселя, що соціологічна теорія на місці ключових понять «державний суверенітет» та «міждержавне право» ставить поняття сукупності людей, тобто народу, та концепцію всесвітньої світової спільноти, яка також наділена суверенітетом [1, 84]. Згадані О. Мережком вчені, а також Л. Буржуа, Н. Політіс, Л. ле Фур мали такий значний вплив на формування наукової думки в Західній Європі, що М. Коскеньємі ототожнив розвиток науки міжнародного права у Франції першої половини ХХ століття саме з солідаризмом, представниками якого прийнято вважати вказаних вчених [2, 266-348].

Для розуміння суті теорії «подвійної функціональності» необхідно спершу познайомитися з основами міжнародно-правової реальності у викладі Ж. Сселя. Французький вчений був послідовником Е. Дюркгейма та Л. Дюгі, які вважали, що основою життя груп людей різного рівня, починаючи від сім'ї і до *civitas maxima* (світової спільноти), є солідарність.

Солідарність (від фр.: *solidaire* – «солідарний; діючий заодно»; лат.: *solidus* – «щільний, твердий»), за Ж. Сселем, поділялася на два типи: солідарність за подібністю та солідарність за розподілом праці. Ж. Ссель (як і автор такої класифікації Е. Дюркгейм) віддавав перевагу другому типу. Розвиваючи ідею солідарності за поділом праці, вчений вбачав «конституційний» орган міжнародної спільноти як парламент, скликаний із представників професій, а не представників держав [2, 266-267], а сама держава у його вченні поступалась місцем правопорядку.

Ж. Ссель працював у період, за власним висловом, «правового регресу», тому його цілком було створення відмінної від «догм та містичних вірувань колективної особи», «державної тиранії», «середньовічної анархії» теорії [4, 196]. «Сселізм», як його охрестив Г. Тьєррі, був відмінним від звичайного сприйняття міжнародно-правової реальності сучасниками вченого (зазначимо, що яскравий представник соціологічного підходу до міжнародного права М. Губер (1874-1960) визнавав тільки державу як суб'єкта міжнародного права) [4, 196-197]. Делегат останнього скликання Ліги Націй, Ж. Ссель піддавав суворій критиці її бездіяльність та невтручання у внутрішні справи нацистської Німеччини під час прийняття дискримінаційних Нюрнберзьких законів. Дійсно, Ліга Націй задовольнила лише одне індивідуальне звернення стосовно порушення прав людини, засуджуючи незаконне звільнення єврея за національністю, Ф. Бернгейма, як прояв дискримінації, що означало порушення положень Польсько-німецької конвенції стосовно Верхньої Сілезії від 1922 року¹ [9].

Держава для Ж. Сселя була і реальністю, і фікцією водночас. З одного боку, спільноти людей бувають різних рівнів, і держава була одним із них (реальність). Вчений усвідомлював, що на даному історичному етапі держава була найзручнішим способом задоволення потреб осіб. З іншого боку, Ж. Ссель намагався звернути увагу, що без «сакрального страху», держава – це навіть не особа, а конкретні індивідууми, оскільки єдиними особами, здатними мислити, приймати рішення та нести відповідальність за них є люди (фікція). Людина всередині сукупності їй подібних стала центральним елементом вчення Ж. Сселя. Як зазначив Ю. Чайковський, навіть міжнародне право для Ж. Сселя було не «правом народів», а «правом людей» найвищого порядку [7, 118].

Ж. Ссель намагався відійти від існуючих поглядів на природу міжнародного права, яку в 30-ті роки ХХ століття можна було ототожнити із лозунгом *Der Staat ist Macht* (з нім.: «держава – сила»). Вихід було знайдено – у сселівській теорії «подвійної функціональності» роль «держави» зводилася до мінімуму: суверенітет держави нівелювався фактом існування суверенітету права, в тому числі і міжнародного права, яке творили не держави, а агенти певної спільноти людей – агенти-правителі (лідери держави) або ж агенти-посадовці (уповноважені особи, в тому числі і судді).

Таким чином, коли мова йде про будь-які дії держави на міжнародному рівні, то насправді говориться про конкретну фізичну особу, яка в даній ситуації

діє на користь міжнародної спільноти. Індивідуум в такій ситуації функціонує як представник міжнародної спільноти. Оскільки така особа займає посаду у державному апараті, то вона також функціонує і на національному рівні. Звідси і так звана дуальність, «подвійна функціональність» – правителі, урядовці чи посадові особи можуть діяти або ж в національних інтересах, або ж в інтересах міжнародної спільноти загалом. Решта індивідуумів (не агентів-правителів та не агентів-посадовців) також являється суб'єктами права, в тому числі і міжнародного приватного права, однак вони діють виключно у своїх власних інтересах, тому їх не можна віднести до категорії «агентів». На нашу думку, Ж. Ссель суперечить власним висновкам, стверджуючи, що «агенти» можуть діяти виключно для своєї держави або для міжнародного співтовариства, тоді як не-агенти діють виходячи тільки із власних інтересів. Якщо виходити з тези Ж. Сселя про ієрархічність правопорядків, то діяльність «агенту» на міжнародному рівні, по-перше, відбувається на користь усієї міжнародної спільноти, по-друге, в інтересах населення держави, яке входить до складу міжнародної спільноти, та, по-третє, як і не-агент, переслідує прямо чи побічно і власні цілі.

Проголосивши ідею суверенітету права, Ж. Ссель надав поняттю права особливого змісту. Суть права складають не конкретні правила, а порядок. За Ж. Сселем, порядок більшого рівня має пріоритет над нижчим: вчений був палким прибічником монізму. Для Ж. Сселя право було породженням соціального життя, і «право людей» включало в себе не тільки міжнародне, але і національне право, так само як і інші соціальні норми.

Ж. Ссель не заперечував наявності позитивного та природного права, проте вводив категорію «об'єктивного права». Так, природне право існує статично і воно являється породженням людського розуму; об'єктивне право – це природне право «до місця», тобто це похідна форма від природного права, яка може змінюватися в залежності від умов та потреб. Позитивне право таким чином – це всього лише трансляція об'єктивного права в обов'язкові до виконання норми. Так як різні фактори по-різному впливають на характер об'єктивного права, можна говорити про відмінність права різних держав. Отже, позитивне право – це не воля суверену, а результат процесу становлення об'єктивного права. Об'єктивне право не може залежати від суверену, так як від нього не може залежати цілий ряд зовнішніх факторів, наприклад, географічне положення. Таким чином, держава не має суверенітету; натомість, його має право. «Право людей» не твориться, воно з'ясується, виходячи із потреб суспільства. Як писав Ж. Ссель, «Законодавець не може нічого бажати, окрім того, що бажає закон» [2, 331].

Відсутність центральних органів нормотворення та правозастосування ще не означає, що для найвищої соціальної системи – *civitas maxima* – не існує

¹ Вказана Конвенція гарантує захист прав національних меншин (закріплених у статтях 66-67, 75, 80 та 83 Конвенції), які порушувалися фактом введення в дію Нюрнберзьких расистських законів (Закон «Про охорону німецької крові та німецької честі» та Закон «Про громадянство Рейху»). Німеччина, після розгляду даної Петиції, призупинила дію Нюрнберзьких законів на території Верхньої Сілезії до 1939 року, а Франц Бернгейм отримав компенсацію за порушення його прав.

особливого набору правил, загальнообов'язкових, охоронюваних та захищених. Аналогічно до правителя, який діє як агент міжнародної спільноти при укладенні міжнародного договору, національні суди здійснюють міжнародне правосуддя у разі звернення до них на підставі норм міжнародного права. Окрема держава або ж група держав, в тому числі шляхом прийняття рішення Радою Безпеки ООН, може здійснювати примус у міжнародному праві. За Ж. Сселем, такий устрій – це особливості перехідного етапу до становлення універсальних або регіональних механізмів здійснення вказаних функцій. Вчений висловлював думку про те, що «агенти» повинні діяти в інтересах міжнародної спільноти при здійсненні міжнародно-правових функцій та бути солідарними з іншими членами світової спільноти.

Теорія Ж. Сселя була надто прогресивною для того часу. Тому окремі висновки вченого піддавалися критиці та вважалися нераціональними. Як зазначили О. Івакін та Ю. Чайковський, така реакція була результатом нерозуміння середовища, в якому Ж. Ссель сформував свої погляди стосовно індивідуума як суб'єкта міжнародного права та теорії «подвійної функціональності» [5, 40]. Крім цього, обмеження державного суверенітету (на користь вищого правового порядку) у практиці завжди натикається на перепони, прикладом чого може слугувати доктрина Соланжа, відповідно до якої Конституційний суд Німеччини відмовився визнавати беззастережне верховенство європейського права (на той час права ЄЕС) над національним правом¹.

Іншим положенням теорії «подвійної функціональності», що часто піддається критиці, є здійснення судової функції національними суддями (агентами-посадовцями за Ж. Сселем) на користь міжнародної спільноти. Вчений не взяв до уваги існування міжнародних судових установ, що видається дивним, враховуючи, що Ж. Ссель був суддею Постійної палати третейського суду. Можна припустити, що Ж. Ссель не був готовий до відповіді на питання, що повинні були логічно виникнути з фактичного співставлення статусу рішень міжнародних судових органів та рішень національних судів з питань, що впливають з між-

народного права. Відповідно до ст. 94 Статуту ООН та ст. 59 Статуту МС ООН, сторони у справі зобов'язані виконувати рішення Міжнародного суду. Рішення національних судів мають статус допоміжних джерел міжнародного права, згідно пункту d ст. 38 Статуту МС ООН [9]. Важко уявити, як національний суд однієї із сторін спору у якості агента-посадовця на користь міжнародної спільноти вирішує справу, яка повинна бути подана до міжнародного суду.

Виникають і інші питання, наприклад, яким чином буде розмежовуватись компетенція між судом-агентом та міжнародним судом, яке місце при цьому буде відводитися застосуванню доктрин *res judicata* або ж *lis alibi pendis* національним судом. З'ясування відповідей на дані питання є актуальним, оскільки національні суди дійсно неодноразово реалізували функцію міжнародного правосуддя задля всієї міжнародної спільноти. Так, А. Кассезе ілюструє далекоглядність поглядів вченого, наводячи приклади відомих судових рішень, таких як справи Ейхмана², Шимоду³, Дем'янюка⁴, Юніса⁵ [3, 229-230]. Таким чином, сселізм є частково спроможним пояснити повноваження національних судів з розгляду певних категорій справ міжнародного характеру у виключних ситуаціях.

² Адольф Ейхман після Другої світової війни проживав у Аргентині, звідки у 1960 році був викрадений та доставлений до Ізраїлю. Ейхман звинувачувався у злочинах проти людства та злочинах проти єврейського народу, які були скоєні в Освенцимі. У касаційній інстанції, Верховний суд Ізраїлю обґрунтував свою юрисдикцію, мотивуючи це особливою роллю національних судів як агентів міжнародного співтовариства, покликаних сприяти здійсненню міжнародного права. Так, суд вирішив, «... мало того, що всі злочини, в яких звинувачується підсудний, носять міжнародний характер, але шкідливі та вбивчі результати їх скоєння були настільки поширеними і всеосяжними, що це потрясло усю міжнародну спільноту. Держава Ізраїль таким чином, має відповідно до принципу універсальної юрисдикції і в якості сторожа міжнародного права та агента міжнародної спільноти, вирішити дану справу...» [11, 304].

³ Ріючі Шимо та інші 5 постраждалих від ядерних бомбардувань міст Хіросіма та Нагасакі подали позов до місцевого суду м. Токіо проти Японії, яка відповідно до Сан-Франциського мирного договору відмовилась від свого права вимагати репарації від США. На думку позивачів, Японія, яка відмовилась від права вимоги, повинна взяти на себе зобов'язання з відшкодування шкоди (1 млн 100 тисяч йєн) постраждалим. Суд таку вимогу не підтримав, проте зобов'язав Японію реалізувати законодавчі ініціативи для полегшення страждань жертв війни. Розглядаючи справу, суд аналізував бомбардування Хіросіми та Нагасакі крізь призму міжнародного права [12; 13, 330-340], чим, на думку А. Кассезе, виконував роль «агента» у розумінні Ж. Сселя. [3, 229].

⁴ Іван Дем'янюк підозрювався у скоєнні злочинів у Треблінці. Судове слідство проти І. Дем'янюка проводилося у Ізраїлі та Німеччині. США видали Дем'янюка Ізраїлю на підставі принципу універсальної юрисдикції. Суд вирішив, що міжнародне право дозволяє розслідувати справи будь-якої країни, якщо злочинці є спільними ворогами людської раси та всі держави мають інтерес у їх покаранні [14, 21].

⁵ На викраденому Юнісом літаку знаходилися два громадянина США, які разом із іншими пасажирями були взяті у заручники. Літак належав йорданській авіакомпанії. Після незадоволення вимог – зустрічі з делегатами конференції Арабської ліги держав, Юніс з спільниками приземлив літак у Бейруті. У справі Юніса, американський суд вирішив, що він має юрисдикцію над громадянином Лівану Фавазом Юнісом, оскільки серед викрадених пасажирів знаходилося два громадянина США [15, 903].

¹ Під доктриною Соланжа мається на увазі правова позиція стосовно пріоритетності європейського права над національним, виражена у рішеннях Федерального Конституційного Суду (ФКС) Німеччини – Соланж I [10, 36-40] та Соланж II [10, 41-43], які були присвячені розмежуванню компетенції між Європейським судом справедливості та ФКС. У справі Соланж I, вирішеній у 1974 році, ФКС наголосив, що у разі гіпотетичного конфлікту між нормами німецького права та нормами права Європейської Економічної Спільноти, превалюватиме норма внутрішнього права. Прийняття даного рішення передувала справа Європейського суду справедливості Коста проти ЕНЕЛ [10, 2-4] від 1964 р., яке фактично закріпило примат права ЄЕС перед національним. Гармонізувало колізію рішення ФКС у справі Соланж II від 1983 року, де Конституційний Суд, майже не змінюючи аргумент у справі Соланж I, вказав, що враховуючи подібність механізму захисту прав ФРН та ЄЕС, ФКС не буде здійснювати свою юрисдикцію щодо питань, пов'язаних із застосуванням вторинного законодавства ЄЕС [10, 41-43].

Теорія «подвійної функціональності» може піддаватися критиці в тому числі через її вихідні положення. Як зауважив С. Кисельов у передмові до книги В.-Ю. Даниліва «Солидарність і солідаризм», навіть найгеніальніші теорії належать до світу ідей, а світ ідей і дійсний світ – це різні речі, що відомо ще з часів Платона. Сселівський антагонізм до держави-Левіафану та невизнання ролі сили у міжнародних відносинах відобразився на його аналізі тільки «сонячної» сторони міжнародного права [4, 204], тобто міжнародного права для високоосвічених та миролюбивих індивідуумів всередині демократичного суспільства.

Висновки. Підсумовуючи написане, зазначимо, що попри свої недоліки, теорія «подвійної функціональності» та ідея солідарності як лейтмотив творчості Ж. Сселю знайшли своє місце в теорії та практиці міжнародного права. Так, теорія «подвійної функціональності» встановлює зв'язок між абстрактним поняттям «держава» та конкретними особами, які діють від її імені та *ex hypothesi* в інтересах світової спільноти. Ідеї ж солідарності кристалізувалися в зобов'язаннях *erga omnes* та ряді концепцій окремих галузей права, зокрема міжнародного економічного права (наприклад, особливі зобов'язання менш економічно-розвинених держав) та екологічного права (наприклад, в концепції міжгенераційних прав та спільної але диференційованої відповідальності).

Парадоксально, але саме неповний елемент теорії Ж. Сселю – подвійна функціональність національних судів при здійсненні правосуддя на користь міжнародної спільноти – отримав найбільше уваги серед науковців, які таким чином пояснювали повноваження судів із вирішення питань, що впливають із міжнародного права.

Література:

1. Мережко А. А. Гносеологія міжнародного права: вступ до філософії міжнародного права / А. А. Мережко. – К.: Юстиніан, 2002. – 190 с.
2. Koskenniemi M. The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law (1870-1960) / M. Koskenniemi. – Cambridge University Press. – 2001. – 569 p.
3. Cassese A. Remarks on Scelle's Theory of «Roles Splitting» (*dedoublement fonctionnel*) in International Law / A. Cassese // EJIL. – 1990. – No. 210. – p. 200-222.
4. Thierry H. The Thought of George Scelle / H. Thierry // EJIL. – 1990. – No. 193. – p. 195-196.
5. Івакін О. А. Основні філософсько-правові проблеми теорії і практики становлення міжнародного права / О. А. Івакін, Ю. В. Чайковський // Актуальні проблеми політики: Збірник наукових праць. – Вип. 36. – Одеса: Фенікс, 2009. – С. 35-43.
6. Чайковський Ю. В. Перетворення міжнародного правопорядку шляхом обмеження суверенітету держав / Ю. В. Чайковський // Актуальні проблеми політики: Збірник наукових праць. Вип. 45. – Одеса: Фенікс, 2012. – С. 113-120.
7. Данилів В.-Ю. Солідарність і солідаризм / Володимир-Юрій Данилів. – К.: КМ Academia, 2000. – 150 с.
8. The Bernheim Petition to the League of Nations // American Jewish Year Book: Review of the Year. – No. 5693. – 1933. – P. 74 – 101.
9. Международное право: сборник документов / Чайковский Ю. В., Трояновский А. В. // под ред. Заслу-

женного юриста Украины, заведующего кафедрой международного права и международных отношений Одесской национальной юридической академии, к. ю. н., проф. М. Е. Черкеса. – О.: Юридична література, 2010. – 834 с.

10. Weiler J. H. H. Principles of Constitutional Law: The Relationship Between the Community Legal Order and National Legal Orders: Supremacy. The Law of the European Union: Teaching Materials / Weiler J. H. H., Kocjan M. // NYU School of Law. – 2004 /05. – 132 p.
11. Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann (Israel Sup. Ct. 1962)1968 (English translation) // Int'l L. Rep. – Vol. 36. – 1968. – p. 304.
12. Ryuichi Shimoda and Others v. the State (Tokyo District Court, 1983) // Jap. Annals of Int'l L. – No.8. – 1964. – 212-251.
13. Блищенко И. П. Прецеденты в международном публичном и частном праве / И. П. Блищенко, Ж. Дориа. – М.: Издательство МНИИМП. – 1999. – 472 с.
14. In the Matter of the Extradition of Demjanjuk, 603 F. Supp. 1468 (N. D. Ohio), affirmed, 776 F.2d 571 (6th Cir. 1985), certiorari denied, 457 U. S. 1016, 106 S. Ct. 1198, 89 L. Ed.2d. 312 (1986).
15. United States v Yunis, 682 F Supp 891 (DDC 1988).

Письменная В. А. «Двойная функциональность» как солидаристское понимание международного права Жоржем Сселем»

Аннотация. В статье исследуется известная теория представителя солидаристского подхода к международному праву Жоржа Сселю – «теория двойной функциональности» и основные положения так называемого «сселизма». Солидаристская школа международного права способствовала становлению социологического подхода к международному праву. Для объяснения теории двойной функциональности, Ж. Сселю было предложено оригинальное видение международного права как совокупности норм высшего правового порядка, имеющего собственный суверенитет. По Ж. Сселю, законодательную, исполнительную и судебную функцию на международном уровне реализуют не государства как первичные субъекты международного права, а индивидуум в роли агента, действующего в интересах всего мирового сообщества.

Ключевые слова: Жорж Ссель, двойная функциональность, международный правопорядок, солидарность, сселизм.

Pysmenna V. «Role Splitting» as a Solidarist Understanding of International Law by Georges Scelle

Summary. This article examines a most famous theory of Georges Scelle, the representative of the solidarist approach to international law, – namely, the «theory of role splitting» as well as the main provisions of the so-called «scellism». The Solidarist School of international law contributed to the establishment of a sociological approach to international law. In order to explain the theory of role splitting, G. Scelle proposed an original view on the nature of international law which was understood as a set of legal norms of the highest international legal order, which has its own sovereignty. According to G. Scelle, the legislative, executive and judicial functions at the international level are not realized by a state (as the primary subjects of international law), but by an individual as the agent acting for the benefit of the whole international community.

Keywords: Georges Scelle, role splitting, international order, solidarity, scellism.

*Пасечник Е. В.,
аспирант кафедри права Європейського Союзу
і сравнительного правознавства,
НУ «Одеська юридическа академія»*

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВАЯ РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ДОСТУПА К ЛЕКАРСТВЕННЫМ СРЕДСТВАМ

Аннотация. В статье рассмотрено международно-правовое регулирование доступа к лекарственным средствам. Рассмотрены сложности на пути доступа лекарственных средств и пути решения данной проблемы. Также затронута тема интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: международное право, лекарственные средства, право на здоровье, права человека.

Постановка проблемы. Все страны мира в той или иной степени сталкиваются с проблемой доступа населения к лекарственным средствам. Миллионы людей в мире гибнут из-за невозможности доступа, дороговизны либо недостатка лекарственных средств. «Если бы больные пневмонией не получали лекарственных средств, потери США от этого заболевания составляли бы ежегодно 37,5 тысяч человек» [9]. Отсутствие лекарственных средств в достаточном количестве – угрожает обществу развитием эпидемий.

С правовой точки зрения данная тема является чрезвычайно актуальной в связи с правом каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья, что может быть обеспечено свободным доступом к лекарственным средствам. Они должны быть эффективными и безопасными, доступными в цене, а также не нарушающими интеллектуальную собственность.

Анализ последних исследований. Научной актуальностью является международно-правовая регламентация доступа к лекарственным средствам, что по нашему мнению не достаточно освещено в юридической литературе Украины.

Целью данной статьи является анализ международно-правовой регламентации доступа к лекарственным средствам на основании международно-правовых документов (конвенций, резолюций и т. д.). Нами поставлены следующие задачи:

- обзор основных международно-правовых документов, затрагивающих доступ каждого человека к лекарственным средствам;
- существующие сложности на пути доступа к лекарственным средствам;
- возможности решения конкретных задач, связанных с международно-правовой регламентацией доступа к лекарственным средствам.

Среди украинских учёных данная тема развивалась в работе И. В. Зенкина.

Среди работ зарубежных авторов нами были использованы работы таких ученых, как Терехов и др.

Изложение основного материала

Право на здоровье и доступ к лекарственным средствам

В Уставе Всемирной Организации Здравоохранения (далее – ВОЗ) термин «здоровье» определён как состояние полного физического, душевного и социального благополучия, а не только отсутствие болезней и физических дефектов [1]. Что зависит не только от полноценного питания, должной физической нагрузки, психологической разгрузки, а также от своевременного употребления комплекса витаминов, антистрессовых препаратов и минеральных комплексов. В свою очередь это влечёт за собой финансовые расходы, которые дополнительным бременем ложатся на семейный бюджет.

Право каждого человека на здоровье закреплено во Всеобщей декларации прав человека принятой резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 г., в ст. 25: «Каждый человек имеет право на такой жизненный уровень, включая пищу, одежду, жилище, медицинский уход и необходимое социальное обслуживание, который необходим для поддержания здоровья и благосостояния его самого и его семьи...» [2]. Соответственно, в статью расходов включаются не только визиты например, к стоматологу, а также покупка реминерализующих (восстанавливающих не только физиологическую матрицу костей, но и зубов) препаратов.

О важности доступа каждого человека к высшему уровню здоровья говорится в ст. 12 п. 1 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, принятый на резолюции 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 г., где подчеркнута необходимость прав человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья [3]. А в п. 2 данной статьи конкретизировано какие меры необходимо предпринять. Например: уменьшение смертности и детской смертности, предупреждение и лечение эндемических, профессиональных и иных заболеваний и борьба с ними. Для данных целей необходимо обеспечить тотальный доступ к лекарственным средствам. Однако не следует забывать о рациональном назначении и приёме отдель-

ных лекарственных средств. «Так как для миллиона людей по всему миру полное осуществления права на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья по-прежнему остаётся целью далёкого будущего, во многих случаях... для живущих в условиях нищеты, эта цель становится всё более недостижимой». Для предупреждения эндемических заболеваний, например, лептоспироза необходимы дорогостоящие вакцины.

То есть, право на здоровье – неотъемлемо связано с доступом к лекарственным средствам, так как именно лекарства помогают нам предотвратить, вылечить болезнь или уменьшить страдание. И, исходя из вышеизложенного, мы можем говорить о необходимости доступа к лекарствам в контексте права каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья. О чём говорится во многих международных документах, что подтверждает факт нерешенности проблемы доступа к лекарственным средствам и актуальности поиска новых путей решения этой задачи.

Общая характеристика международно-правового регулирования доступа к лекарственным средствам, формы, механизмы

На 12 сессии Генеральной Ассамблеи ООН А / HRC / 12 / L.23 от 25 сентября 2009 г. Совет по правам человека призвал государства осуществить политику, направленную на содействие широкому доступу к безопасным, эффективным и недорогим лекарствам, в связи с их малой доступностью для населения. Считаем необходимым широкое использование дженериков (препараты второго поколения) для решения данного вопроса.

Одним из основных документов, затрагивающих проблему доступа к лекарственным средствам в контексте права каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья является Резолюция 12 / 24 Генеральной Ассамблеи Организации Объединённых Наций (далее – ООН) от 12 октября 2004 года. Данный документ подчёркивает, что высший уровень физического здоровья вытекает из достоинства присущей человеческой личности. Однако высокая стоимость медицинских препаратов и невозможность их приобретения определённой долей населения – унижает достоинства человеческой личности, ухудшая его психическое здоровье и нарушая его права, провозглашенные в Декларации тысячелетия Организации Объединённых Наций. В частности, выделяются четыре цели развития, связанные со здоровьем:

- 1) равенство возможностей доступа к основным ресурсам в области охраны здоровья – своевременное оказание медицинской помощи в острых случаях (инфаркт, инсульт и проч.),
- 2) профилактика проф. заболеваний,
- 3) профилактика эндемических заболеваний,

4) равная социальная помощь государства в связи с негативным влиянием финансового и экономического кризиса.

Сложность обеспечения лекарственными средствами некоторых стран, например, Африки связана с:

1) «экзотичностью» заболеваний; Необходимо создать условия максимального благоприятствования тем фирмам, в продукции которых нуждается данная страна. Например, в болотистой местности наладить выпуск лекарств от малярийного плазмодия.

2) невозможностью своевременного доступа к пациентам. Необходимо регулярно (например, каждый месяц) учреждать поездки в труднодоступные деревни для оказания помощи. К примеру, в России курсирует поезд с высокопрофессиональными врачами.

3) недостаточным количеством больниц и медицинского персонала. Возможно, решением данной проблемы является создание благотворительных фондов. Государство может создать условия благоприятствования тем крупным фирмам, которые занимаются меценатством.

4) Недостаточна пропаганда лекарственных средств среди населения.

5) Низкая культура потребления медикаментов в сочетании с плохой личной гигиеной в совокупности с самолечением нередко приводят к непоправимым последствиям. Необходимы просветительские лекции, стенды, бесплатные брошюры, популяризирующие само и взаимопомощь среди населения.

6) Отсутствие необходимых лекарств или рынка лекарственных средств как такового.

7) Наладить контроль продажи лекарственных средств (в связи со случаями перепродажи лекарственных средств с целью наживы).

8) Высокие налоги, таможенные пошлины, а также отсутствие конкуренции на рынке, что приводит к увеличению цен на лекарственные средства.

9) Устаревший список основных лекарственных средств, который не учитывает льготные группы населения (получающие лекарства бесплатно либо по сниженным ценам). Например, бесплатная выдача инсулина больным сахарным диабетом.

10) Отсутствие финансирования со стороны государства (например, онкобольных детей).

11) Коррупция.

Нами предложены следующие пути решения данной проблемы:

1. Эффективная политика закупки лекарственных средств. Например, оптовые закупки позволяют снизить конечную стоимость.
2. Наладить поставку самых необходимых препаратов, гарантируя своевременное их поступление.
3. Широкое использование препаратов дженериков с целью снижения стоимости лечения.
4. Поощрение государством разработки новых или альтернативных лекарственных средств.

5. Борьба с коррупцией путём ужесточения мер наказания за данное деяние.

6. Подписание многосторонних договоров о сотрудничестве государств с целью улучшения доступа к лекарственным средствам, как неотъемлемое социальное право граждан на сохранение здоровья.

7. Проведение разъяснительной работы с населением. Лекции по правильности принятия конкретного лекарственного средства, например, противозачаточных таблеток.

8. Введение параллельного импорта в тех странах, где оно не запрещено.

9. Улучшение профессиональной медицинской помощи за счёт подготовки кадров в тех странах, где наблюдается их нехватка.

10. Улучшение условий торговли лекарственными средствами за счёт благоприятствования таможенной политики (устранение таможенных барьеров).

Необходим строгий контроль за надлежащим исполнением поставленных задач. Что поможет наладить международно-правовую регламентацию доступа к лекарственным средствам.

Доступ в специальных сферах

В ряде резолюций по правам человека упомянута необходимость доступа к лекарственным средствам в специфических сферах. Например, Резолюция комитета по правам человека 2002 /32 «Доступ к терапии в контексте таких пандемий, как ВИЧ /СПИД» от 22 апреля 2002 года. Данная Резолюция признаёт необходимость профилактики и терапевтического лечения лиц, больных малярией и туберкулёзом. Приветствуется инициатива доступа к медикаментам с целью борьбы со СПИД /ВИЧ. Для этого необходимо сделать доступными данные лекарственные средства в развивающихся странах. Существует опасность распространения СПИД /ВИЧ, которая может привести к угрозе стабильности и безопасности [4]. Данная резолюция, как и резолюция Комитета по правам человека 2001 /33 «Доступ к медицинской помощи в связи с такими пандемиями, как ВИЧ /СПИД» от 23 апреля 2001 г. призывает государства обеспечить население достаточным количеством фармацевтических изделий и медицинских технологий.

В Резолюциях комитета по правам человека, таких как, например, 2002 /32 «Доступ к терапии в контексте таких пандемий, как ВИЧ /СПИД» от 22 апреля 2002 г. [5] есть предложение создания «Глобального фонда для борьбы со СПИДом, туберкулёзом и малярией, цель которого заключается в привлечении, размещении и расходовании дополнительных ресурсов в рамках нового государственно-частного партнерства, которое внесет устойчивый и значительный вклад в сокращение инфекционных и других болезней, а также смертности, путем выделения грантов для профилактики, лечения, ухода и поддержки инфицированных и больных...». А в сентябре 2006 г. Бразилией, Нор-

вегией, Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии, Францией и Чили [6] – было официально создано ЮНИТЭЙД – международный центр по закупкам медикаментов против СПИДа. «За год, прошедший с момента образования, ЮНИТЭЙД добился снижения цен на лекарства от ВИЧ для детей почти на 40 %, а на антиретровирусные (АРВ) препараты второй линии на 25-50 %» [7].

По мнению заместителя исполнительного директора ЮНЭЙДС М. Сидибе: «ЮНИТЭЙД являет собой великолепный пример быстрых, гибких и новаторских действий, необходимых для разработки сбалансированных долгосрочных мер в ответ на эпидемию СПИДа и обеспечения всеобщего доступа к профилактике ВИЧ, лечению и уходу...» [7]. Рассматриваемая нами резолюция подчёркивает обязанность государства обеспечить доступ к лекарственным средствам каждого человека. Особенно это необходимо пациентам, страдающих хроническими заболеваниями (длящимися годами).

Считаем целесообразным:

1) Проведение санитарно-просветительной работы, целью которой является устранение опасности беспорядочных половых связей, способах заражения и методах профилактики СПИД /ВИЧ.

2) Создание межгосударственной организации с депонированием денег из народного бюджета стран-участников с целью обеспечения минимальной потребности граждан в жизненно необходимых лекарственных средствах, что поможет решить некоторые вопросы, связанные с продлением жизни больным людям. Например, гормон щитовидной железы для пострадавших от высокой дозы радиации АЭС (Фукусима, Чернобыль).

Вопросы доступа и интеллектуальной собственности

Регулирование в области интеллектуальной собственности осуществляется с помощью соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС).

В п. 5 соглашения признано, что для создания новых лекарственных средств важна защита интеллектуальной собственности, что, однако, приводит к удорожанию (повышению стоимости) лекарственного средства.

С целью снижения их стоимости предлагаем, чтобы в список основных лекарственных средств, составляемых индивидуально каждой страной, входили препараты-дженерики, суммарное количество которых должна быть не менее 50 %. Данный список подлежит ежегодному обновлению. (Дженерики – препараты второго поколения, которые не нуждаются в разработке, поэтому стоимость их ниже препаратов первого поколения).

В п. 6 ТРИПСа призывают все государства обеспечить соблюдение права интеллектуальной соб-

ственности, чтоб было соблюдено патентное право. В статье 7 соглашения ТРИПС под названием «Цели» говорится о том, что: «Охрана и обеспечение соблюдения прав интеллектуальной собственности должны содействовать техническому прогрессу, передаче и распространению технологии к взаимной выгоде производителей и пользователей технических знаний, способствуя социально-экономическому благосостоянию и достижению баланса прав и обязательств». То есть, соглашение ТРИПС призвано поддерживать баланс между защитой интеллектуальной собственности и социальным правом человека на здоровье.

Уникальной является возможность выдачи лицензии на препарат, не прошедший еще клинических испытаний. «Предоставление патентов их обладателям и последующая выдача лицензий организациям государственного здравоохранения на лекарства, проходящие еще клинические испытания, позволят появиться на рынке дженерикам новых высокоэффективных лекарств почти сразу же после поступления в продажу в высокоразвитых странах оригиналов этих лекарств» [8], что позволит избежать дефицита наиболее востребованных лекарственных средств.

Выводы. На основании проведенных исследований мы полагаем, что основными причинами недостаточного доступа населения к лекарственным средствам являются внутренние и внешние факторы, будь то социальные, экономические, правовые.

Не возможно достижение данных целей лишь на национальном уровне (в пределах одной страны). Необходимо международно-правовое сотрудничество государств для решения поставленных вопросов. Необходима ратификация основных положений международно-правовых договоров на национальном уровне.

С целью улучшения заботы государства о здоровье своих граждан необходима международно-правовая регламентация доступа к лекарственным средствам.

Литература:

1. Устав Всемирной Организации Здравоохранения [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/RU/constitution-ru.pdf>
2. Всеобщая декларация прав [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml
3. Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactecon.shtml
4. Резолюция комитета по правам человека 2002 /32 «Доступ к терапии в контексте таких пандемий, как ВИЧ /СПИД» от 22 апреля 2002 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.un.org/ru/aids/docs/ecn4r02-32.pdf>
5. Резолюция комитета по правам человека 2001 /33 «Доступ к медицинской помощи в связи с такими пандемиями, как ВИЧ /СПИД» от 23 апреля 2001 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.un.org/ru/aids/docs/ecn4r01-33.pdf>
6. ВОЗ приветствует создание ЮНИТЭЙД [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2006/s15/ru/index.html>
7. ЮНИТЭЙД отмечает первую годовщину своего существования достижениями [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.unaids.org/ru/resources/presscentre/featurestories/2007/september/20070921unitaidoneyear/>
8. Патентный фонд лекарственных препаратов объявил о начале переговоров по патентам на лекарства для лечения ВИЧ с еще двумя фармацевтическими компаниями [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.unaids.org/ru/resources/presscentre/featurestories/2011/july/20110718aiaspatentpool/>
9. Левашова И. Г. Надлежащая клиническая практика в фармации: учебник / И. Г. Левашова, А. Н. Мурашко, Ю. В. Подпужников, В. П. Черных, С. Н. Коваленко. — К.: Молион. 2006. — С. 71.

Пасечник О. В. Міжнародно-правова регламентація доступу до лікарських засобів

Анотація. У статті розглянуто міжнародно-правове регулювання доступу до лікарських засобів. Розглянуті складнощі на шляху доступу лікарських засобів і способи вирішення даної проблеми. Також розглянута тема інтелектуальної власності.

Ключові слова: міжнародне право, лікарські засоби, право на здоров'є, права людини.

Pasechnik H. International legal regulation to access the medicines

Summary. In this article is considered the international legal regulation of access the medicines. We considered the difficulties on a way to access the medicines and a solution of this problem. We also touched the subject of intellectual property.

Keywords: international law, medicines, health right, human rights.

*Пожарова О. В.,
здобувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення
НУ «Одеська юридична академія»*

МІЖНАРОДНІ ТРУДОВІ НОРМИ ПРО ОХОРОНУ МАТЕРИНСТВА

Анотація. У статті досліджується юридичне забезпечення права працюючих жінок на охорону материнства за міжнародними актами. Вносяться пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства і проекту Трудового кодексу України у сфері охорони материнства.

Ключові слова: працюючі жінки, материнство, охорона материнства, міжнародні акти, норми трудового права.

Постановка проблеми. Міжнародні стандарти захисту трудових прав жінок передбачені актами ООН, МОП, Ради Європи, Європейського Союзу. **Метою** даної статті є характеристика міжнародних трудових норм про захист прав жінок у сфері праці та встановлення відповідності актів національного законодавства зазначеним нормам.

Викладення основного матеріалу. В актах ООН основну увагу приділено забезпеченню рівності жінок і чоловіків у користуванні усіма економічними, соціальними і культурними правами, забороні усіх форм дискримінації жінок, зокрема, у сфері праці (ст. 3 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права, ст. 11 Конвенції ООН про ліквідацію усіх форм дискримінації жінок). У ст. 10 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права визнано, що особлива охорона повинна надаватися матерям протягом розумного періоду до і після пологів. Протягом цього періоду працюючим жінкам повинна надаватися оплачувана відпустка або відпустка із достатньою допомогою з соціального забезпечення.

Стаття 8 «Право працюючих жінок на охорону материнства» Європейської соціальної хартії (переглянутої) передбачає право працюючих жінок на відпустку на період до і після пологів загальною тривалістю не менш 14 тижнів або з оплатою такої відпустки, або з виплатою достатньої допомоги по соціальному забезпеченню, або з наданням допомоги за рахунок державних коштів; заборону звільнення вагітних жінок і жінок, які перебувають у відпустці у зв'язку з материнством. Роботодавцю заборонено надсилати жінці попередження про звільнення з роботи у період від дати повідомлення нею свого роботодавця про вагітність до закінчення її відпустки по вагітності та родах або робити попередження про звільнення у такий час, якщо воно набирає чинності у цей період. Зазначеною статтею також передбачено надання матерям, які мають грудних дітей, перерви, тривалість

якої достатня для годування дитини; регламентація нічної роботи вагітних жінок, жінок, які нещодавно народили дитину, і жінок, що годують своїх грудних дітей; заборона застосування праці вагітних жінок, жінок, які нещодавно народили дитину, і жінок, що годують своїх грудних дітей, на підземних гірничих роботах і всіх інших роботах, які протипоказані жінкам у зв'язку з небезпечними, шкідливими або важкими умовами праці, і вжиття відповідних заходів для захисту трудових прав цих жінок.

Згідно із Законом від 14 вересня 2006 року Україна взяла на себе зобов'язання вважати обов'язковими для України усі п'ять пунктів ст. 8 Європейської соціальної хартії (переглянутої) [1].

Акти МОП встановлюють захисні норми як відносно усіх жінок, так і спеціально відносно жінок-матерів. Перший напрямок регламентації стосується нічної праці та підземних робіт. Обмеженню праці жінок у нічний час у промисловості присвячено Конвенцію МОП № 89 про нічну працю жінок у промисловості (переглянуто в 1948 році) [2], не ратифіковану Україною, і Протокол 1990 р., що доповнює Конвенцію № 89.

Відповідно до зазначених актів жінки, незалежно від віку, не використовуються на роботах у нічний час на державних або приватних промислових підприємствах чи в будь-яких інших філіалах, за винятком підприємств, на яких працюють лише члени однієї родини, і у випадках нездоланної сили, а також коли робота пов'язана з сировиною чи матеріалами, які перебувають у процесі обробки і швидко псуються, і коли така нічна робота потрібна, щоб уникнути безсумнівної втрати згаданих матеріалів.

Відповідно до Конвенції № 89 термін «ніч» означає період тривалістю принаймні одинадцять послідовних годин, який охоплює встановлений компетентним органом влади проміжок часу тривалістю принаймні сім послідовних годин між десятою годиною вечора та сьомою годиною ранку; компетентний орган влади може встановлювати різні проміжки часу для різних районів, галузей промисловості, підприємств чи їхніх філіалів.

Конвенція № 89 не поширюється на жінок, які посідають відповідні пости адміністративного чи технічного плану, і жінок, які працюють у системі охорони здоров'я та забезпечення, котрі звичайно не займаються фізичною працею.

Протокол 1990 року до Конвенції 1948 року про нічну працю жінок [3], не ратифікований Україною, допускає у певних умовах і певними обмеженнями зміну встановленої у Конвенції № 89 тривалості нічного часу та вилучення із заборони на роботу жінок у нічний час. Зазначені зміни та вилучення не допускаються відносно вагітних жінок і протягом встановленого часу після народження дитини.

Рекомендація МОП № 13 щодо праці жінок у нічний час в сільському господарстві 1921 року [4] пропонує державам вжити заходів з метою регламентації нічної праці жінок, які працюють за наймом на сільськогосподарських підприємствах, таким чином, щоб забезпечити надання їм періоду відпочинку, який відповідає їхнім фізичним потребам і становить щонайменше дев'ять годин, причому цей період має бути по змозі безперервним.

Конвенція МОП № 45 про використання праці жінок на підземних роботах у шахтах будь-якого роду 1935 року [5] забороняє використання жодної особи жіночої статі будь-якого віку на підземних роботах у шахтах. Національне законодавство може вилучати з-під згаданої заборони жінок, що обіймають керівні посади і не виконують фізичної роботи; жінок, зайнятих санітарним та соціальним обслуговуванням; жінок, які опановують курс навчання і допущені до проходження стажу в підземних частинах шахти з метою професійної підготовки; інших жінок, які повинні опускатися від часу до часу у підземні частини шахти для виконання робіт нефізичного виду. Конвенція № 45 ратифікована Україною і є частиною національного законодавства.

Що стосується охорони материнства, то тривалий час діяла Конвенція МОП № 103 про охорону материнства (переглянута в 1952 році) [6], яка була ратифікована Україною у 1956 році. Зазначена Конвенція застосовується як до жінок, зайнятих на промислових підприємствах, так і до жінок, зайнятих на непромислових та сільськогосподарських роботах, зокрема надомниць.

Згідно із Конвенцією № 103 після пред'явлення медичної довідки, яка засвідчує передбачуваний строк пологів, жінка має право на відпустку у зв'язку з вагітністю і пологами, тривалість якої повинна становити, як мінімум, дванадцять тижнів і включати період обов'язкової післяпологової відпустки. Тривалість обов'язкової післяпологової відпустки встановлюється законодавством кожної країни, але ні в якому разі не повинна становити менш як 6 тижнів. Якщо пологи відбуваються після передбачуваного строку, відпустка, яку вже було надано до цього часу, може бути подовжена у всякому разі до фактичної дати пологів, причому тривалість обов'язкової післяпологової відпустки після цього не скорочується.

У разі хвороби, причиною якої, як це визначено медичною довідкою є вагітність, законодавство країни

передбачає додаткові строки відпустки в допологовий період, максимальну тривалість якої може визначати компетентний орган влади. Жінка, яка перебуває у відпустці у зв'язку з вагітністю та пологами, має право на отримання грошової та медичної допомоги. Розміри грошової допомоги встановлюється законодавством країни таким чином, щоб забезпечити для самої жінки та її дитини добрі з погляду гігієни життєві умови та належний рівень життя.

Якщо жінка годує свою дитину груддю, вона має право припинити роботу на одну або кілька перерв на день, тривалість яких встановлюється законодавством країни. Перерви в роботі для годування дитини вважаються робочими годинами і оплачуються як такі в тих випадках, коли це регулюється законодавством або відповідає йому; у тих випадках, коли це питання регулюється колективними договорами, положення визначається відповідним договором.

Коли жінка перебуває у відпустці у зв'язку з вагітністю та пологами, наказ роботодавця про звільнення її, виданий за її відсутності або строки виконання якого збігаються з її відсутністю, є незаконним.

У 2000 році МОП прийняла Конвенцію № 183 про захист материнства, яка переглянула низку положень Конвенції № 103. Конвенція № 183 не ратифікована Україною.

Новою Конвенцією № 183 збільшено тривалість відпустки у зв'язку з вагітністю і пологами до 14 тижнів і внесено зміни у формулювання заборони звільнення жінок у період відпустки у зв'язку з вагітністю і пологами. Таке звільнення забороняється за винятком випадків, коли воно викликано іншими підставами, ніж вагітність, пологи, кормління груддю. Тягар доказування справедливості звільнення покладено на роботодавця.

Конвенція № 183 зобов'язує держави вжити заходів до того, щоб вагітність і пологи не вели до дискримінації жінок у сфері зайнятості, зокрема, при прийнятті на роботу. Це включає заборону про проведення тесту на наявність вагітності або вимогу подання довідки про відсутність вагітності, якщо тільки національне законодавство не забороняє прийняття на дану роботу вагітної жінки або матері, яка годує груддю, або якщо дана робота створить небезпеку для жінки чи дитини.

Конвенція № 171 про нічну працю 1990 року [7], не ратифікована Україною, забороняє нічну працю вагітних жінок і жінок-матерів протягом періоду тривалістю щонайменше 16 тижнів, яз яких не менш 8 тижнів повинні передувати даті народження дитини. У деяких випадках цей період може збільшуватися, наприклад у зв'язку з поганим станом здоров'я жінки або її дитини.

ЄС – Директива 92 /85 про заходи з підвищення безпеки і охорони здоров'я вагітних, жінок, які недавно народили, і жінок, які годують дітей (десята

спеціальна директива, у тому значенні, як це зазначено в Директиві 89/391).

Директива 92/85 стосується охорони жінок: вагітних, жінок, які недавно народили, та жінок, які годують дітей. Основні права цих категорій жінок концентруються навкруги охорони здоров'я і життя від небезпек виробничого середовища. Директива встановлює безумовну та індивідуалізовану (визначену обставинами даного конкретного випадку) відповідальність роботодавця за здоров'я і життя жінки та її дитини. Індивідуалізація відповідальності отримує свій вираз, наприклад, у наданні роботодавцю деякої свободи у підборі заходів щодо усунення небезпек. Залежно від їх виду роботодавець зобов'язаний перевести жінку на безпечну роботу або надати їй відпустку (у разі небезпеки, що створюється фізичними, біологічними і хімічними факторами, які перераховані у Додатку № 2 до Директиви). У разі виникнення видів небезпеки, перерахованих у Додатку № 1 до Директиви 92/85, роботодавець у першу чергу має можливість пристосувати робоче місце таким чином, щоб усунути небезпеку (наприклад, шляхом скорочення робочого часу). І тільки якщо таке пристосування буде неможливим або занадто коштовним, роботодавець зобов'язаний перевести жінку на іншу роботу або надати їй відпустку.

Директива 92/85 забороняє допуск вагітних і жінок, які недавно народили, протягом визначеного (національними законодавствами) часу після пологів до роботи у нічний час. В інших випадках жінкам слід дозволити працювати у нічний час¹. Жінці потрібно надавати відпустку із вагітності і пологів тривалістю як мінімум 14 тижнів, із збереженням попередньої заробітної плати або відповідної допомоги. Вагітній жінці також надається право на звільнення від роботи (із збереженням заробітку) для проведення медичних оглядів, якщо їх проведення неможливо у неробочий час.

До охорони праці жінки у зв'язку з материнством також належить стабільність її трудових відносин у період вагітності та після пологів. Жінка повинна мати можливість повернутися на попередню роботу, а якщо це не можливо – на роботу з умовами не гірше, ніж на попередній.

Із змісту Директиви 92/85 випливає, що вона по суті визначає стандарти охорони праці жінок з точки зору материнства.

Чинне трудове законодавство України в цілому відповідає міжнародним трудовим стандартам захисту прав працюючих жінок. У чинному КЗпП, інших нормативно-правових актах зберігається гендерна охорона праці всупереч тенденції, характерної для багатьох західних країн. За національним законодавством застосування праці жінок обмежується на

¹ Решение по делу Stoeckel, C-345/89, Сборник решений Суда ЕС 1991 I 04040.

важких роботах і на роботах із шкідливими та /або небезпечними умовами праці, а також (за деякими виключеннями) на підземних роботах; забороняється застосування праці жінок на роботах, пов'язаних із підйомом та переміщенням важких речей, що перевищують встановлені для них граничні норми.

Пільги для вагітних жінок і жінок-матерів можна оцінити як досить високі. Це стосується переведення вагітних жінок і жінок-матерів на іншу більш легку роботу із збереженням середнього заробітку, такої, що повністю оплачується і досить тривалому порівняно з іншими країнами відпустки у зв'язку із вагітністю і пологами, відпустки із догляду за дитиною до досягнення нею віку трьох років, перерви для годування дитини, заборон і обмежень при направленні у службові відрядження, залучення до надурочних робіт, до роботи у нічний час, у вихідні, святкові та неробочі дні, гарантій вагітним жінкам і жінкам, як мають дітей, при розірванні трудового договору.

З усіх цих питань національне законодавство містить норми, які є більш сприятливими для жінок порівняно з міжнародними трудовими нормами, і які перевищують рівень охорони праці жінок у зарубіжних країнах.

Однак є і певні неузгодженості. Так, ст. 183 КЗпП передбачено надання жінкам, які мають дітей віком до півтора року, додаткової перерви для годування дитини. Ці перерви надаються не рідше ніж через три години тривалістю не менше тридцяти хвилин кожна. При наявності двох і більше грудних дітей тривалість перерви встановлюється не менше години. Рекомендація МОП № 95 щодо охорони материнства 1952 року [8] передбачає більшу тривалість такої перерви. Перерви в роботі для годування немовлят повинні, по можливості, становити загалом не менше ніж півтори години протягом робочого дня, причому у разі пред'явлення лікарняної довідки частота і тривалість перерви для годування немовлят повинні відповідним чином змінюватись. У Рекомендації також йдеться про життя заходів щодо надання матерям приміщень для годування немовлят і догляду за ними протягом дня, бажано за межами підприємства, на якому працюють ці матері; у разі можливості функціонування таких служб повинно фінансуватися або повинна хоча б надаватися субсидія за рахунок громадських коштів чи в порядку обов'язкового соціального страхування.

Висновки. У проекті Трудового кодексу України також збережено високий рівень охорони праці вагітних жінок і жінок, які мають дітей. Хоча в деяких питаннях має місце відступлення від рівня, передбаченого чинним КЗпП. Так, відповідно до ч. 3 ст. 184 КЗпП звільнення вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років (до шести років – ч. 6 ст. 179), одиноких матерів при наявності дитини-інваліда з ініціативи власника або уповноваженого ним органу не допускається, крім випадків повної

ліквідації підприємства, установи, організації, коли допускається звільнення з обов'язковим працевлаштуванням. Обов'язкове працевлаштування зазначених жінок здійснюється також у випадках їх звільнення після закінчення строкового трудового договору. На період працевлаштування за ними зберігається середня заробітна плата, але не більше трьох місяців з дня закінчення строкового трудового договору.

Стаття 118 проекту забороняє звільнення вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років або дитину-інваліда, за ініціативою роботодавця, крім випадків повної ліквідації юридичної особи-роботодавця без правонаступництва, припинення фізичною-особою виконання функцій роботодавця. Однак у даній статті не гарантується обов'язкове працевлаштування зазначених категорій жінок після закінчення строкового трудового договору і відповідно збереження середньої заробітної плати до трьох місяців на період працевлаштування.

Література:

1. Про ратифікацію Європейської соціальної хартії (переглянутої): Закон України від 14 вересня 2006 року // Урядовий кур'єр. — 10 жовтня 2006 року.
2. Конвенція МОП № 89 про нічну працю жінок у промисловості (переглянута у 1948 році) // Конвенції та рекомендації МОП, ухвалені Міжнародною організацією праці. 1919-1964. Том I. — Женева: Міжнародне бюро праці, 1999. — С.449-453.
3. Протокол 1990 року до Конвенції (переглянутої) 1948 року про нічну працю жінок // Конвенції та рекомендації МОП, ухвалені Міжнародною організацією праці. 1965-1999. Том II. — Женева: Міжнародне бюро праці, 1999. — С.1417-1418.
4. Рекомендація МОП № 13 щодо праці жінок у нічний час в сільському господарстві 1921 року // Конвенції та рекомендації МОП, ухвалені Міжнародною організацією праці. 1919-1964. Том I. — Женева: Міжнародне бюро праці, 1999. — С.59.
5. Конвенція МОП № 45 про використання праці жінок на підземних роботах у шахтах будь-якого роду 1935 р. // Конвенції та рекомендації МОП, ухвалені Міжнародною організацією праці. 1919-1964. Том I. — Женева: Міжнародне бюро праці, 1999. — С.228-231.
6. Конвенція МОП № 103 про охорону материнства (переглянута в 1952 році) // Конвенції та рекомендації МОП, ухвалені Міжнародною організацією праці. 1919-1964. Том I. — Женева: Міжнародне бюро праці, 1999. — С. 581-586.
7. Конвенція МОП № 171 про нічну працю 1990 року // Конвенції та рекомендації МОП, ухвалені Міжнародною організацією праці. 1965-1999. Том II. — Женева: Міжнародне бюро праці, 1999. — С.1408-1412.
8. Рекомендація МОП № 95 щодо охорони материнства 1952 року // Конвенції та рекомендації МОП, ухвалені Міжнародною організацією праці. 1919-1964. Том I. — Женева: Міжнародне бюро праці, 1999. — С. 587-589.

Пожарова О. В. Международные трудовые нормы об охране материнства

Аннотация. В статье анализируется юридическое обеспечение права работающих женщин на охрану материнства по международным актам. Вносятся предложения по совершенствованию действующего законодательства и проекта Трудового кодекса Украины в сфере охраны материнства.

Ключевые слова: работающие женщины, материнство, охрана материнства, международные акты, нормы трудового права.

Pozharova O. International labour norms on maternity protection

Summary. In the article the legal support of rights of working women according to international acts is analyzed. Proposals on improvement of current legislation and Draft Labour Code in the sphere of maternity protection are introduced.

Keywords: working women, maternity, maternity protection, international acts, norms of labour law.

*Чипко М. В.,
аспирант кафедри міжнародного права
и міжнародних отношений
НУ «Одесская юридическая академия»*

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ВОЗОБНОВЛЯЕМЫХ ИСТОЧНИКОВ ЭНЕРГИИ: ПРОТОКОЛ К ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЙ ХАРТИИ ПО ВОПРОСАМ ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЙ ЭФФЕКТИВНОСТИ И СООТВЕТСТВУЮЩИМ ЭКОЛОГИЧЕСКИМ АСПЕКТАМ

Аннотация. В статье рассматриваются особенности международно-правового регулирования использования возобновляемых источников энергии. Автор анализирует международно-правовые нормы, касающиеся энергоэффективности.

Ключевые слова: международные правовые нормы, энергоэффективность, Протокол к Энергетической Хартии.

Постановка проблемы. Вопросы, связанные с международно-правовым регулированием энергетики являются актуальными для всего мирового сообщества. Особенное внимание в настоящее время уделяется внедрению новых технологий в энергетический сектор. Получение энергии из возобновляемых источников – это перспективный способ снижения затрат и повышения эффективности производства. Многие государства на протяжении последних десятилетий приняли ряд законодательных актов, касающихся использования возобновляемых источников энергии (далее – ВИЭ). Помимо этого, государства активно занимаются вопросами активизации сотрудничества в сфере возобновляемой энергетики. Основным международно-правовым документом в сфере энергетики является Договор к Энергетической Хартии (далее – Договор) и Протокол к нему. Договор – это первое соглашение, регулирующее широкий круг вопросов энергетического сотрудничества между большим количеством государств-участников [7, 6], а Протокол к Энергетической Хартии по вопросам энергетической эффективности и соответствующим экологическим аспектам (далее – Протокол) – документ, который впервые затрагивает вопросы повышения продуктивности энергетического производства с учетом устранения вредного влияния на экологию. Уникальность этого Договора и Протокола к нему заключается в том, что он единственный в своем роде многосторонний международно-правовой документ юридически обязательного характера [2, 3].

Целью данной статьи является изучение того, какое место занимает Договор к Энергетической Хартии и Протокол в регулировании использования возобновляемых источников энергии.

Появление международно-правовых актов в сфере возобновляемой энергетики – процесс достаточно сложный и длительный. Имеющиеся на сегодняшний день документы требуют детального анализа для выявления недостатков и устранения их в дальнейшем. Именно поэтому в задачи данной статьи входит подробное исследование Договора к Энергетической Хартии и Протокола.

Анализ последних исследований. Теоретической основой исследования были научные работы таких ученых, как А. А. Конопляник, С. Д. Билоцкий, А. В. Левин, З. В. Тропин, А. В. Башун, А. А. Кориневич, С. В. Колчин, И. З. Фархутдинов, С. З. Жизнин, Ю. А. Липатов, А. Бредбрук, Т. Вальде, Т. Карл, К. Тренберт, Д. Царинг, С. Реджвелл, Б. Бартон.

Изложение основного материала. Основанием для принятия Договора в 1994 году была Европейская Энергетическая Хартия 1991 года (далее – Хартия), которая носит декларативный и политический характер и была принята с целью объединения государств Восточной и Западной Европы. Идея о принятии Хартии возникла в 1990 году. Тогда во время совещания Европейского совета в Дублине Премьер-Министр Нидерландов Рууд Любберс высказал мысль о том, что создание специального союза для обеспечения сотрудничества в энергетическом секторе могло бы способствовать повышению экономического роста в Европе. Любберс говорил о создании Общеввропейского Энергетического сообщества. В дальнейшем эта идея получила известность как «меморандум Любберса» [3, 36]. Государства, в том числе и СССР, отнесли к «плану Любберса» как к политической инициативе, своего рода «протоколу о намерениях» [13, 80]. Содержащиеся в меморандуме предложения представляли интерес для взаимовыгодного сотрудничества между европейскими государствами в приоритетной области экономики – энергетической [4, 9]. Европейский совет поддержал эту идею и предложил Комиссии Европейских сообществ детально изучить данный вопрос и найти наиболее эффективные пути развития энергетического сотрудничества. Конкретные аспекты межгосударственного сотрудничества, пред-

ложенные в «плане Любберса», требовали уточнения. Поэтому в феврале 1991 года Комиссией была предложена концепция Европейской Энергетической Хартии. Для обсуждения Хартии в Брюссель были приглашены страны Восточной и Западной Европы, СССР и неевропейские страны-члены Организации экономического сотрудничества и развития, а также представители международных организаций. Учитывая глобализационные процессы, подобный международно-правовой акт полностью отвечал потребностям международного сообщества в регулировании отношений в сфере энергетики. Именно поэтому логичным завершением переговоров стало подписание Заключительного Документа на конференции в Гааге в декабре 1991 года. Так Европейская Энергетическая Хартия была принята. Государства-участники взяли на себя обязательства соблюдать цели и принципы Хартии, осуществлять и расширять их сотрудничество путем переговоров с целью выработки Основного Соглашения и Протоколов [5]. Однако не следует забывать, что Хартия – это документ, призванный мотивировать государства к дальнейшему сотрудничеству, и никаких конкретных норм, регламентирующих механизм международно-правового сотрудничества, он не содержит.

Поэтому ключевой задачей стала разработка дополнительных документов к Хартии, в которых были бы прописаны более детально нормы, необходимые для выработки универсального механизма регулирования в энергетической сфере. Задачей этих специальных документов было создание реальной правовой основы для регулирования энергетической безопасности в мире, учитывая принципы энергетической эффективности и принципы устойчивого развития.

Следующим шагом стало начало переговоров в рамках Конференции по Хартии относительно Основного соглашения, далее именуемого Договор к Энергетической Хартии, и Протоколов к нему. Основными сферами регулирования Договора должны были стать промышленная, торговая и инвестиционная. Протоколы должны были касаться вопросов энергетической эффективности, ядерной безопасности и углеводородов, хотя переговоры по вопросу об углеводородах позже были приостановлены до завершения работы над Договором к Энергетической Хартии [6].

По итогам Конференции в 1994 году был принят текст Договора и Протокола, и подписан Заключительный акт. Пятьдесят одно государство подписало Договор. Все государства ЕС подписали его по отдельности, а также Договор был также коллективно подписан Европейским Сообществом и Евратомом, так что общее число сторон Договора на тот момент составляло пятьдесят три. Однако не все государства ратифицировали Договор, а именно Австралия, Беларусь, Исландия, Норвегия и Российская Федерация [1, 8]. Россия и Беларусь выполняли Договор на временной основе. Беларусь продолжает до сих

пор выполнять Договор, а Россия в 2009 году официально отказалась от временного применения. На сегодняшний момент Договор вышел далеко за рамки европейского региона, к нему присоединились Иран, Китай, Пакистан и Корея [5].

Динамично увеличивающееся количество участников подтверждает, что цели и задачи данного международно-правового акта полностью отвечают особенностям современных международных отношений в энергетической сфере. Статья 4 Договора, определяющая его цели, состоит в том, что он «устанавливает правовые рамки в целях оказания содействия долгосрочному сотрудничеству в области энергетики на основе взаимодополняемости и взаимной выгоды, в соответствии с целями и принципами Хартии» [7, 50]. Практически все нормы, предусмотренные договором, являются обязательными для выполнения и носят характер «жесткого» права. Предусмотрен правовой механизм реализации прав и обязанностей, а в случае возникновения споров существует специальная процедура их разрешения, аналогичная применяемой в рамках Генерального соглашения по тарифам и спорам.

Договор к Энергетической Хартии состоит из 8 частей, включает в себя 14 приложений, пять решений Конференции и 1 Протокол. В Договоре содержатся положения, охватывающие вопросы торговли энергоресурсами, инвестирования в энергетический сектор, конкуренции на рынке энергоресурсов, транзита, передачи технологий между государствами-участниками. При этом важным является то, что объект Договора – это традиционные источники энергии. Вопросы окружающей среды, включая возобновляемую энергетику и вопросы энергетической эффективности, ограничены статьей 19 (d). Данная статья требует от государств-участников «уделять особое внимание повышению Энергетической Эффективности, осваивать и использовать возобновляемые источники энергии, поощрять применение более чистых видов топлива и использовать технологии и технологические средства, снижающие загрязнение» [7, 71]. По мнению австралийского профессора Адриана Бредбука, «статья 19 (d) может быть расценена, как первый шаг на пути к расширению сферы использования возобновляемых источников энергии в международном пространстве» [8, 22]. Данная статья – важная особенность международного соглашения. Однако участники Договора зачастую игнорируют ее положения, либо придают им минимальное значение в виду того, что не имеют достаточно возможностей для развития этой области энергетики.

В целом, проблемы повышения энергетической эффективности и охраны окружающей среды стали одними из ведущих в рамках Европейской Энергетической Хартии. Свидетельствует об этом то, что Протокол обсуждался, был открыт для подписания

и вступил в силу в то же время, когда и Договор, – 16 апреля 1998 года. Главной задачей Протокола является формулирование программных целей в области повышения энергетической и эффективности и ослабление негативного воздействия энергетического цикла на окружающую среду в государствах [9, 180].

Ведущие страны Организации экономического сотрудничества и развития предоставляют государствам с переходной экономикой ценные рекомендации относительно стратегии повышения энергетической эффективности. Особое внимание уделяется финансовым вопросам, таким как политика ценообразования, налогообложение и субсидирование в энергетике, непосредственно относящиеся к охране окружающей среды и экологии. В настоящее время мероприятия по Протоколу сосредоточены на проведении углубленных обзоров в области энергетической эффективности, целью которых является разработка конкретных рекомендаций отдельным правительствам относительно путей совершенствования их национальных стратегий в области энергетической эффективности. По состоянию на сегодняшний день в ряде государств уже были проведены такие обзоры. Среди них: Турция, Дания, Литва, Эстония, Болгария и другие [10, 16].

Однако главной особенностью Протокола является его ориентированность на создание более чистой окружающей среды, реструктуризацию энергетики и более высокий уровень жизни. Договор требует, чтобы каждое государство-участник стремилось сводить к минимуму экономически эффективными методами вредное воздействие на окружающую среду, являющееся результатом всех операций в рамках энергетического цикла на своей территории [5].

Один из способов достижения этой цели – использование возобновляемых источников энергии. С учетом развития и внедрения современных технологий в процесс производства энергии на данном этапе развития современного общества вопросы энергетической эффективности неразделимы с использованием возобновляемых источников энергии. Международное энергетическое агентство и Международная организация по стандартизации подчеркнули это в совместном Меморандуме «Роль международных стандартов в повышении энергетической эффективности и продвижении возобновляемых источников энергии» [11]. Он был представлен как основополагающий документ в контексте подготовки встречи «Большой восьмерки» в Хайлигендамме, Германия, в июне 2007 года. Меморандум указывает на основные причины необходимости применения международных стандартов в этой сфере.

Таким образом, несмотря на то, что в Протоколе отсутствует прямое указание на использование ВИЭ, все нормы, сфокусированные на регулировании повышения энергетической эффективности, непосредственно направлены и на ВИЭ.

Протокол поощряет принципы «полного учета затрат» («fuller reflection of costs»), «устойчивого развития» («improvements and sustainable development») и «эффективности затрат» («cost-effective measures») для разработки политики в области энергетической эффективности и более широкого международного и институционального сотрудничества. Цели Протокола указаны в пункте 2 статьи 2 и к ним относятся: 1) содействие политике в области энергетической эффективности, соответствующей устойчивому развитию; 2) создание рамочных условий, побуждающих производителей и потребителей использовать энергию максимально экономно, эффективно и экологически обоснованно, в особенности посредством организации эффективных рынков энергии и более полного учета экологических затрат и выгод; 3) поощрение сотрудничества в области энергетической эффективности [12, 159].

Анализ отдельных норм Протокола, касающихся необходимости государств-участников осуществлять действия в поддержку энергетической эффективности, показывает то, они обладают юридически обязательной силой как на национальном, так и на международном уровне.

Отдельные статьи Протокола требуют особого внимания. Статьи 3, 5 и 8 касаются осуществления сотрудничества в сфере повышения энергетической эффективности, а также приведения в соответствие с международными стандартами норм национального законодательства. Статья 3 накладывает обязательства на государства «содействовать друг другу в разработке и осуществлении политики, законов и нормативных актов в области энергетической эффективности» [12, 165]. Одновременно статья 8 указывает, что каждая из сторон «разрабатывает, выполняет и регулярно обновляет программы повышения энергетической эффективности, наиболее соответствующие ее условиям» [12, 167]. С одной стороны, может сложиться впечатление о взаимном противоречии в этих статьях: статья 3 говорит о международном сотрудничестве по разработке основных направлений в политике государств, а статья 8 ссылается на индивидуальный подход при составлении программ повышения энергетической эффективности. Однако Протокол не дает объяснения разницы между понятием «политика» в статье 3 и понятием «программы» в статье 8, так как такой задачи перед ним не стояло. Поэтому уверенно утверждать о противоречии нельзя.

Пункт 2 статьи 3 требует от сторон «определить политику в области энергетической эффективности и установить надлежащие правовые и нормативные рамки по таким вопросам, как функционирование рыночных механизмов; снижение барьеров, препятствующих энергетической эффективности; установление механизма финансирования инициатив; образование и просвещение; распространение и передача техно-

логий, а также открытость правовых и нормативных рамок» [12, 165].

Согласно пункту 3 статьи 3 государства-участники должны «стремится добиваться наибольшей выгоды от энергетической эффективности в рамках всего Энергетического Цикла. С этой целью они должны максимально компетентно формулировать и осуществлять политику в области энергетической эффективности, и осуществлять совместные и скоординированные действия на основе Эффективности Затрат и экономической эффективности, с должным учетом экологических аспектов» [12, 165].

При этом статья 5 ссылается на то, что участники Протокола «формулируют стратегии и программные цели в области Повышения Энергетической Эффективности и тем самым ослабления Воздействия на Окружающую Среду Энергетического Цикла в соответствии с их собственными конкретными энергетическими условиями [12, 166].

Пункт 2 статьи 3 обладает определенными преимуществами. Он сформулирован достаточно широко и не включает в себя исчерпывающий перечень действий, на которые должна быть направлена политика государств и его правовые и нормативные рамки. Следовательно, этот пункт устанавливает общие обязательства для сторон применять меры в поддержку энергетической эффективности. Однако, например, пункт 3 той же статьи не обладает такими характеристиками, поскольку обязательство формулировать национальную политику ограничено лишь «стремлением добиваться наибольшей выгоды от энергетической эффективности», и осуществлять политику необходимо «максимально компетентно». Данные формулировки являются слишком неясными и нечеткими для того, чтобы обладать юридически обязательной силой.

Также статья 5 вызывает определенные сомнения относительно того, как именно государства могут ее применять. Естественно, что экологическая и энергетическая ситуации не одинаковы в разных государствах, но если оставить «формулирование стратегии и программных целей в области Повышения Энергетической Эффективности» лишь на усмотрение государств без ссылки на определенные международные стандарты, это может привести к тому, что государства будут уделять этому вопросу минимальное внимание. А так как национальная политика – это сфера, на которую распространяется суверенитет государства, то это исключает любое вмешательство со стороны других субъектов международного права. Абсолютно идентичные проблемы возникают и при применении статьи 8, в которой указано, что только программы Повышения Энергетической Эффективности «наиболее соответствующие условиям», существующим в государстве, должны им разрабатываться и применяться.

Говоря о международных обязательствах, необходимо сослаться на пункт 1 статьи 3 Протокола. Он

содержит в себе положение, обязывающее стороны «сотрудничать, и когда это целесообразно, оказывать друг другу содействие в разработке и осуществлении политики, законов и нормативных актов в области энергетической эффективности» [12, 165]. Сферы сотрудничества государств указаны в Приложении к Протоколу «Иллюстрированный, но не исчерпывающий перечень возможных областей сотрудничества» [10, 177]. Многие зарубежные исследователи, такие как А. Бредбрук, Д. Морган, Д. Стикли считают, что это Приложение содержит в себе наиболее полный список мер по повышению энергетической эффективности, когда-либо представленный в международно-правовых актах [8, 23].

Таким образом, можно сделать **вывод** о том, что нормы Договора, Протокола и Приложения к нему отражают начавшийся процесс изменения и усовершенствования международно-правового регулирования в соответствии с потребностями, продиктованными современной энергетической и экологической ситуацией в мире. Появление норм, прямо либо косвенно регулирующих использование возобновляемых источников энергии, свидетельствует об установлении нового порядка в энергетической сфере. Основная функция Договора и Протокола – это установление единого экологически обоснованного механизма регулирования энергетического сотрудничества между государствами. Протокол, не смотря на его недостатки, является на сегодняшний момент одним из наиболее прогрессивных международно-правовых актов по вопросам использования ВИЭ. Это лишь вопрос времени, когда международное сообщество поднимет вопрос о необходимости принятия унифицированного акта в этой области энергетики, так как требования повышения энергетической эффективности рано или поздно поставят перед миром эту задачу.

Литература:

1. Конопляник А. А. План Любберса / А. А. Конопляник // Энергия: экономика, техника, экология. – 1991. – № 11. – С. 6-9.
2. Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы: Предисловие к Договору к Энергетической Хартии, Генеральный Секретарь Секретариата Энергетической Хартии Рия Кемпер. – Брюссель: Секретариат ЭХ, 2004. – 256 с.
3. Колчин С. В. Чей дом «Газпром» / С. В. Колчин // Нефть и капитал. – 1995. – № 12. – С. 31-43.
4. Konoplyanik A. Lubbers Memorandum: An Energy Marshall Plan for the USSR? / A. Konoplyanik // «Interfax–Business Weekly», March 29, 1991. – P. 9-10.
5. Договор к Энергетической Хартии. Путеводитель для читателя: Секретариат Энергетической Хартии, 2010 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/ECT_Guide_ANG.pdf
6. Final act of the European Energy Charter Conference – Energy Charter Treaty and Related Documents, 2004 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf

7. Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы. — Брюссель: Секретариат ЭХ, 2004. — 256 с.
8. Adrian J. Bradbrook Creating Law for Next Generation Energy Technologies / Adrian J. // Journal of Energy & Environmental Law. — Vol. 17, 2011 — P. 19-38.
9. Тропін З. В. Міжнародно-правове врегулювання питань енергетичної ефективності та охорони навколишнього середовища в рамках процесу Європейської Енергетичної Хартії / З. В. Тропін // Збірка матеріалів Міжнародної наукової конференції «Роль міжнародного права в розвитку альтернативи сучасній енергетиці». — К.: Фенікс, 2012. — 297 с.
10. Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы. Правовая основа для международного энергетического сотрудничества, 2008 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.energsovet.ru/stat546.html>
11. IEA Information Paper, International Standards to Develop and Promote Energy Efficiency and Renewable Energy Sources, 2007 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.iea.org/publications/freerpublications/publication/Standards.pdf>
12. Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы: Протокол об Энергетической Эффективности и Соответствующих экологических аспектах. — Брюссель: Секретариат ЭХ, 2004. — 256 с
13. Фархутдинов И. З. Международное инвестиционное право: теория и практика / И. З. Фархутдинов. — К.: Волтерс Клувер, 2005. — 350 с.

Чіпко М. Міжнародно-правове регулювання використання відновлюваних джерел енергії: протокол до Енергетичної Хартії з питань Енергетичної Ефективності та відповідних Екологічних Аспектів

Анотація. У статті розглядаються особливості міжнародно-правового регулювання використання відновлюваних джерел енергії. Автор аналізує міжнародно-правові норми, що стосуються енергоефективності.

Ключові слова: міжнародні правові норми, енергоефективність, Протокол до Енергетичної Хартії.

Chipko M. International legal regulation of the use of renewable energy sources: Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects

Summary. The article is devoted to the peculiarities of the international legal regulation of the use of renewable energy sources due to European Energy Charter. How Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects as one of the main international legal instruments would influence on international legal cooperation in the renewable energy sphere. The international legal norms dealing with energy efficiency are analyzed by researcher.

Keywords: international legal norms, Energy Efficiency, Energy Charter Protocol.

*Чистякова Ю. В.,
аспирант кафедри права Європейського Союзу і порівняльного правознавства
НУ «Одеська юридична академія»*

ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ СЕМИОТИЧЕСКОГО И ДРУГИХ МЕТОДОЛОГИЧЕСКИХ ПОДХОДОВ В РАМКАХ СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ МЕТОДОЛОГИИ

Аннотация. В работе демонстрируются возможности симбиоза семиотического подхода с другими методологическими подходами (системным, герменевтическим, аксиологическим, историческим) при осуществлении сравнительно-правовых исследований. С учетом необходимости расширения методологии сравнительного правознавства и сложности его предмета, автор отстаивает позицию важности взаимодействия семиотического подхода с другими познавательными средствами.

Ключевые слова: методология сравнительного правознавства, семиотический подход, системный подход, герменевтический подход, аксиологический подход, исторический подход.

Постановка проблемы. Сравнительное правознавство в настоящее время является бурно развивающейся правовой наукой, прежде всего, за счет своего методологического потенциала. Современный этап развития науки ставит перед ней новые задачи, проблемы и вызовы, которые требуют соответствующего обновления ее методологии. В этом плане одним из векторов развития и совершенствования методологии современного сравнительного правознавства является привлечение новых методологических инструментов. Таким, наряду с другими методологическими средствами, является семиотический подход.

Анализ последних исследований. На данном этапе в отечественной науке нет комплексных исследований в области задействования семиотического подхода в методологии юриспруденции, в том числе не были прослежены аспекты взаимодействия данного подхода с иными методологическими инструментами. При разработке темы исследования использовались работы, посвященные семиотическому подходу, а также другим методологическим подходам таких авторов как М. А. Дамирли, А. Э. Зограбовой, О. М. Ковбаско, Н. О. Осиповой, П. М. Рабиновича, Г. К. Сигитовой, Ф. де Соссюра, Ю. М. Шаева и др.

Целью исследования является продемонстрировать возможности сочетания семиотического и иных методологических подходов, в виду необходимости расширения и совершенствования методологии сравнительного правознавства.

Изложение основного материала. Семиотический подход открывает новые методологические грани изучения правовых систем и их составляющих, рассматривая всю правовую материю через призму знаков и

знаковых систем, презюмируя коммуникативную роль права, которое существует не само в себе в рамках одного государства, а взаимодействует с правом других государств, кроме того, находится в постоянной связи с другими знаковыми системами, которые действуют в обществе. Это позволяет сосредоточивать внимание ученых не только на конкретной правовой системе или правовой семье, а распространяет познание на все характерное для данного общества семиотическое пространство. Таким образом, правовые явления изучаются не изолировано от других уровней социальной реальности, что лишает их абстрактности и позволяет увидеть фактические, реальные уровни восприятия права и его элементов в культуре обществ, которые исследуются. То есть, семиотический подход позволяет изучать право не на формальном уровне, а на уровне его реального воплощения и функционирования. При этом семиотический анализ способствует достижению однозначного понимания правовой терминологии и правовых сообщений, учитывая специфику систем, в рамках которых эта терминология и сообщения были созданы и функционируют. Следует отметить, что основным элементом реализации семиотического подхода является использование семиотического метода в сочетании с другими общенаучными и специальными методами.

Но ни один методологический подход, при всей его важности для научного познания и широте применения, не является достаточным для изучения любого объекта. Будучи специальным, специфическим, он определяется одной категорией, в которой отражена только одна (хотя и важная) сторона объекта исследования. Подход лишь намечает определенный ракурс исследования объекта. Семиотиков иногда упрекают в чрезмерной схематизации, которая нарушает целостность объекта анализа, что представляется справедливой критикой, потому семиотический аспект анализа в современной науке включается в пространство самых разнообразных методологий, дополняя их, как, например, в случае сравнительного изучения правовых феноменов. Таким образом, проникая в сферу разных методологических подходов, семиотический аспект расширяет как возможности методологии в целом, так и собственные исследовательские стратегии [1]. Использование семиотического подхода в сравнительно-

правових дослідженнях повинно здійснюватися в поєднанні з іншими методологічними підходами. Даний симбіоз дозволить повно і виснажливо провести вивчення об'єкта дослідження.

Св'язь семиотического підходу з іншими методологічними підходами, які використовуються в порівняльному правознавстві може бути достатньо вагомою. Так, при здійсненні порівняльно-правових досліджень достатньо тісно переплетаются семиотический і системний підходи. Системний підхід – напрям методології дослідження, в основі якого лежить розгляд об'єкта як цілісної множинності елементів в сукупності відносин і зв'язів між ними, тобто розгляд об'єкта як системи. Системний підхід – універсальний інструмент пізнавальної діяльності. Він незамінний в пізнанні і конструюванні складних динамічних цілісностей, якою і є право. Слово «systema» на грецькому мові означає «збирання» і відображає те, що речі не є аморфними, нерозділеними і при найближчому розгляді виявляються «з'єднаними» із «частей», які можна розділити [2, 165].

Системний підхід має два аспекти: пізнавальний (описальний) і конструктивний (використовується при створенні систем). У кожного з цих аспектів свій алгоритм реалізації [3, 19]. При описальному підході, який найбільш часто застосовується в порівняльно-правових дослідженнях, зовнішні прояви системи (її основні властивості, а також функції і способи досягнення цілі) пояснюються через її внутрішню будову – склад і структуру, що вимагає застосування семиотического підходу для успішної реалізації такого аналізу. В той же час конструктивний і описальні аспекти системного підходу в порівняльно-правових дослідженнях можуть бути тісно пов'язані і взаємодоповнювати одне одного. Так, в правотворчій діяльності, яка може ґрунтуватися на результатах порівняльно-правових досліджень (наприклад, при гармонізації і уніфікації норм права різних правових систем), на перший план виходить конструктивний аспект. При дослідженні ж реальних, діючих правових знаків необхідно починати їх аналіз з описання їх складу і структури, тобто здійснювати семиотический аналіз.

Основними принципами системного підходу є цілісність, що дозволяє розглядати одночасно систему як єдине ціле і в той же час як підсистему для вищих рівнів; ієрархічність будови, тобто наявність великої кількості (по крайній мірі, двох) елементів, розташованих на основі підпорядкування елементів нижчого рівня елементам вищого рівня; структурізація, що дозволяє аналізувати елементи системи в їх взаємозв'язі в межах конкретної організаційної

структури, як правило, процес функціонування системи обумовлен не стільки властивостями її окремих елементів, скільки властивостями самої структури; системність, властивість об'єкта мати всі ознаки системи [4]. Всі ці принципи є базовими при здійсненні порівняльно-правових досліджень, в тому числі і при використанні семиотического підходу. В разі їх несоблюдення правові знаки не будуть розглянуті всебічно, адже вони є частиною всієї системи права, що і обумовлює ряд їх ознак.

В останнє час це є достатньо популярним використанням в методології як загальної юриспруденції, так і порівняльного правознавства герменевтичного підходу. Герменевтика – це метод інтерпретації текстів, явищ культури в широкому значенні. Для порівняльного правознавства, як і для юриспруденції в цілому, герменевтичний підхід має велике теоретичне значення, тому що в ньому визначається сутність права завдяки точному розкриттю його зовнішніх форм, і практичне значення, адже він розкриває методику трактування змісту норм права. Порівняльне правознавство є герменевтичною дисципліною, адже використання положень герменевтики в компаративістичній логіці випливає з природи самого буття права, тому що розуміння виступає як визначаюча характеристика самого існування правових систем, спосіб його буття [5, 33-34]. Ряд методологічних принципів, які характерні для герменевтичного підходу присущі і для семиотического підходу. Загалом, ці два методологічні підходи є взаємообумовленими, оскільки трактування правових феноменів через опосередкування їх в знаках здійснюється більш ефективно, а вивчення правових знаків є неможливим без їх трактування і роз'яснення.

Феномен герменевтичного кола, який за Г.-Г. Гадамером є початковим пунктом філософської герменевтики, може бути представлений з семиотических позицій. При такій постановці питання, герменевтичний круг представляє собою процес колового герменевтичного семиозису, де ціле є знаком частини, а частина – знаком цілого. Цілісність тут виступає як сукупність знаків, з яких складається текст [6, 58]. Принцип герменевтики колового семиозису лежить в основі побудови культури в цілому і в основі побудови права, як частини культури. В семиотико-герменевтичну ситуацію взаємозначення частини і цілого неминусом потрапляє реципієнт права. Досвід семиотического аналізу феноменології значення, який має місце в процесі дослідження права в межах герменевтичного кола, дозволяє встановити, що функціонування того або іншого значення в герменевтичному колі є процесом, перш за все, семиотическим.

На базе сочетания герменевтического и семиотического методов был разработан герменевтико-лингвистический подход, который понимается, как исходная аксиоматическая идея о необходимости исследования явлений социальной действительности сквозь призму общих закономерностей понимания и интерпретации языковых знаков, которыми эти явления обозначаются, эта идея предопределяет общую стратегию исследования, отбор исследуемых фактов и интерпретацию результатов исследования [7, 93]. Данный подход был применен для проведения сравнительного анализа процесса правоназвания. Для установления закономерностей правоназвания герменевтический инструментальный философско-правовых исследований был соединен с положениями семиотики и лингвистики. Исследование велось вокруг знака «право» в разных правовых системах, и осуществлялось на основе структурного и лингвистического анализа. Реализацией этих положений, можно считать, было основано новое в украинской общетеоретической юриспруденции направление научных исследований – этимолого-правовое [7, 108].

Семиотический подход в методологии сравнительного правоведения также находится в тесной связи с аксиологическим подходом. Аксиология – философская наука о ценностях. Она как самостоятельная сфера философских исследований возникает, когда понятие бытия расчленяется на два элемента: реальность и ценность, как объект разнообразных человеческих желаний и стремлений. Потребность в осмыслении аксиологии проблем права коренится в содержательных вопросах человеческого бытия [8]. Ценности теснейшим образом связаны с понятием содержания, смысла человеческой жизни, содержания нравственности и права. Семиотический подход является важным вспомогательным инструментом в определении ценности права и отдельных его элементов. Ценность – это то, что необходимо человеку, обществу, то, что способно удовлетворить какие-либо потребности, то, что, в конце концов, оценивается положительно. Первичными, основными ценностями являются жизнь, честь, достоинство, свобода человека, собственность, общественный порядок, безопасность человека и т. д. По отношению к указанным и другим ценностям право выступает как ценность вторичная и инструментальная, именно потому, что право на этих ценностях основывается и их охраняет. Если бы право не ориентировалось на них, то и само не имело бы ценности. Ценность права, его позитивная или негативная оценка зависят от того, насколько оно правильно отбивает первичные, основные ценности и насколько оно эффективно в утверждении и охране первичных ценностей [9, 178, 180]. Именно семиотический структурный анализ правовых знаков позволит достаточно легко определить их ценность в разных правовых системах. Кроме того, с помощью

такого анализа возможно определить какие именно первичные ценности легли в основу права, какие из них имеют приоритет в обществе, ведь система таких ценностей не является универсальной и отличается в зависимости от социокультурных особенностей общества.

Следует согласиться с точкой зрения, которая высказана индийским правоведом С. П. Снихом, о неуниверсальности права [цит. по: 9, 177], а следовательно и о неодинаковой его инструментальной ценности в разных обществах. Право как фундаментальный принцип жизни свойствен западной цивилизации, но не восточным (китайской, индийской, японской и др.). Здесь отдается преимущество другим видам социального регулирования. Ценность правовых знаков существенно влияет на определение типа правопонимания. В разные периоды развития цивилизаций оно может быть разным, что и отражается на изменении ценностного восприятия права. Изучение и исследование процесса таких изменений должно осуществляться с помощью инструментария семиотики, который позволит не только констатировать сами изменения, но и поможет определить их качественные показатели (в чем конкретно изменилась ценность права) и проанализировать факторы, которые их повлекли.

Благодаря сочетанию семиотического и аксиологического подходов можно также проследить изменение ценностного состояния правового знака за весь период его функционирования (например, правовой знак «гражданские права женщин» имел различную ценность в разные эпохи своего функционирования). Причем, изменение ценности знака прослеживается при изучении, как правило, его означаемой части, то есть внутренней составляющей. Означающая часть может оставаться неизменной. Историю ценностной характеристики любого правового знака можно проследить в зависимости и от формы его фиксации в правовой системе (он может быть зафиксирован сначала в подзаконных актах, а потом получить закрепление в законах, достаточно часто такой процесс встречается в административном праве).

Также можно говорить о взаимообусловленности семиотического и исторического подходов при осуществлении сравнительно-правовых исследований, в частности при диахронном сравнении. Исторический подход используется во всех науках, которые не могут сформировать свой предмет без исследования объектов, которые изменяются во времени. Исследовать объект исторически – значит проследить последовательность его изменения в определенном контексте, выявить взаимосвязь состояний объекта, которые изменяются. Выделение обозначаемой и означающей частей правовых знаков будет способствовать характеристике изменений, которые происходили при функционировании конкретного знака, и

поможет определить, какие исторические процессы способствовали этим изменениям.

В современной исторической науке не существует единого подхода к пониманию сущности и логики исторического процесса, условно можно выделить два основных: унитарно-стадиальный (линейный) и плюрално-циклический. Семиотический анализ правовых знаков может осуществляться на основе любой из вышеназванных концепций. Это полностью зависит от позиций ученого, который осуществляет подобный анализ. Однако, следует отметить, что для современного сравнительного правоведения одним из важных принципов признается равноценность всех правовых систем, что собственно и является одним из принципов плюрално-циклического понимания истории. Кроме того, сами правовые знаки не всегда развиваются по определенным стадиям. Правовые знаки в рамках конкретной правовой системы могут иметь разные этапы своего функционирования, которые могут считаться подъемом или упадком, а некоторые знаки остаются неизменными в течение длительного времени. Семиотический анализ правовых знаков, соединенный с историческим подходом позволит четко различать изменения в правовых знаках или их стабильное состояние и определить факторы, которые повлияли на процесс их функционирования. При этом исторический подход в данном случае позволит основывать подобное познание на широком круге данных, которые были актуальными на конкретный момент функционирования правового знака. Подобный анализ, осуществленный в рамках исторического сравнительного правоведения в полной мере позволит дать характеристику особенностей развития как отдельных правовых знаков, так и правовых семей в целом.

Выводы. Взаимодействие семиотического подхода с вышеуказанными методологическими подходами не ограничивает его возможности при осуществлении сравнительно-правовых исследований, он может интегрироваться и с другими элементами методологического арсенала сравнительного правоведения, что позволит сделать сравнительно-правовой анализ конструктивно содержательным. Синтез семиотического подхода с другими средствами сравнительно-правовой методологии должен основываться на определенной единой стратегии познания предмета исследования и реализации общих принципов познания, с целью сущностного исследования права.

Литература:

1. Осипова Н. О. Структурно-семиотический подход как аспект методологии гуманитарного знания / Н. О. Осипова // Культурологический журнал. — 2011. — № 3 (5) [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://cr-journal.ru/gus/journals/79.html&j_id=7.
2. Протасов В. Н. Теория права и государства. Проблемы теории права и государства: Вопросы

и ответы / В. Н. Протасов. — М.: Новый Юрист, 1999. — 240 с.

3. Ковбаско О. М. Системний підхід та системний аналіз як складові методології дослідження складних природних та соціальних явищ: навч.-метод. розробка теми / О. М. Ковбаско. — К.: ІПК ДСЗУ, 2010. — 29 с.
4. Сигитова Г. К. Системный подход к реализации стратегии / Г. К. Сигитова [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.dekanblog.ru/blog/dopmat/sigul.pdf>.
5. Дамірлі М. А. Специфіка компаративістсько-правової герменевтики / М. А. Дамірлі // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць / М-во освіти і науки України; редкол.: С. В. Ківалов та ін. — Одеса: Юридична література, 2009. — Вип. 50. — С. 31—36.
6. Шаев Ю. М. Феноменология смысла в герменевтике: опыт семиотического анализа / Ю. М. Шаев // Вестник Ставропольского государственного университета. — 2009. — № 61. — С. 58-66.
7. Філософія права: проблеми та підходи: навчальний посібник для студентів спеціальності «Правознавство» / П. М. Рабінович, С. П. Добрянський, Д. А. Гудима, О. В. Гришук; За загальною редакцією П. М. Рабіновича. — Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2005. — 332с.
8. Зограбова А. Э. Исторические особенности развития аксиологии / А. Э. Зограбова // Журнал научных публикаций аспирантов и докторантов. — 2009. — № 3 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://jurnal.org/articles/2009/iskus1.html>.
9. Черданцев А. Ф. Теория государства и права: учебник для вузов / А. Ф. Черданцев. — М.: Юрайт, 2000. — 432 с.

Чистякова Ю. В. Взаємодія семиотичного та інших методологічних підходів у рамках порівняльно-правової методології

Анотація. У роботі демонструються можливості симбіозу семиотичного підходу з іншими методологічними підходами (системним, герменевтичним, аксіологічними, історичним) при здійсненні порівняльно-правових досліджень. З урахуванням необхідності розширення методології порівняльного правознавства та складності його предмета, автор відстоює позицію важливості взаємодії семиотичного підходу з іншими пізнавальними засобами.

Ключові слова: методологія порівняльного правознавства, семиотичний підхід, системний підхід, герменевтичний підхід, аксіологічний підхід, історичний підхід.

Chistyakova I. The interaction of semiotic and other methodological approaches within the framework of comparative law the methodology

Summary. This work demonstrates the possibility of symbiosis of semiotic approach with other methodological approaches (systemic, hermeneutical, axiological, historical) in the realization comparative legal studies. Taking into account the necessarily to expand the methodology of comparative law and the complexity of its subject, the author upholds the position of the importance of interaction of semiotic approach with other cognitive instrumentalities.

Keywords: methodology of comparative law, semiotic approach, systemic approach, hermeneutic approach, axiological approach, historical approach.

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Кельман М. С.</i> МЕТОДОЛОГІЧНА СИТУАЦІЯ У СУЧАСНОМУ ПРАВОЗНАВСТВІ ТА ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ЙОГО МЕТОДОЛОГІЇ	4
<i>Крижановський А.Ф., Коломоєць О.В.</i> МЕТОДОЛОГІЯ ТА СТРУКТУРА ДЕРЖАВОЗНАВСТВА: КІЛЬКА ГОСТРОАКТУАЛЬНИХ ПРОБЛЕМ	9
<i>Кармазіна К. Ю.</i> ОСОБЛИВОСТІ ДЖЕРЕЛ ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА	13
<i>Манько Д. Г.</i> ТЕХНОЛОГІЇ ФОРМАЛІЗАЦІЇ ПРАВА	18
<i>Лепісевич П. М.</i> НАЦІОНАЛЬНА ДІЯЛЬНІСТЬ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ І ГРОМАДСЬКИХ ОРГАНІЗАЦІЙ В ПІДКАРПАТСЬКІЙ РУСІ 1920-1937 РР.	22
<i>Ткаля О. В.</i> ТЕМПОРАЛЬНА ДІЯ ПРАВОВИХ ІМУНІТЕТІВ	26
<i>Юрочкин М. А.</i> ФОРМИРОВАНИЕ ТЕОРИИ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА В РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ НАУКЕ В КОНЦЕ XIX – НАЧАЛЕ XX ВЕКА	31
<i>Аль-Брайчат С.</i> СИСТЕМА ПРАВА КАК ПРЕДМЕТ КОМПАРАТИВИСТСКОГО ИССЛЕДОВАНИЯ	37
<i>Коломоєць О. В.</i> ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВИ У СУЧАСНОМУ ДЕРЖАВОЗНАВСТВІ: ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ	41
<i>Левченко Д. В.</i> ЗАКОННІ ІНТЕРЕСИ ТА СУБ'ЄКТИВНІ ПРАВА В СИСТЕМІ ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ	45
<i>Мокін І. С.</i> ПРАВОВЕ ЖИТТЯ В УКРАЇНІ ДОБИ ВИЗВОЛЬНИХ ЗМАГАНЬ 1917-1921 РР. .50	50
<i>Сімутін В. В.</i> ЗМІСТОУТВОРЮЮЧІ ЗАСАДИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ МЕХАНІЗМУ СУЧАСНОЇ ДЕРЖАВИ	56
<i>Шпак Ю. А.</i> ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ОРГАНІЗАЦІЙНИХ ФОРМ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ	58

АДМІНІСТРАТИВНЕ, ФІНАНСОВЕ, ТРУДОВЕ ТА МИТНЕ
 ПРАВО

Круглов В. А.
 К ВОПРОСУ О ПОНЯТИЯХ ОТРАСЛЕЙ «АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО»
 И «ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРАВО»64

Голоядова Т. О.
 ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОГО СТАНУ СВІТОВОЇ ФІНАНСОВОЇ СИСТЕМИ
 ТА ЇЇ ВПЛИВ НА ФІНАНСОВО-ЕКОНОМІЧНИЙ РОЗВИТОК УКРАЇНИ.....68

Пузанова Г. Й.
 ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВНОЇ ПОЛІТИКИ ІНОЗЕМНОГО ІНВЕСТУВАННЯ.....71

Серих О. В.
 МОРАЛЬНО-ЕТИЧНІ АСПЕКТИ ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПРАЦІВНИКА
 МИТНИЦІ75

Бориченко К. В.
 СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА ПРО СОЦІАЛЬНИЙ
 ЗАХИСТ СІМЕЙ З ДІТЬМИ79

Веннікова В. В.
 ДО ОКРЕМИХ ПИТАНЬ РОЗГЛЯДУ СПОРІВ У СФЕРІ СОЦІАЛЬНОГО
 ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ84

Гудзь А. О.
 СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА ПРО СОЦІАЛЬНИЙ
 ЗАХИСТ БЕЗДОМНИХ ОСІБ І БЕЗПРИТУЛЬНИХ ДІТЕЙ.....88

Коцовська О. Л.
 ДО ПИТАННЯ ПРО РЕАЛІЗАЦІЮ ОРГАНАМИ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ
 АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ ОХОРОНИ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ .93

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Кізлова О. С.
 ВЕКСЕЛЬ У ЗАСТАВНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ
 УКРАЇНИ100

Акіменко Ю. Ю.
 МАЙНОВА ВІДОКРЕМЛЕНІСТЬ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ ПРИВАТНОГО ПРАВА
 У КОНТЕКСТІ СУЧАСНОСТІ104

Вабищевич С. С.
 К ВОПРОСУ О ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИХ ОТНОШЕНИЯХ
 КАК ЭЛЕМЕНТЕ СТРУКТУРЫ ПРЕДМЕТА
 ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
 (НА ПРИМЕРЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ)107

Згама А. О.
 ДЕЯКІ АСПЕКТИ УКЛАДЕННЯ МИРОВОЇ УГОДИ У ГОСПОДАРСЬКОМУ
 ПРОЦЕСІ110

<i>Печерский В. В.</i> ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ ТАКТИКИ ИССЛЕДОВАНИЯ В СУДЕ ВЕЩЕСТВЕННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ И ПИСЬМЕННЫХ МАТЕРИАЛОВ УГОЛОВНОГО ДЕЛА	243
<i>Шевчук В. М.</i> ТАКТИЧНА ОПЕРАЦІЯ ЯК РІЗНОВИД ТАКТИКО-КРИМІНАЛІСТИЧНИХ КОМПЛЕКСІВ.	248
<i>Шиманський Ф. В.</i> НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ У БОРОТБІ ПРОТИ КОРУПЦІЇ В УМОВАХ НОВОГО КПК	253
<i>Цехан Д. М.</i> ЦИФРОВІ ДОКАЗИ: ПОНЯТТЯ, ОСОБЛИВОСТІ ТА МІСЦЕ У СИСТЕМІ ДОКАЗУВАННЯ.	256
<i>Браверман Ю.І.</i> ВІДОБРАЖЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРИНЦИПІВ В ЗАСАДАХ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ	261
<i>Дынту В. А.</i> КРИМИНАЛЬНАЯ ОБСТАНОВКА И ЕЕ ОТРАЖЕНИЕ В ОБСТАНОВКЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ	265
<i>Добровольська О. Г.</i> СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ НА ПІДСТАВІ УГОД	269
<i>Галицкая О. К.</i> НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ СПЕЦИАЛЬНЫХ ЗНАНИЙ ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ ЗАГРЯЗНЕНИЯ ВОД.	273
<i>Кулинич К. С.</i> КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ПРИЗНАЧЕННЯ СУДДІВ В КОНТЕКСТІ ПРОДОВЖЕННЯ СУДОВО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ (ІСТОРИКО-ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ)	277
<i>Кривченко О. В.</i> ВИКОРИСТАННЯ МОЖЛИВОСТЕЙ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ ТА ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВИХ ЗАХОДІВ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З ДТП	282
<i>Омельяненко А. С.</i> ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВЗАЄМОДІЇ СЛІДЧОГО ТА УПОВНОВАЖЕНИХ ОПЕРАТИВНИХ ПІДРОЗДІЛІВ ПРИ ПРОВАДЖЕННІ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ.	287
<i>Лавренюк В. В.</i> ОСОБЛИВОСТІ ХАРАКТЕРИСТИКИ ОРГАНІЗОВАНИХ ГРУП ТА ОСОБИ ПОТЕРПІЛОГО ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ КРАДІЖОК З ПРОНИКНЕННЯМ У ЖИТЛО, ВЧИНЕНИХ ОРГАНІЗОВАНИМИ ГРУПАМИ	292
<i>Шкітов О. Ф.</i> ДІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНУ В УМОВАХ ВОЄННОГО ТА НАДЗВИЧАЙНОГО СТАНУ	297

НАУКОВИЙ ВІСНИК МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія: ЮРИСПРУДЕНЦІЯ

Науковий збірник

Виходить двічі на рік

№ 5, 2013

Заснований у 2010 р.

Коректор

Радіонова І.І.

Технічний редактор

Мартиненко Т.В.

Підписано до друку 21.05.2013 р. Формат 60x84/8. Обл.-вид. арк. 42,43. Ум.-друк. арк. 42,79.
Папір офсетний. Друк на дуплікаторі. Наклад 300 прим. Зам. № 1307-04.

Віддруковано у ПП «Фенікс»

(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1044 від 17.09.02).
Україна, м. Одеса, 65009, вул. Зоопаркова, 25. Тел. (048) 7777-591.