

МІЖНАРОДНИЙ ГУМАНІТАРНИЙ УНІВЕРСИТЕТ



НАУКОВИЙ ВІСНИК
МІЖНАРОДНОГО
ГУМАНІТАРНОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія:

ЮРИСПРУДЕНЦІЯ

ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

Випуск 26

Одеса
2017

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

Рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet
Вченою радою Міжнародного гуманітарного університету
протокол № 7 від 11.07.2017 р.

Видавничча 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; **С. А. Андронаті**, акад. НАН України; **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.; **М. П. Коваленко**, д-р фіз.-мат. наук, проф.; **В. А. Кухаренко**, д-р філол. наук, проф.; **Я. В. Лупій**, народний артист України; **Г. П. Пекліна**, д-р мед. наук, проф.; **І. В. Ступак**, д-р філол. наук, проф.

Головний редактор – д-р юрид. наук, проф., член-кореспондент НАПрН України, Заслужений діяч науки і техніки України **А. Ф. Крижановський**

Заступник головного редактора серії – д-р юрид. наук, проф., завідувач кафедри цивільного права та господарського права і процесу **Т. С. Кізлова**

Редакційна колегія серії «Юриспруденція»:

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. М. Дрьомін**, член-кореспондент НАПрН України, д-р юрид. наук, проф.; **Т. С. Ківалова**, д-р юрид. наук, проф., Заслужений юрист України; **С. І. Клім**, канд. юрид. наук; **В. В. Печерський**, канд. юрид. наук, доц. (Білорусь); **О. О. Подобний**, д-р юрид. наук, проф.; **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
вул. Фонтанська дорога 33, каб. 402, м. Одеса, 65009, Україна,
Телефон: +38 099 269 70 67, www.vestnik-pravo.mgu.od.ua

© Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету.

Серія: «Юриспруденція», 2017

© Міжнародний гуманітарний університет, 2017

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА;
ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

*Kovalyova S. G.,
Candidate of Juridical Sciences,
Assistant professor at Department of Theory
and History of State and Law of the
Petro Mohyla Black Sea National University*

MERCHANT LAW IN EASTERN EUROPEAN COUNTRIES (XIII–XV CENTURIES)

Summary. In this article trade relations and peculiarities of the legal regulation of international trade in West-Russian, Baltic, Lithuanian lands in the 13th – 15th centuries are researched. The Eastern European model of medieval Merchant Law is established.

Key words: merchant law, history of merchant law, medieval law, fair courts.

Issue. Reforming of state and legal sphere is the trend of modern Ukrainian reality, and consideration of European legal traditions is a matter of great importance while this process. So its studies are quite necessary because they may provide us an information about the origin and evolution of the main European legal institutes and thus to make it possible to analyze European experience in order to adopt the best of it. The research of the items is also useful considering that Ukraine as well as other countries of Central and Eastern Europe is also the organic part of the general European civilization though its development had some peculiarities. So the comparing of certain legal institutes' evolution in Western and Eastern European countries is the matter of both scientific and practical interest.

One of the most noticeable institutes of European law is the Merchant Law, or *lex mercatoria*, as it was traditionally called in Latin. It functioned in many European regions as well as in Northern Africa and Minor Asia since Middle Ages, and nowadays methods of international dispute resolution, such as international commercial arbitration, have much in common with it. So the medieval Merchant Law may be considered to be the predecessor of the modern one. Thus the importance of medieval Merchant Law's origin and specific features studying is beyond doubt.

Analysis of recent research and publications. The history and the main characteristics of Merchant Law as it functioned in Western Europe, especially in England, are quite well researched. But the unified opinion on the question hasn't been formed. The conception of Merchant Law as of the particular legal system which existed in medieval Europe has both its proponents and its opponents. Scholars established that the term "Merchant Law" was used in the late XIII century, and its using was unique to England [1]. It is worth to note that the term was mentioned in XVII century' treatise "Consuetudo, Vel *Lex Mercatoria* or The Ancient Law-Merchant" (1622) written by Gerard de Malynes and since that time it was included into scientific using. The author envisaged the Law Merchant as part of the "Law of Nations" that enshrined "the most ancient customs concurring with the Law of Nations of all Countries"; he claimed that Merchant Law was "a Customary Law approved by the authorities of all Kingdoms and Commonweals, and not a Law established by the Sovereignty of any Prince, either in the first foundation or by continuance of time" [2]. The treatise started the tradition of considering medieval Merchant Law to be a particular legal system which existed apart from the other medieval legal sys-

tems such as Minor Law, Urban Law, Canon Law etc. E.g. Harold J. Berman speculated Merchant Law as an important part of Western European legal tradition; he also made fundamental analyses of it and established its characteristics [3]. Bruce L. Benson admits the existence of Merchant Law as a special part of medieval legal system; he extends the area of its usage claiming that it was spread not only in different parts of medieval Europe but also in Maghreb or Muslim West and Judea. As for the origin of it Benson contends that it was based on custom law and also it merged some German legal norms [4]. Leon E. Trakman claims that *lex mercatoria* existed as a peculiar legal system which was autonomous and universal for all the Europe [5].

According to Stephen E. Sachs's approach, the Merchant Law represented a new legal order, free from the oppressive control of local laws and local lords. The scholar claims that though the king and abbot had significant authority in the establishment of legal principles, the resolution of disputes, and the enforcement of the fair court's judgments, the merchants participated in each of these areas of authority, especially in rendering judgments. At the same time researcher admits that the thesis concerning medieval Merchant Law as a universal mean of commercial self-regulation in nowadays is of more than mere historical interest; it has repeatedly been used to support various political programs as scholars attempt to craft a new means of regulating international commerce – or even regulating the Internet-based on the model of the medieval law merchant [6].

Emily Kadens is a representative of those scholars who refuses the existence of Merchant Law and considers its concept to be an unsubstantiated myth. E. Kadens suggests that medieval commerce had little space for a specialized law, and that merchants had little need for it because of both the well-developed trading infrastructure and the actions of local governments to ensure the protection of legal rights [7]. German researcher Albrecht Cordes claims that in the Middle Ages, the term "Lex mercatoria" was used in the context of advantages and privileges granted to merchants in the field of civil litigation so there was no special legal system called "Merchant Law". Thus the scholar concludes that this is quite different from the modern sense of a system of substantive trade law that cannot be traced back any further than to the seventeenth century. In English law, it stands for certain privileges in thirteenth-century legal procedure, maybe even for a separate system of judicial procedure [8].

As a great deal of medieval international trade was held by sea, the *Lex Mercatoria* was closely connected with maritime law. Edda Frankot who undertook a comparative study of the shipping laws which operated in Aberdeen, Danzig, Kampen, Lubeck and Revel, came to the conclusion that no one body of maritime laws were commonly applied by the courts of these towns. So she established that the political and legal environment influenced a lot on the specific of maritime law which was applied in different countries [9; p. 10].

To conclude this short review we may admit that there are different and sometimes quite opposite approaches to the issue of Merchant Law in Middle Ages.

Unsolved problems. In spite of substantial research of *lex mercatoria* institute in Western European and North American legal history science, very few modern Ukrainian scientists pay serious attention to the problem. Olena Sidorenko investigated medieval trade practice on Ukrainian lands in the trans-national context [11]. Natalya Podalyak studied the history of Hansa and its connections with Russian lands, especially with Novgorod [12]. Andriy Blanutsa determinates the most important trade partners of Ukrainian merchants and the main trends in the process [13; p. 14]. Andriy Chutkiy investigated the economical history of Ukraine since Paleolithic and gave the description of its trade in the context [15]. So the scholar managed to reconstruct the main features of Ukrainian trade during main periods of its history. But he paid his attention mainly on economical aspects of the problem. Some historical researches deal with particular issues of medieval trade in European countries. But these studies are describing the theme from historical, not from the legal position, so the legal aspect is not studied enough. Nevertheless, during XIII–XV centuries authorities of Polotsk, Vitebsk, Novgorod, Smolensk, Lithuania concluded lots of treaties with Northern European countries; analyses of their text proves that Eastern European countries were involved in general European trade and the trading rules were regulated with Merchant Law legal norms. So the reconstruction of the process of Merchant Law functioning and its peculiarities in Eastern European countries would be an issue of sufficient scientific interest and importance.

This article has an **intention** to establish the main features and characteristics of Merchant Law in Western Russian and Lithuanian-Russian lands during XIII–XV centuries.

The main body. The commercial revolution of the tenth through the thirteenth centuries involved tremendous changes in trading arrangements and conditions. Harold J. Berman contended that it was during the XI and XII centuries “that the basic concepts and institutions of <...> *lex mercatoria* <...> were formed” [3].

In XII century it was founded a merchant trade association named Hansa which functioned during more than 500 years. Hansa managed to create a tremendous trade net which was extended from London to Novgorod and from Bergen to Bruges. So it was by its very nature a supra-territorial trade which involved regular contacts between persons from different territories. The result was that over time many of the rules and practices of one community could be observed by members of other communities. Hansa made a huge contribution in legal regulation of European international trade. It is worth to mention that modern scholars consider the Merchant Law to be not the product of a single merchant guild or even a single country, but as rather universal, the creature of the transnational merchant community, establishing substantive principles and convenient procedures to govern commerce across political borders [6, p. 688; 16, p. 9]. These rules were also taken into consideration by authorities of the countries and lands which were involved into the trade. During the period of so called feudal disunity (XII – XIII centuries) Western Russ was an active member of trade relations with Northern and Western partners. Trade dealings preserved and intensified during the period of the formation of centralized states (XIV – XVI). Long-distance trade in Northern Europe was first and foremost conducted overseas, but overland trade though not as intensive was also conducted especially during the periods when sea trade on some reasons became dangerous or not available. The lands of Western Russ, Baltic and Lithuania were active participants of

Northern and Central European trade. It is known that in XIV century Lviv, Galitch, Peremyshl’ and other towns of Chervona (Red) Russ had tight trade connections with Hungary, Czech, Silesia; Vilnius, Polotsk, Mogilev and other Lithuanian and Western Russian (modern Ukrainian and Belorussian) towns had regular trade contacts with Riga, Konigsberg, Danzig, Frankfurt, Leipzig and other Central and Northern European towns [17]. Foreign merchants constantly visited Russian and Lithuanian towns especially when the danger of Tatar’s invasion blew over and the risks were sufficiently reduced. Since XV century it was held an Armenian community in Kiev. Also in Kiev permanently lived Moldavian, Greek, Turkish, Polish merchants; Genovese merchants had a special trade house in Kiev [18, p. 25]. Siegmund Freiherr von Herberstein who visited the Grand Duchy of Lithuania in early XVI century mentioned that the main products of the country which were sold abroad were honey, wax and ash as well as resin and wood for the shipbuilding. All this products in a large number were exported to Danzig, and then to Holland [19, p. 164–181]. Western Russian (modern Ukrainian) lands were the sufficient source of bread and salt. In 1523 the Danish king Christian II was deprived of the throne and fled; it caused an anomy and distemper in the region. During the next period the Northern and the Baltic Seas were not available because of the pirates and robbers, so European countries imported salt not from England as it was usual, but from Russ.

Trade contacts were established not only with Northern, but also with Eastern and Southern countries. Western Russian (Ukrainian) merchants were active trade partners of their colleagues from Kafa, Constatinople (since 1453 – Istanbul), Suchava, Sudak [20, p. 7].

So Western Russian and Baltic merchants had tight and intensive trade and business contacts with European and Asian ones. Consequently their business relations had to be regulated. In XIII – early XIV centuries the authorities of Vitebsk, Polotsk, Smolensk, Novgorod concluded the treaties with Riga and Livonia. Certain legal norms of the treaties were concerning the rules of the trade. In the treaty of Polotsk and Vitebsk with Livonia (1264) it was established that merchants of both parts were equal trade partners in Livonia as well as in Polotsk and Vitebsk [21, p. 77]. This legal norm wasn’t a new one: the same rule was established e.g. in the treaty concluded by Lubeck and Hamburg in 1230 [22, p. 40–41]. In 1265 Polotsk and Riga established a mutual tax-free transit and trade of merchants of both countries; both parts bound themselves to provide the safety of merchants [21, p. 78]. On June, 3, 1326, the cessation of hostilities treaty between Novgorod and Norway was concluded. It was established that both Russian merchants in Norway and Norwegian ones in Novgorod could move and vend freely, without any limit [23, p. 45–46]. In 1300 the same legal norm was signed in the treaty of Riga with Smolensk [24, p. 452]. In 1320 the Volodymyr Duke Andriy Yurievitch guaranteed Toryn’ merchants tax-free trade all over his lands [20, p. 17]. In 1323 in order to support the Lithuanian trade the Grand Lithuanian Duke Gediminas addressed to citizens of Lubeck, Rostock, Stralsund, Greifswald, Stettin and Gotland proclaiming that foreign merchants could move and vend in Grand Duchy of Lithuania without paying any taxes [25]. This norm one can also read in the treaty signed in 1388 by Gediminas with Livonian Order [26], in 1341 Gedeminas’ sons Lubart and Keistut confirmed the right of tax-free trade to Toryn’ merchants [20, p. 19]. This incentive tradition was continued in Lithuanian-Russian policy in XV century. The norm was included in the treaty between Grand Lithuanian Duke Casmir and Novgorod signed in 1447 [27, p. 115–116]. This rule was established not only by European countries: in 1392 peace between Golden Orda and

Poland was concluded and both Tatar Khan Tohtamysh and Polish king Jagaillo confirmed already existing commitments to provide free of charge way to merchants from another country [28, p. 17]. So we may conclude that some legal norms were widely expanded and were recognized not only by merchants, but by authorities as well. The reason is that different merchants often had different cultural and ethnic backgrounds and different native languages; and besides, geographic distances often inhibited direct communication between merchants. Consequently it was necessary to establish rules which could be clear and close to each one. The optimal and the simplest way to form such norms was to fix the rules which were proved in legal practice to be useful, effective and necessary ones. So the source of Merchant Law's norms was a trade practice during which certain legal norms were worked out. The most typical situations became a subject of a legal regulation and legal norms purchased an aim to facilitate the trade procedure and to reach fair and mutually acceptable decision in the cases of problems. One of the typical problems was that the foreign traders often were subject to confiscations and other types of harassment if one of their countrymen had defaulted in a business transaction. So the norm which provided safety of foreign merchants' property was included e.g. in p. 6 of the treaty of the Grand Lithuanian Duke Gediminas with Livonian Order (1338) [26]. It is necessary to stress that in XIII – XIV centuries the state in modern sense of the term didn't exist yet. Their enforcement machinery was too weak to provide an effective mechanism of execution of the legal rules. So merchants within various communities had to take actions to protect themselves. They tended to travel together, formed partnerships, and engage in various kinds of mutual support. Most of these kinds of support were carried out in medieval communities and were successfully applied in Merchant Law practice. Customary communities became mutual support groups with reciprocal obligations to assist each other in the pursuit of justice against outsiders. While this may simply involve mutual defense or mutual support in pursuit and prosecution of outsiders who committed offenses against insiders [4, p. 8]. Members of the community insured one another in order to assure outsiders who might be victimized, intentionally or accidentally, by a member of the group, can expect compensation from the entire community if a community member who is the offender cannot or will not pay. This norm was typical for medieval communities all over Europe, Asia and Northern Africa; it also existed in the law of Kievan Russ and was preserved in the Lithuanian-Russian law as well as in the law of Novgorod and Pskov republics.

A typical problem in medieval trade practice was the fact that there occurred conflicts between foreign merchants and native people. So it was necessary to establish the rules which guaranteed fair unbiased decisions and quick and not expensive procedure. First of all merchants needed courts and arbitration they might trust. In Western Europe since XII century special courts (e.g. *Piepoudre* or *Piepowder* courts) were created; in Eastern Europe authority permitted merchants to claim for justice to local courts. In XIII–XIV century foreign merchants got the privileges to be judged by courts in their countries if both parties were foreigners. But in the treaty of the Grand Lithuanian Duke Gediminas with Livonian Order it was established that if German merchant has being robbed in Russian land or in Lithuania he would be judged there. Consequently these courts were to work out and to use legal norms and procedures clear and acceptable for each foreigner.

Only in XV century special fair or market courts were established; while giving the Magdeburg Law Lithuanian dukes often granted town's rights to hold fairs usually twice a year. Each com-

munity appointed a representative who was in charge of performing various administrative duties including taking part in the fair court.

Conclusion. So medieval trade was widely extended on Western Russian, Baltic and Lithuanian lands. As the trade was a sufficient source of income, the authorities hold incentive policy concerning foreign merchants to encourage them to come to Russian, Lithuanian and Baltic markets. During XIII–XV century authorities of regional princedoms concluded treaties with Northern, Western, Southern and Central European rulers. Legal norms which were established in these documents as well as ones which were worked out during legal practice composed the system of Merchant Law in its Eastern European version. The main issues of its regulation were establishing of tax-free trade and independent courts for merchants both foreign and domestic. Monarchs bound themselves to guarantee the safety of merchants' life and their commodity. Legal measures brought along the shaping of integral universal European legal and cultural space.

References:

1. Michaels R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State / R. Michaels // Duke University School of Law. – Volume 14. Issue 2. – 2007. – P. 447 – 468.
2. Malynes G. Consuetudo, Vel Lex Mercatoria or The Ancient Law-Merchant / G. de Malynes [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://archive.org/details/consuetudovellex00maly>.
3. Берман Г.Дж. Западная традиция права : эпоха формирования / Г.Дж. Берман / Пер. с англ. – 2-е изд. – М. : Изд-во МГУ : Издательская группа ИНФРА-М – НОРМА, 1998. – 624 с.
4. Benson B.L. Customary Commercial Law, Credibility, Contracting, and Credit in the High Middle Ages / B.L. Benson [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.masonlec.org/site/rte_uploads/files/Benson.pdf.
5. Trakman L.E. The Twenty-First-Century Law Merchant / L.E. Trakman // American Business Law Journal. – Volume 48. Issue 11. – December, 2011. – P. 775–834.
6. Sachs S.E. The 'Law Merchant' and the Fair Court of St. Ives, 1270-1324 / S.E. Sachs // Harvard University Cambridge, Massachusetts. – March, 2002 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.stevesachs.com/papers/paper_thesis.html.
7. Kadens E. The Medieval Law Merchant: The Tyranny of a Construct / E. Kadens [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://jla.oxfordjournals.org/content/early/2015/06/25/jla.lav004.full>.
8. Cordes A. The search for a medieval Lex mercatoria / A. Cordes // Oxford University Comparative Law Forum [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ouclf.uscomp.org/articles/cordes.shtml>.
9. Frankot E. Medieval Maritime Law from Oléron to Wisby: Jurisdictions in the Law of the Sea / E. Frankot // Communities in European History: Representations, Jurisdictions, Conflicts. Edited by Juan Pan-Montojo, Frederik Pedersen. – Pisa : Pisa University Press, 2007. – P. 151–172.
10. Frankot E. Of Laws of Ships and Shipmen's : Medieval Maritime Law and its Practice in Urban Northern Europe / E. Frankot. – Edinburg : Edinburg University Press, 2012. – 223 p.
11. Сидоренко О.Ф. Українські землі у міжнародній торгівлі (IX – середина XVII ст.) / О.Ф. Сидоренко. – К. : Наук. думка, 1992. – 229 с.
12. Подаль Н.Г. Могутня Ганза. Комерційний простір, міське життя і дипломатія XII – XVII століть / Н.Г. Подаль. – К. : Темпора, 2009. – 360 с.
13. Блануца А.В. Привілеї на магдебурзьке право містам Великого князівства Литовського та регламентація в них питань торгівлі (друга половина XV – перша третина XVI ст.) / А.В. Блануца // Історія торгівлі, податків та мита: зб. наук. праць / [за ред. О.О. Дячка]. – Дніпропетровськ, 2007. – С. 72–78.
14. Блануца А.В. Регламентація питань торгівлі в надавчій політиці великих князів литовських в першій половині XVI ст.) / А.В. Блануца // Історія торгівлі, податків та мита: зб. наук. праць / [за ред. О.О. Дячка]. – Дніпропетровськ, 2010. – № 1 (1). – С. 90–96.
15. Чупій А.І. Нариси з економічної історії України. Книга 1. На перехресті торгових шляхів / А.І. Чупій. – К. : Темпора, 2013. – 616 с.
16. Trakman L. E. The law merchant : the evolution of commercial law / L. E. Trakman. – Littleton, Colo. : F.B. Rothman, 1983. – 195 p.

17. Щербачёв Ю.Н. Материалы по истории Древней России, хранящиеся в Копенгагене. 1326–1690 / Ю.Н. Щербачёв. – М. : Университетская типография, 1893. – 344 с.
18. Левицкий О.И. Социнианство в Польше и Юго-Западной Руси / О.И. Левицкий // Киевская старина. – Т. 2. – 1882. – Апрель. – С. 25–57.
19. Герберштейн С. Записки о московитских делах / С. Герберштейн. – СПб. : Узд-во А. С. Суворина, 1908. – 467 с.
20. Торговля на Україні, XIV – середина XVII століття: Волинь і Наддніпрянщина / АН УРСР. Археограф, комісія та ін.; Упор. В.М. Кравченко, Н.М. Яковенко; Редкол. : М.Ф. Котляр (відп. ред.) та ін. – К. : Наук. думка, 1990. – 408 с.
21. Гильдебрант Г. Немецкая контора в Полоцке / Г. Гильдебрант // Сборник материалов и статей по истории Прибалтийского края. Том II. Отделение I. Материалы и статьи по древней истории Прибалтийского края, III. – Рига, 1879. – С. 44–77.
22. Подаляк Н.Г. «Для загальної користі» : репрезентація влади і церемоніал кризь призму врегулювання фланерського питання на ганзетагах другої половини XIV ст. / Н.Г. Подаляк // Соціум. Альманах соціальної історії. Вип. 8. – С. 32–44.
23. Шаскольский И.П. Договоры Новгорода с Норвегией / И.П. Шаскольский // Исторические записки. – Т. 14. – М. : Изд.АН СССР, 1945. – С. 40–61.
24. Напиерский К.Е. Русско-Ливонские акты / К.Е. Напиерский. – СПб. : Типография Академии наук, 1868. – 462 с.
25. 26 мая 1323 г. Послание Гедимина гражданам Любека, Ростка, Штральзунда, Грейфсвальда, Штеттина и Готланда [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/Litva/XIV/Gedimin/4.phtml?id=2245>
26. 2 октября 1323 г. Мирный договор Гедимина с Орденом, Датским наместником Ревельской земли, епископами и Ригой // [Электронный ресурс]. – Режим доступ у : <http://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/Litva/XIV/Gedimin/8.phtml?id=2249>
27. Грамоты Великого Новгорода и Пскова / Ин-т истории Академии наук СССР. Ленингр. отд-ние; подгот. к печати В. Г. Гейман и др.; под ред. С. Н. Валка. – М.-Л. : Издательство Академии наук СССР, 1949. – 407, [1] с.
28. Ярлык Тохтамышша : второе возвращение // Эхо веков. – № 1–2. 1998. – С. 15–17.
29. Хорошкевич А.Л. Рижские грамоты 60–70х годов XV в. из бывшего Рижского городского архива / А.Л. Хорошкевич // Археографический ежегодник за 1965 г. – М. : Наука, 1966. – С. 325–341.

Ковальова С. Г. Торгове право у країнах Східної Європи (XIII – XV ст.)

Анотація. У статті встановлено торговельні зв'язки та особливості правового регулювання міжнародної торгівлі на західноруських, прибалтійських, литовських землях у XIII – XV ст. Проаналізовано правові норми, що стимулюють товарообіг. Зроблено висновок щодо східноєвропейської моделі середньовічного торгового права.

Ключові слова: торгове право, історія торгового права, середньовічне право, ярмаркові суди.

Ковалёва С. Г. Торговое право в странах Восточной Европы (XIII – XV вв.)

Аннотация. В статье установлены торговые связи и особенности правового регулирования международной торговли на западнорусских, прибалтийских, литовских землях в XIII – XV вв. Сделаны выводы относительно восточноевропейской модели средневекового торгового права.

Ключевые слова: торговое право, история торгового права, средневековое право, ярмарочные суды.

*Половинкіна Р. Ю.,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри історії й теорії держави та права
Запорізького національного університету*

ПОСТРАДЯНСЬКЕ СПАДКОВЕ ПРАВО В НЕЗАЛЕЖНІЙ УКРАЇНІ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню історії розвитку пострадянського спадкового права в незалежній Україні.

Ключові слова: юридичний процес, юридична наука, законодавство України, юридична процедура.

Постановка проблеми. Необхідність комплексного розроблення теми дослідження, її цінність для історико-правової науки та практичного розв'язання деяких проблем сучасного спадкового права України свідчать про актуальність обраного періоду дослідження. Цивільний кодекс України і його розділ щодо спадкування не стали законом демократичної, соціальної та правової держави, оскільки від проголошення до побудови держави з такими конституційними характеристиками відстань чимала. Україна на початку XXI століття була й фактично досі є перехідною постсоціалістичною державою, де відносини минулого найскладнішим чином переплітаються з новими.

Питання спадкового права України були відображені в роботах таких фахівців з історії права та відомих цивілістів, як І. Бойко, О. Дзера, Ю. Заїка, О. Нелін, В. Рубанік, І. Шахрайчук та ін. Однак період пострадянського спадкового права в незалежній Україні був висвітлений фрагментарно та потребує ґрунтовного аналізу.

Мета статті – визначити особливості розвитку пострадянського спадкового права в незалежній Україні, знайти можливість використання отриманих знань у науці і юридичній практиці.

Для досягнення поставленої мети автором поставлені такі завдання:

- висвітлити процес законодавчого переходу від адміністративно-командної до ринкової економіки в Україні;
- визначити основні традиційні риси, новачки та проблеми пострадянського українського спадкового права (1991–2003 рр.).

Обґрунтованість і достовірність отриманих наукових результатів забезпечуються використанням системи загальнофілософських, загальнонаукових і спеціально-наукових методів пізнання.

Виклад основного матеріалу дослідження. Формально радянський період в Україні не завершився, хоча 24 серпня 1991 р. Верховною Радою УРСР було проголошено незалежність України на підтвердження прийнятого нею в той день Акта проголошення незалежності [1], однак норми права колишньої країни тривалий час у такому ж або видозміненому вигляді регулювали відповідні правовідносини молодій державі. Спадкове право також не стало винятком із цього правила.

На початку 1990-х рр. в Україні виникла необхідність здійснення широких реформ, що було спричинено соціально-економічною та політичною ситуацією в колишньому Союзі РСР. Спроби тодішнього керівництва Радянського Союзу пристосувати адміністративно-розпорядчу економіку до ринкової поклали початок дезінтеграції єдиного господарського простору, який тримався не на економічних законах, а завдяки жорстким централізованим управлінським структурам тоталітарної системи. Усе це призвело до глибокої системної економічної й політичної кризи, занепаду виробництва, зниження життєвого рівня більшості верств суспільства, зростання соціальної напруги.

Водночас дезінтеграційні, деструктивні процеси, що охопили всі сфери життєдіяльності радянського суспільства, хаотичний підхід до здійснення перетворень, розчарування широкого загалу їх ходом загрожували катастрофічними наслідками для республік, що входили до СРСР. За таких умов керівництво багатьох союзних республік, насамперед України, що мала з-поміж інших республік чи не найвизраźніші ознаки державності, гостро відчувало потребу в практичному проведенні політичних і соціально-економічних реформ.

Прийняття Верховною Радою Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. стало першим кроком до фактичного та юридичного утвердження незалежності України. Декларація визначила державний суверенітет України як верховенство, самостійність, повноту й неподільність влади республіки в межах її території, а також незалежність і рівноправність у зовнішніх відносинах. Нею було окреслено засади народовладдя, державної влади, громадянства, територіального верховенства, економічної самостійності, екологічної безпеки, культурного розвитку, зовнішньої й внутрішньої безпеки, міжнародних відносин [2].

24 серпня 1991 р. Верховна Рада України проголосила незалежність України та створення самостійної української держави – України. Із цього моменту на території нашої держави, що визнавалася неподільною та недоторканою, мали чинність виключно Конституція й закони України, якими визначався курс держави на принципи демократизму, плюралізму, гласності. Для реалізації цих принципів необхідним було прийняття відповідних нормативно-правових актів, і сфера спадкування не була виключенням, оскільки положення Цивільного кодексу УРСР 1963 р. втрачали свою актуальність і вимагали змін і доповнень. Однак нове спадкове законодавство було закріплене в Цивільному кодексі України, який набув чинності лише 01 січня 2004 р.

На шляху до цього Україна пройшла кілька етапів відходу від радянського права й ідеології та переходу до права незалежної держави з ринковою економікою, які мали свої особливості. За допомогою методу періодизації визначено такі етапи:

- перший – 1991–1994 рр.;
- другий – 1994–2001 рр.;
- третій – 2001–2004 рр.

Перед обґрунтуванням наведеного поділу зазначимо, що чинність усіх нормативно-правових актів, які були прийняті в УРСР і не були скасовані Верховною Радою України, забезпечував Закон України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 р. У ньому зазначалося, що до ухвалення нової Конституції України на території України діє Конституція УРСР, закони УРСР та інші акти, ухвалені Верховною Радою УРСР, оскільки вони не суперечать законам України, ухваленим після проголошення незалежності України (ст. ст. 2, 3) [3].

Перший етап характеризується прагненням нової влади відійти від застарілих форм господарювання, закріплення товарно-грошових відносин в умовах ринку. На виконання цих завдань було прийнято низку законодавчих актів: Закони України «Про господарські товариства» від 19 вересня 1991 р. [4], «Про заставу» від 02 жовтня 1992 р. [5], Декрет Кабінету Міністрів України «Про при-

ватизацію земельних ділянок» від 26 грудня 1992 р. [6]. Погоджуючись із думкою Є. Харитонова, зазначимо, що загальна тенденція, яка чітко простежується в законодавчих актах початку 90-х років ХХ ст., полягала в поступовому, не завжди послідовному, але все-таки поверненні до того, що відносять до гуманістичних цінностей: до правового забезпечення суверенітету особи, установлення гарантій її прав, зрівняння правового становища особи й держави, забезпечення можливості вільно розпоряджатися своїми правами, крім випадків, прямо вказаних у законі [7].

У перші роки незалежності законодавець оминув сферу спадкування, однак відповідні акти встановлювали нові об'єкти власності (наприклад, земельна ділянка, цінні папери, юридичні особи), які могли переходити в спадщину, а механізм і порядок їх оформлення залишався неврегульованим. Усе ж Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 16 грудня 1993 р. [8] були внесені зміни у ст. 563 Цивільного Кодексу УРСР 1963 р., якими було виключено статтю, що регулювала спадкоємство в колгоспному дворі. Відповідні положення були прийняті згідно із Законом України «Про власність» від 07 лютого 1991 р., яким було визначено тільки три форми власності, а саме: державну, колективну та приватну.

Подальші зміни до розділу VII Цивільного кодексу УРСР 1963 р. у ст. ст. 542–544, 558–559 відбулися на підставі Закону України «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України» від 14 грудня 1994 р. [9], що були зумовлені прийняттям Закону України «Про нотаріат» від 02 вересня 1993 р. [10]. Відповідні доповнення законодавства були віднесені до статей, що регулювали посвідчення та скасування заповітів, а також визначали порядок охорони майна. Учинення нотаріальних дій в Україні згідно з ч. 2 ст. 1 Закону України «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 р. покладалося на нотаріусів, які працюють у державних нотаріальних конторах, державних нотаріальних архівах (державні нотаріуси) або займаються приватною нотаріальною діяльністю (приватні нотаріуси) [10]. Аналізуючи вищезазначені зміни, ми доходимо висновку, що посвідчення чи скасування заповітів могли вчиняти як приватні, так і державні нотаріуси (крім державних нотаріусів, які працюють у державних нотаріальних архівах), а заходами щодо охорони спадкового майна й видачею свідоцтва про право на спадщину мали право займатися лише державні нотаріальні контори (крім державних нотаріусів, які працюють у державних нотаріальних архівах).

Закон України «Про авторські й суміжні права» від 23 грудня 1993 р. [11] також регулював деякі питання спадкування (визначав предмети спадкування). Цей закон також охороняє особисті немайнові й майнові права авторів та їх правонаступників, пов'язані зі створенням і використанням творів науки, літератури й мистецтва (авторські права), і права виконавців, виробників фонограм і відеограм та організацій мовлення (суміжні права). Спадкоємці входили до суб'єктів авторського права (ст. 7 Закону України «Про авторські й суміжні права» від 23 грудня 1993 р.). Ст. 29 Закону визначався порядок переходу авторського права в спадщину (майнові права авторів та інших осіб, які мають виключне авторське право, переходять у спадщину). Не переходять у спадщину особисті немайнові права автора. Спадкоємці мають право захищати авторство на твір і протидіяти перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору, а також будь-якому іншому посяганню на твір, що може завдати шкоди честі та репутації автора [11].

У цей період законодавець не оминув увагою права репресованих, на відновлення яких було прийнято Закон УРСР «Про реабілітацію жертв політичних репресій» від 17 квітня 1991 р. У преамбулі вищезазначеного нормативно-правового акта наголошувалося, що цим Законом ліквідовуються наслідки беззаконня, допущені з політичних мотивів щодо громадян України, поновлюються їхні права, установлюються компенсації за незаконні репресії та пільги реабілітованим. Ст. 5 Закону УРСР «Про реабілітацію жертв політичних

репресій» від 17 квітня 1991 р. установлювалася грошова компенсація для осіб, які відбували покарання у вигляді позбавлення волі або примусового поміщення в лікувальні заклади. Однак для спадкоємців вищезазначені виплати не передбачалися, крім випадків, коли вони були нараховані, але не виплачені. Реабілітованим (або їхнім спадкоємцям) були надані відповідні гарантії та права:

– вилучені будівлі й інше майно по можливості (якщо будинок незайнятий, а майно збереглося) поверталось реабілітованому або його спадкоємцям натурою, за відсутності такої можливості заявнику відшкодовувалася вартість цього майна (ст. 5).

– реабілітованим громадянам, які потребували поліпшення житлових умов, надавалося право на першочергове одержання житла, це право зберігалось також за одним із подружжя, якщо вони не створили нову сім'ю, за батьками й дітьми, які проживали спільно до арешту й у зв'язку із застосуванням репресій утратили право на займане житло та потребують поліпшення житлових умов (ст. 6) [12].

Узагалі прийняття цього закону мало важливе історичне значення, оскільки владою були засуджені злочини керівних органів Радянського Союзу й підтверджено орієнтацію України на демократичні цінності, забезпечення прав і свобод людини, а також визнання людини, її життя та здоров'я найвищою соціальною цінністю.

Вищезазначений період мав безсистемний характер, оскільки було здійснено перехід до приватноправових відносин у законодавчому плані, однак не в економіці країни, засобах виробництва, а також суспільній свідомості. Погоджуючись із Є. Харитоновим, зазначимо, що в 1994 р. почалося розроблення концепції розвитку законодавства України, в основу якої було покладено нові уявлення про право, що ґрунтувалися на ідеях громадянського суспільства та правової держави. Згідно із цією концепцією вирішити проблему вдосконалення цивільного законодавства могла тільки його кодифікація, яка мала здійснюватися на підставі нової Конституції України, будучи складовою частиною конституційної реформи [13]. На основі цього пропонуємо виділити наступний етап, пов'язаний із прийняттям Конституції України та розробленням проектів Цивільних кодексів України.

На виконання поставлених завдань було прийнято Указ Президента України «Про вдосконалення роботи з підготовки законопроектів та проведення правової реформи» від 29 квітня 1994 р. [14]. Із метою вдосконалення роботи з підготовки проектів актів законодавства, їх наукового обґрунтування, координації діяльності центральних органів виконавчої влади та проведення правової реформи 16 листопада 1994 р. було створено Центр правової реформи й законопроектних робіт при Міністерстві юстиції України. Також на формування та розвиток правової реформи вплинула Угода про партнерство й співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами від 10 листопада 1994 р. [15], метою якої було підтримання Європейським Союзом зусиль України зі зміцнення демократії й розвитку її економіки та завершення її переходу до ринкової економіки. На виконання покладених завдань під час проведення правової реформи в 1994 р. було створено постійну комісію Верховної Ради України з питань законності та правопорядку.

Із прийняттям 28 червня 1996 р. Конституції України було закріплено принцип верховенства права, за яким Основний Закон має найвищу юридичну силу, а закони й інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції та мають відповідати їй. На виконання положень Конституції 13 серпня 1996 р. Кабінет Міністрів України прийняв Розпорядження «Про перелік проектів законів, які необхідно розробити у зв'язку з прийняттям Конституції України» [16]. У перелік останніх входив і Цивільний кодекс України.

Особливої уваги, на нашу думку, заслуговує проект Цивільного кодексу України від 20 грудня 1996 р. [17] (далі – Проект ЦК 1996 р.), прийнятий Верховною Радою України за основу, який у подальшому мав три читання. Нормам спадкування була присвячена Книга сьома, однак особливості спадкування певних прав і об'єктів були

закріплені в інших Книгах, а саме: ст. 110 Проекту ЦК 1996 р. передбачала спадкування майна повного товариства, ст. 145 закріплювала членство у виробничому кооперативі та перехід паю, ст. 417, 422 визначали право на перехід прав у порядку спадкування земельної ділянки (емфітевзис, суперфіцій), а ст. 450, 463–464 – перехід авторського права в порядку спадкування.

До третього читання Проекту ЦК 1996 р. 07 вересня 2000 р. було складено порівняльну таблицю Книги 7 [18]. Найбільшої уваги, на нашу думку, заслуговують зауваження, внесені до ст. 1504, які стосуються п'ятої черги спадкування за законом. За новою редакцією у вищезазначену чергу повинні були входити інші родичі до шостого ступеня спорідненості включно, причому родичі наступного споріднення усувають від спадкування родичів подальшого ступеня спорідненості. Ступінь спорідненості визначається за числом народжень, що віддаляють родича від спадкодавця. Народження спадкодавця не входить до цього числа. У п'яту чергу спадкування за законом входять утриманці спадкодавця, які не були членами його родини.

3 грудня 2001 р., коли Цивільний Кодекс України був прийнятий у цілому, починається третій етап розвитку пострадянського спадкового права. У цьому варіанті Кодексу спадкове право регулює Книга шоста, оскільки з нього було вилучено Книгу «Сімейне право». Під час розгляду в третьому читанні Цивільного кодексу України 19 вересня 2001 р. [19] були враховані відповідні зміни до ст. 1460, яку доповнено ч. 4: «Якщо кілька осіб, які могли би бути спадкоємцями один після одного, померли під час спільної для них небезпеки (стихійного лиха, аварії, катастрофи, тощо), припускається, що вони померли одночасно. У цьому разі спадщина відкривається окремо щодо кожної з них». Було виключено ст. 1505, яка встановлювала шосту чергу спадкування.

Після доопрацювання проекту у 2002 р. текст Цивільного кодексу України передано на підпис Президента України. Він повернув проект на доопрацювання зі своїми пропозиціями від 14 травня 2002 р. та від 10 квітня 2002 р. [20]. Ці пропозиції стосувалися Закону України «Про порядок введення в дію Цивільного кодексу України», а також невідповідності регулювання сфери господарювання (наприклад, функціонування юридичних осіб) Господарського кодексу України й Конституції України. Зауваження щодо спадкування були відсутні.

Цивільний кодекс України, прийнятий 16 січня 2003 р., набув чинності з 01 січня 2004 р. Таким чином, завершився перехід від радянського законодавства до права незалежної держави. У новому Цивільному кодексі – одному з фундаментальних кодифікованих нормативних актів незалежної України – спадковому праву, як зазначалося, була присвячена Книга шоста – «Спадкове право» (ст. ст. 1216–1307) [21]. Ми погоджуємося, зокрема, з Є. Харитоновим, що Цивільний Кодекс України 2004 р. створювався на новій концептуальній основі як кодекс громадянського суспільства, правової держави й кодексу приватного права, з урахуванням сучасних європейських тенденцій і досвіду [7].

Висновки. Підсумовуючи, зазначимо, що період переходу від радянського законодавства до права незалежної держави (1991–2003 рр.) настає з проголошенням незалежності України й продовжується до прийняття нового Цивільного кодексу України. Якщо до цього питання підійти з формально-юридичного погляду, то радянське спадкове право (як і будь-яке інше радянське право на території України) мало би завершитись у 1991 р., коли Україна остаточно оформилася як суверенна незалежна держава. Але створене впродовж 70 років «радянське право» фактично не могло зникнути за мить, воно зберігалось та досі ще зберігається не тільки у свідомості людей, а й у відповідних нормативно-правових актах. Отримані наукові результати важливі не тільки в якості основи для подальшого опрацювання історичних проблем українського права, але й як певна відповідь на практичні потреби часу, оскільки ці результати можуть бути корисними для вдосконалення навчального процесу та чинного законодавства України.

Література:

1. Акт проголошення незалежності : Закон ВРУ від 24 серпня 1991 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1427-12>.
2. Від декларації про Державний суверенітет до Конституції незалежної України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://old.niss.gov.ua/book/10/01.htm>.
3. Про правонаступництво України : Закон України від 12 вересня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 46. – Ст. 617.
4. Про господарські товариства : Закон України від 19 вересня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 49. – Ст. 682.
5. Про заставу : Закон України від 02 жовтня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 47. – Ст. 642.
6. Про приватизацію земельних ділянок : Декрет КМУ від 26 грудня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 10. – Ст. 79.
7. Харитонов Є.О. Новий Цивільний Кодекс України як кодекс «паціонарного» типу» / Є.О. Харитонов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.univer.km.ua/visnyk/41.pdf>.
8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України : Закон України від 16 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 3. – Ст. 15.
9. Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України : Закон України від 14 грудня 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 1. – Ст. 3.
10. Про нотаріат : Закон України від 02 вересня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.
11. Про авторські і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.
12. Про реабілітацію жертв політичних репресій : Закон УРСР від 17 квітня 1991 р. // Відомості Верховної Ради. – 1991. – № 22. – Ст. 262.
13. Харитонов Є.О. Новий Цивільний Кодекс України як кодекс «паціонарного» типу» / Є.О. Харитонов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.univer.km.ua/visnyk/41.pdf>.
14. Про вдосконалення роботи з підготовки законопроектів та проведення правової реформи : Указ Президента України від 29 квітня 1994 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon4.rada.gov.ua/laws/card/198/94.
15. Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами від 10 листопада 1994 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon4.rada.gov.ua/laws/show/998_012/.
16. Про перелік проектів законів, які необхідно розробити у зв'язку з прийняттям Конституції України : Розпорядження КМУ від 13 серпня 1996 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/504-96-%D1%80>.
17. Проект Цивільного кодексу України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=12096.
18. Порівняльна таблиця Книги 7 проекту Цивільного Кодексу України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : static.rada.gov.ua/osmir/tables/09_2000/TABL0935Kn-7.htm.
19. Порівняльна таблиця Книги 6 проекту Цивільного Кодексу України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : static.rada.gov.ua/osmir/tables/09_2001/0935k603.html.
20. Пропозиції до Цивільного кодексу України Президента України від 14 травня 2002 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=12096.
21. Цивільний Кодекс України : Закон України 16 січня 2003 р. // Голос України. – 2003. – № 45 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

Половинкина Р. Ю. Постсоветское наследственное право в независимой Украине: историко-правовой анализ
Аннотация. Статья посвящена изучению истории развития постсоветского наследственного права в независимой Украине.

Ключевые слова: наследственное право, наследование, наследование по закону, наследование по завещанию, завещание, очереди наследования, наследодатель, наследник.

Polovynkina R. Post-Soviet hereditary law in independent Ukraine: historical and legal analysis

Summary. This article is dedicated to the analysis of history of the development of post-Soviet inheritance law in independent Ukraine.

Key words: inheritance law, inheritance, inheritance by law, inheritance by will, will, inheritance queue, testator, heir.

*Бичковський Є. Л.,
аспірант кафедри теорії та історії держави і права
Міжнародного гуманітарного університету*

НАУКОВО-ПРАКТИЧНИЙ КОМЕНТАР: ОСОБЛИВОСТІ СТРУКТУРИ ТА КОМПОЗИЦІЇ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню особливостей структури та юридичної композиції науково-практичного коментаря. Встановлені компоненти: змісту, форми, функціональності та мови. Виділені структурні елементи та розкриті критерії ефективності.

Ключові слова: юридична техніка, мова права, юридичний текст, юридична доктрина, акт неофіційного тлумачення, науково-практичний коментар, юридична композиція.

Актуальність дослідження. Ефективне функціонування правової системи суспільства, вдосконалення юридичної практики, зміцнення законності та правопорядку в суспільстві багато в чому залежать від функціональної ролі науково-практичних коментарів як особливих доктринальних актів. Необхідність вивчення структури науково-практичних коментарів правових норм полягає в тому, що саме в них закріплюються та виражаються не тільки науково обґрунтовані роз'яснення суті правових приписів, але й моделі ефективного втілення у життя правових актів. Зазначені положення вказують на актуальність загальнотеоретичних досліджень структури та композиції науково-практичних коментарів.

Мета статті. Розкрити поняття та складові елементи структури науково-практичного коментаря, встановити сутність його юридичної композиції.

Аналіз публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми. Дослідженнями мови права, вимог і правил юридичної техніки до актів юридичної доктрини, актів неофіційного тлумачення тощо, займалися такі науковці як: В. Артеменко, В. В. Дудченко, О. М. Головка, М. І. Козюбра, Н. М. Крестовська, Д. Г. Манько, Л. Г. Матвеева, Н. М. Оніщенко, М. І. Панов, Н. М. Пархоменко, О. Ф. Скакун, Ю. О. Тихоміров, І. Д. Шутак та інші.

Виклад основного матеріалу. Науково-практичний коментар є невід'ємною частиною засобів правового впливу сучасного права на суспільство. Під науково-практичним коментарем слід розуміти юридичний текст, який є формою вираження юридичної доктрини та містить узгоджені наукові погляди та концептуальні висновки вчених та/або практиків правової сфери щодо сутності письмових правових актів, порядку їх втілення у життя та зв'язку із іншими актами.

Досліджуючи структуру науково-практичного коментаря, слід враховувати, що він не створює нову правову норму, однак при системному застосуванні виступає основою якісних змін юридичної практики. Змістовна складова науково-практичного коментарю пов'язана із з'ясуванням та роз'ясненням сенсу волевиявлення правотворця. Відтак, розкриття особливостей структурної композиції науково-практичного коментаря пов'язано із аналізом актів неофіційного тлумачення.

Неофіційне тлумачення здійснюється, коли роз'яснення змісту законів й інших нормативних актів можуть давати не

тільки компетентні органи, а й громадські організації, визначні державні і громадські діячі, вчені, а також будь-які інші громадяни у повсякденному житті [1, с. 172].

Аналізуючи процедури створення науково-практичного коментаря, ми можемо стверджувати, що вони здійснюються певним колом суб'єктів, які не мають публічних повноважень. Пріоритетними суб'єктами створення доктринальних актів є, безумовно, юристи-науковці, але не слід виключати з цього процесу й носіїв професійної (юристи-практики) та компетентної (представники неюридичних професій діяльність яких на пряму пов'язана із правом, приміром, аудитори, військові офіцери тощо) правосвідомості.

Одним з видів неофіційних інтерпретаційних актів є акти доктринального (наукового) тлумачення норм права. Особливість доктринального виду тлумачення полягає в тому, що він є результатом наукового пошуку, характеризується використанням наявних наукових методів, теорій або ж дається в процесі розробки й обґрунтування нової теоретичної концепції, а відтак вирізняється достатньою глибиною проникнення в об'єкт пізнання. Доктринальне тлумачення здійснюють здебільшого учені-юристи, науково-дослідні установи, використовуючи досягнення юридичної науки [7, с. 190].

На науковості науково-практичного коментаря слід зробити окремий наголос. Бо його основне функціональне завдання пов'язано саме із тим, щоб науково-професійно розкрити на зрозумілому рівні суть правової норми та волі правотворця, вказати найбільш чіткий механізм її втілення у життя та зв'язок з іншими правовими актами. У правових нормах в узагальненому вигляді закріплюються найбільш важливі типові ознаки, притаманні невизначеній множинності актів поведінки. Одне з найважливіших завдань, яке стоїть перед суб'єктом коментування, розкрити всі можливі варіанти поведінки, які відповідають та не протирічать диспозиції правової норми, навіть, коли правотворець не вказав вичерпний перелік таких варіантів (коли ми маємо справу із розширювальним тлумаченням).

У коментуванні має діалектично поєднуватися «загальне» і «конкретне», що дозволяє уникати казуїстичних і, в той же час, надмірно узагальнених формулювань. Мають використовуватися поняття точні і коректні, зміст і обсяг яких строго фіксовані, і скорочувати (по можливості) застосування оціночних понять, які не мають чітко встановленого змісту і потребують додаткового пояснення. Не доцільно використовувати поняття, що не мають чітко визначеного змісту, а також не завершені переліки ознак. Слід користуватися поняттями, що мають оптимальний достатньо визначений зміст і обсяг.

Від суб'єкта коментування та його майстерності залежить подальша ефективність використання науково-практичного коментаря, відтак, термінологічний арсенал коментарів має відповідати певним правилам.

І. Л. Самсін, зазначає, що акти доктринального тлумачення не є обов'язковими та офіційними, але все ж таки мають досить

важливе значення в юридичній практиці. Більшість юристів свого часу вивчали думки провідних учених. Як з'ясувалося, юристи-практики здебільшого звертаються до нових коментарів кодексів та законодавчих актів, вивчають монографії, дослідження, статті провідних науковців щодо правозастосування в конкретних галузях, що в підсумку впливає на формування їхньої правової культури, професійний досвід та діяльність із правозастосування [11, с. 126].

Вказані І. Л. Самсіним положення, черговий раз підтверджують висновки про те, що «м'яке право» стає все більш затребуваним у сучасному суспільстві. Відсутність загальнообов'язкового характеру та державного примусу не є перешкодою у активному застосуванні науково-практичних коментарів у реальній юридичній практиці, при вирішенні конкретної юридичної справи.

Визначившись із науковістю та високою затребуваністю доктринальних актів в цілому та науково-практичних коментарів, зокрема, у правовому впливі на суспільні відносини, спробуємо визначити особливості їх структури та композиції.

Кожен науково-практичний коментар повинен мати певні вихідні дані, які відображають його юридичну природу, предмет та сферу коментування. Внутрішня будова науково-практичного коментаря має поділ на пов'язані між собою складові елементи – компоненти юридичної композиції коментованого матеріалу, які залежать від характерного стилю суб'єкта їх створення. Аналізуючи юридичну композицію, ми можемо отримати вичерпні дані, в тому числі, й про структуру науково-практичного коментаря.

На думку О. Зайчука, структура – це сукупність чітко визначених елементів, які у процесі взаємодії забезпечують функціональну самостійність норми права [12, с. 368].

Як ми вже зазначали, структура науково-практичного коментаря має значну схожість із актами неофіційного тлумачення, але є між ними й певні відмінності.

Опираючись на думку Л. Г. Матвєєвої, у структурі акта тлумачення потрібно виділяти змістову і формальну сторони. До змістової належать ідея, тема, проблема, викладена в інтерпретаційних розпорядженнях – це суть всього акта тлумачення. Змістову структуру складають загальні (нормативні) або індивідуально-конкретні владні правороз'яснювальні розпорядження. Оскільки більшість актів оформляється в письмовому вигляді – як акти-документи, то й зовнішня сторона тут має важливе юридичне значення. Формальна сторона – це розміщення основних елементів і зв'язків, що забезпечують цілісність і завершеність акта, а також комплекс реквізитів. Характерними реквізитами інтерпретаційних актів є найменування виду відповідного акта, заголовки, місце і час його складання, відомості про те, від якої особи чи органу виходить цей акт, юридична достовірність (підпис, затвердження) [6, с. 62].

Більшість з зазначених Л. Г. Матвєєвою структурних елементів інтерпретаційних актів відповідають вимогам щодо структури й науково-практичних коментарів правових актів. Так, характеризуючи змістовну складову науково-практичного коментаря, можна встановити, що ідеєю його створення виступає необхідність задоволення потреб соціуму (найчастіше суб'єктів правозастосування) у розробці ефективних моделей втілення у життя правових норм. Темою науково-практичного коментаря є фактично предмет цього юридичного тексту, інше кажучи, предмет науково-практичних досліджень.

Змістовна структура науково-практичного коментаря розкривається у формулюванні значень скритого сенсу волевияв-

лення правотворця, донесення його ідеї, підкріплення такого обґрунтування особливостями зв'язку з іншими правовими нормами і актами. Підготовка базису роз'яснень та рекомендацій на підставі яких зацікавлена особа зможе не тільки остаточно зрозуміти суть правових приписів, але й визначитися із шляхом їх використання. Фактично квінтесенцією змістовних складових елементів науково-практичного коментаря є його композиція, формування якої тісно пов'язано з науковим рівнем суб'єкта створення коментаря, його авторитетності та професіоналізму.

Суб'єкт коментування має визначити відповідність соціальних факторів нормативно-правовому змісту; встановити відповідність змісту нормативно-правових приписів логічній основі (відповідність логічним законам, прийомам і засадам; відповідність змісту нормативно-правового припису логічній структурі норми права; відповідність нормативній основі, системі права в цілому); здійснювати коментування у відповідності до вимог сучасної ділової української мови, техніки юридичного письма; встановлюючи відповідність змісту нормативно-правових приписів чинній системі джерел права України; розкрити наявні та можливі механізми реалізації приписів та забезпечення їх виконання.

Формальна сторона науково-практичного коментаря, хоча й не має загальнообов'язкового характеру, не менш важлива. Вона відображає розміщення основних елементів і зв'язків завдяки яким забезпечується цілісність і завершеність коментаря.

Особливе значення для юридичного тексту і, безумовно, для науково-практичного коментаря має реквізитна складова. Науково-практичний коментар має наступні реквізити:

назва та вид – дозволяє визначити вид коментаря (найчастіше використовують: науково-практичний коментар ... або коментар до ...) та виду правового акту, який підлягає коментуванню (приміром: Закон України «Про національну поліцію» від 02.07.2015 р.) [4]; пишеться з великої літери (якщо друкується – всі букви великі);

адресат – інформація про те, кому призначений науково-практичний коментар. Усі складові частини пишуться в називному відмінку з нового рядка, з одного положення, з великої літери;

дата – обов'язковий реквізит, який вказує дату надання до друку на день підписання. Він має три складники (день, місяць, рік) і може бути поданий одним рядком (наприклад: 06.10.13) або комбінованим способом (словесно-цифровим: 6 жовтня 2013 р.);

нумерація сторінок – використовується наскрізна нумерація. Нумерують сторінки арабськими цифрами без будь-яких пунктуаційних знаків, членування тексту і нумерація частин – виражає зовнішню будову науково-практичного коментаря і вказує на його формальну складність, яка залежить від тексту правового акту, який підлягає коментуванню.

А. Нелюба зазначає, що існують дві системи членування тексту і позначення частин: 1) комбінована система полягає у використанні букв, цифр, слів, символів; 2) система арабських цифр: кожна частина має свій номер, що позначається тільки арабськими цифрами, після кожної цифри, окрім останньої, ставиться крапка. Чіткий поділ на частини містить усі номери відповідних складових частин вищих рівнів [9, с. 36].

Аналізуючи членування тексту науково-практичного коментаря, ми маємо зауважити, що, і це є черговою відмінністю коментарів від інтерпретаційних актів, їх структурна модель цілком дублює структуру правового акту, який підлягає коментуванню.

Постатейно, розділ за розділом суб'єкт коментування роз'яснює положення та розкриває суть акту, додаючи свої висновки та міркування до тексту статей нормативно правового акту.

Також, необхідно зазначити, що такі реквізити як підпис та печатка, що засвідчує законність акта тлумачення, відповідальність особи за його зміст і наслідки дії, є обов'язковим для актів тлумачення, та не є обов'язковим для науково-практичного коментаря. Його автентичність підтверджується виконавцем, або науковою установою, яка подає матеріали коментарю до друку в типографію та за якими закріплюється авторське право.

Але зазначені елементи ще не в повній мірі відображають особливості структури та композиції науково-практичних коментарів. Для з'ясування інших складових, слід звернутися до функціонального аналізу структури зазначених актів.

А. М. Шаранов цілком слушно вказує, що функціональна структура, по-перше, показує, наскільки ефективно функціонує кожний з видів інтерпретаційних актів; по-друге, розкриває способи взаємодії (зв'язку, відносин) між різними їхніми видами; по-третє, вказує на функції, які виконують акти тлумачення, на відміну від інших правових актів (нормативно-правових, правозастосовних тощо), у правовому регулюванні. У цьому випадку вже самі інтерпретаційні акти виступають в ролі детермінантів щодо економічної та політичної, духовної та інших сфер життєдіяльності суспільства. Зазначена структура дозволяє виділяти наслідки (позитивні і негативні), до яких приводить видання окремих актів тлумачення чи їхніх типів, видів і підвидів [12, с. 50].

Ефективність функціонування науково-практичного коментаря пов'язана із кількома факторами (елементами). Перший з них, як би парадоксально це б не виглядало, пов'язаний із якістю викладення правового матеріалу у нормативно-правових актах. Законодавець формулює загальні положення, та, безумовно, не має можливості відобразити та закріпити максимальну кількість правових приписів. Відтак, окремі положення, а по суті й весь акт, потребують додаткового роз'яснення, більш того, таке роз'яснення необхідне, коли виникають колізії між нормами двох і більше актів у яких містяться норми, що регулюють тотожні положення. При чому, науково-практичне коментування має здійснюватися на основі та у відповідності до герменевтичного підходу.

З цього приводу В. В. Дудченко, зазначає, що основи герменевтичної теорії дозволяють виявити принципову відмінність між «буквою» і «духом» права. У теорії і практиці позитивного права віддають перевагу букві закону, тоді як у природному праві – його духу та меті. У першому випадку йдеться про дослівний принцип тлумачення, а в другому випадку – про цільовий принцип, коли тлумачення здійснюється у контексті мети. Суттєво при цьому, що метод екзегез реалізується шляхом застосування граматичного, логічного, історичного і системно-позитивного тлумачення [2, с. 15].

Другий фактор, пов'язаний із авторитетністю та науковим рівнем суб'єкта коментування. У відповідності до професійності такого суб'єкта визначається і рівень здійснюваних ним коментарів, наукових узагальнень та моделей застосування права.

Третій фактор, який умовно можна визначити як «підсумковий» відображає реальний рівень використання тексту науково-практичного коментаря у юридичній практиці. На сьогодні, такий рівень можна перевірити досліджуючи статистику видань, тиражу та перевидань окремих коментарів.

Не викликає сумніву й значущість такого компоненту структури науково-практичних коментарів як мова їх текстів.

До загальної характеристики юридичної мови слід відносити: науковий характер, документальність, ясність і простоту мови, максимальну точність, визначеність викладу, економічність використання в тексті актів мовних засобів, зв'язність і послідовність викладу, експресивну й емоційну нейтральність, безособовий, не індивідуальний характер, повноту, цілісність, логічну завершеність та державність мови.

На думку М. І. Панова, слова та терміни повинні характеризуватися однозначністю, семантичною жорсткістю, чітко співвідноситися з поняттями, для позначення яких вони вживаються. За правилами юридичної техніки такі терміни мають бути позбавлені експресивності і виступати специфічними знаковими одиницями, що чітко концентрують у узагальненому вигляді гранично високий рівень знань про відповідні соціально-правові явища [10].

Мова нормативно-практичного коментаря має бути, чіткою, зрозумілою і доступною, текст оформлений у офіційно-діловому стилі. Відтак, створення науково-практичного коментаря вимагає не тільки фахових знань у юридичній сфері, але й знань щодо порядку створення юридичних документів, юридичної мови, логіки та аргументації.

Розвиваючи висновки відносно мови науково-практичного коментаря, Ж. В. Завальна вказує, що норми більш загального характеру варто розміщувати на початку документа; однорідні норми потрібно виділяти, викладати поряд, а не в різних частинах документа; у великих за обсягом актах тлумачення норми потрібно об'єднувати у глави, розділи, частини; кожна глава, розділ, частина повинна мати назву [3, с. 69].

Окремо, слід зупинитися на особливостях структурування роз'яснень науково-практичного коментаря. Кожне роз'яснення та моделювання, яке здійснюється суб'єктом коментування відповідно до кожної статті правового акту, що підлягає коментуванню, складається з двох основних елементів: вступ та основна частина. Слід зазначити, що роз'яснення актів тлумачення складається з трьох елементів: вступ, основна частина та висновки.

На вступну частину науково-практичного коментаря звичай відводиться близько 10% всього обсягу роботи. На відмінну від інших частин, вступ стосується не тільки змісту, а й адресатів норми. Приміром, коментар до статті 2 Цивільного кодексу України не тільки визначає коло учасників цивільних відносин, але й надає визначення кожному з видів таких осіб [8, с. 24].

Основна частина містить роз'яснення змісту норми. Ця частина займає приблизно 90% усього тексту. Саме в основній частині здійснюється всебічне обґрунтування наукових положень, правової природи та сутності волевиявлення законодавця. Основна частина складається з дослівного повторення тексту правової норми та її аналітичного, науково-обґрунтованого осмислення, роз'яснення, коментування та аналізу зв'язку з іншими нормами права. Приміром, коментар до статті 1 Кримінального кодексу України не тільки визначає, які суспільне небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили, але й має логічні висновки, що впливають із ч. 2 ст. 1, відносно вимоги застосування кримінальної відповідальності та покарання лише за ті діяння, які на момент їх вчинення вже були визначені Кримінальним кодексом як злочини. Таким чином, у кримінальному праві реалізуються положення ч. 2 ст. 58 Конституції України, згідно з яким «ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення», та загальновизнаний прин-

цип кримінального права (немає ані злочину, ані покарання без вказівки на це в законі). [5, с. 12]. На вказаному прикладі, ми бачимо не тільки аналітично-роз'яснювальну працю, але й пошук співвідношення із іншими нормами права.

Науково-практичні коментарі норм права на сьогодні є здебільшого друкованими. Безумовно, на сьогодні відсутні жорсткі законодавчі вимоги до формату тексту коментаря. Але під час їх підготовки доцільно використовувати положення розроблені для офіційного діловодства.

Крім того, науково-практичний коментар має відповідати певним критеріям, до яких належать: ясність, точність, простота, ефективність.

Окрім зазначених критеріїв, науково-практичний коментар має відповідати вимогам законності та обґрунтованості, справедливості та загальним правам і свободам. Зазначені вимоги розповсюджуються відносно будь-якого правового акту та юридичного тексту.

Висновки. Отже, структуру науково-практичного коментаря норм права слід розуміти як сукупність складових компонентів, спосіб розташування яких та зв'язки між ними забезпечують розкриття предмету коментування та виконання методологічної функції роз'яснення та рекомендації найефективнішої моделі втілення в життя правових норм із урахуванням їх взаємозв'язку з іншими правовими актами. В свою чергу, композиція науково-практичного коментаря відображає стиль викладення матеріалу та юридичні конструкції, які використовувалися при цьому. Юридична композиція науково-практичного коментаря – це особливості конструювання юридичного тексту, який містить всебічний загальнотеоретичний аналіз правової норми та відповідає структурі основної частини акту який підлягає коментуванню.

Юридична композиція науково-практичного коментаря складається з наступних компонентів:

Компоненти змісту (відображають сутність науково-практичного коментування): науковість, ідея, тема, розкриття значення, відповідність формальної логіці;

Компоненти форми (відображають порядок розміщення та структурування тексту): реквізити (назва та вид, адресат, дата, нумерація сторінок, членування тексту), прив'язка до структури тексту правового акту, який підлягає коментуванню, відповідність вимогам діловодства;

Компоненти функціональності (зумовлюють об'єм науково-практичного коментаря): елемент відповідності (чим якісніше закон, тим менше текст коментаря), елемент авторитетності (чим вище науковий рівень суб'єкта коментування, тим більш зрозумілим є текст та максимально розкрито можливі варіанти поведінки), елемент затребуваності (відображає та прямо пропорційний якості науково-практичного коментаря);

Компоненти мови: має бути, чіткою, зрозумілою і доступною, текст оформлений у офіційно-діловому стилі, науковий характер, документальність, ясність, максимальну точність, визначеність викладу, економічність використання в тексті актів мовних засобів, зв'язність і послідовність викладу, експресивну й емоційну нейтральність, безособовий, не індивідуальний характер, повноту, цілісність, логічну завершеність та державність мови.

Загальноправові критерії якості правових актів та юридичних текстів, до яких належать: ясність, точність, простота,

ефективність, законність, обґрунтованість, відповідність загальним правам і свободам.

Розгляд структури науково-практичних коментарів дозволяє відобразити взаємозв'язок частин і цілого, елементів і системи, змісту і форми науково-практичного коментаря норм права. Саме категорія системи розкриває його будову як цілісного і самостійного правового явища у правовій системі суспільства.

Література:

1. Волинка К. Г. Теорія держави і права : навч. посіб. / К. Г. Волинка. – К. : МАУП, 2003. – 240 с.
2. Дудченко В. В. Про герменевтичний підхід до права / В. В. Дудченко // Актуальні проблеми держави і права. – 2009. – Вип. 45. – С. 11-16.
3. Завальна Ж. В. Професійні навички юриста : навч. посіб. / Ж. В. Завальна, М. В. Старинський. – Суми : Універсальна книга, 2006. – 160 с.
4. Закон України «Про національну поліцію» : наук.-практичний коментар. – Київ : Центр учбов. л-ри, 2016. – 384 с.
5. Кримінальний кодекс України : наук.-практ. коментар станом на 1 квітня 2013 р. – Х. : Одиссей, 2013. – 912 с.
6. Матвєєва Л. Г. Юридична природа та місце офіційних інтерпретаційних актів у правовій системі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Матвєєва Лілія Георгіївна. – Х., 2005. – 276 с.
7. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : станом на 1 квітня 2016 р. – Київ : Центр учбов. л-ри, 2016. – 784 с.
8. Нелюба А. Професійна мова юриста / А. Нелюба. – Х. : Прапор, 2002. – 208 с.
9. Панов М. І. Точність правових норм як необхідна умова якості правотворення / М. І. Панов // Юридична техніка. [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://legaltechnique.org/>
10. Самсін І. Л. Тлумачення актів законодавства про оподаткування : лекційно-практичний курс : навч. посіб. / Ігор Леонович Самсін. – К. : Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2010. – 364 с.
11. Теорія держави і права: академічний курс : підруч. / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.
12. Шаранов А. Н. Сущность и пределы (сферы) действия актов официального юридического толкования (проблемы теории и практики) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Антон Николаевич Шаранов. – Ярославль, 2004. – 210 с.

Бычковский Е. Л. Научно-практический комментарий: особенности структуры и композиции

Аннотация. Статья посвящена исследованию особенностей структуры и юридической композиции научно-практического комментария. Установленные компоненты: содержания, формы, функциональности и языка. Выделены структурные элементы и раскрыты критерии эффективности.

Ключевые слова: юридическая техника, язык права, юридический текст, юридическая доктрина, акт неофициального толкования, научно-практический комментарий, юридическая композиция.

Bychkovskyi Ye. Science-practical comment: features of structure and composition

Summary. The article is devoted to the study of the features of structure and legal composition of science-practical comment. The components of: content, form, functions and language are established. Allot structure elements and describes criterion of effectiveness.

Key words: legal technique, language of law, legal text, legal doctrine, non-official interpretation act, science-practical comment, legal composition.

АДМІНІСТРАТИВНЕ,
ФІНАНСОВЕ, ПОДАТКОВЕ ПРАВО

*Дорофеева Л. М.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права та процесу
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»*

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАКРІПЛЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ МИТНОЇ СПРАВИ

Анотація. Стаття присвячена аналізу основних міжнародних джерел митного права, що визначають стандарти та принципи здійснення адміністративної і контрольної діяльності митних адміністрацій, основні засади їх функціонування.

Ключові слова: міжнародні стандарти митної діяльності, Кіотська конвенція, Рамкові стандарти, митні прототипи.

Постановка проблеми. Інтеграція України до Європейського простору передбачає проведення кардинальних змін національного законодавства, спрямованих на адаптацію до широкого кола загальноприйнятих у міжнародній та європейській практиці норм і стандартів. Не став винятком і напрямком, пов'язаний із вдосконаленням форм та методів діяльності у сфері митної справи. В умовах сьогодення надзвичайно важливим є вивчення міжнародних вимог до організації діяльності митних адміністрацій для виявлення прогалин у вітчизняному митному законодавстві та формування національної нормативно-правової системи норм, що дозволяють впроваджувати найкращі їх моделі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з теми. Упродовж останніх десяти років тема адаптації вітчизняного митного законодавства до світових вимог досліджувалась науковцями різних галузей: економістами, міжнародниками, політологами, фахівцями з державного управління, юристами, а також спеціалістами-практиками, серед яких: І.Г. Бережнюк, О.В. Ківець, З.Ю. Кунєва, В.П. Науменко, І.О. Панов, П.В. Пашко, С.М. Перепьолкін, І.В. Письменний, А.А. Пухтецька, В.Д. Приймаченко, К.К. Сандровський, В.В. Ченцов, О.В. Чорна, В.В. Філатов, М.Г. Шульга та ряд інших.

Об'єктивно усвідомлюючи фактори неоднорідності в розвитку митних адміністрацій та загальних підходів до організації митної справи в європейських країнах та інших країнах з розвинутою ринковою економікою порівняно з Україною (та іншими країнами колишнього СРСР), науковці намагались виокремити базові елементи, імплементація яких дозволить комплексно та ефективно адаптувати діяльність митних органів України до визнаних у міжнародному співтоваристві норм і стандартів.

Метою нашого дослідження є аналіз основних міжнародних джерел митного права, що визначають стандарти та принципи здійснення адміністративної і контрольної діяльності митних адміністрацій, основні засади їх функціонування.

Виклад основного матеріалу дослідження. Європейський Союз – найбільш розвинута на сучасному етапі форма об'єднання країн, які передали частину своїх суверенних прав наднаціональним інститутам. Гармонізація законодавства України та ЄС означає процес зближення національної правової системи і її підсистем з правовою системою Європейського Союзу

та вимогами міжнародно-правових норм і стандартів [1, с. 11]. Одним із найважливіших напрямів стратегії інтеграції України до європейського політичного, економічного та інформаційного простору є подальше узгодження вітчизняного правового поля з міжнародними стандартами [2, с. 74].

У дослідженні принципів адміністративного права підкреслюється надзвичайна увага, що приділяється в європейських країнах уніфікації та стандартизації правил та процедур взаємостосунків органів публічної адміністрації з громадянами, та робиться висновок, що закріплення у національному законодавстві спільних принципів та стандартів дозволяє зблизити національні системи європейських країн задля найбільш повного забезпечення прав, свобод та інтересів їх громадян [3, с. 146].

Розглядаючи стандарти в широкому, загальносоціальному сенсі слова, О.В. Ківець вбачає в них певні моделі, зразки поведінки або дій суб'єктів, втілені у низці міжнародних договорів з митного права. Науковці доводять, що міжнародні стандарти виникають або в певному регіоні, або за участі всіх чи більшості держав світу, та відносять їх до категорії так званого «м'якого права». У такому разі стандарт є орієнтиром, зразком, який доцільно застосовувати через його розумність та практичну цінність. Саме таким чином забезпечується гармонізація норм національних правових систем у суспільно-важливих сферах, зокрема й митної політики [4].

На думку спеціалістів, стандарт діяльності – це так званий зразок (модель) належного чи можливого поведінки в тих чи інших ситуаціях. Він може відображати загальну практику діяльності або служити орієнтиром для наслідування його в майбутньому за відсутності відповідної практики [5, с. 255]. І хоча в юридичній сфері термін «стандарт» вживається досить часто, проте не існує єдиного уніфікованого визначення терміну «міжнародний стандарт». Саме тому міжнародні стандарти, здебільшого, пояснюються та визначаються на прикладах [4]. Так, С.В. Халіпов пропонує розуміти міжнародні стандарти у сфері митного регулювання як положення міжнародних договорів (угод), що підлягають спеціальній трансформації в національному законодавстві [6, с. 44].

У сучасних умовах глобалізації та взаємного впливу країн на процеси організації та здійснення митної справи стає зрозумілим, що процеси правової конвергенції національних митних систем держав більш ефективні тоді, коли вони здійснюються на основі спеціально укладених міжнародних угод, а в окремих випадках і на основі актів, прийнятих у рамках міжнародних організацій, тобто завдяки розробці «єдиних стандартів» поведінки в галузі митного регулювання. Призначеннями таких стандартів стають фактичне оформлення і регламентація митних правовідносин між учасниками митного простору з питань удосконалення організації та управління в митних органах, підвищення рівня погодженості й уніфікації національних митних систем, гармонізації та спрощення митних процедур, боротьби

з контрабандою і порушеннями митних правил тощо [7, с. 92]. Міжнародні стандарти мають універсальний характер стосовно суб'єктів і тому можуть застосуватися у будь-якій демократичній державі шляхом їх реєстрації. Саме на цих засадах сьогодні будується єдиний європейський правовий простір [4].

Зважаючи на це, слід підкреслити, що серед міжнародних зобов'язань України для її подальшої європейської інтеграції є перетворення митної політики відповідно до норм і стандартів Організації з безпеки і співробітництва в Європі (далі – ОБСЄ) та Ради Європи. Одним із кроків у цьому напрямку було розроблення та схвалення в 2005 р. Кабінетом Міністрів України та Радою з питань співробітництва між Україною і Європейським Союзом Плану дій «Україна – Європейський Союз», який містить заходи з розширення політичної співпраці та поглиблення економічної інтеграції України до ЄС [8, с. 332].

Українська правова база взагалі і митне законодавство зокрема дуже відрізняються від загальних правил ЄС (вітчизняне законодавство відповідає лише 300–400 із 10000 митних стандартів ЄС) [9, с. 125]. Удосконалення митного законодавства України для досягнення визначених міжнародних стандартів і норм відбувається досить повільно. А практики відмічають, що ці норми і вимоги в Україні запроваджуються без офіційного приєднання до відповідних міжнародних конвенцій, прийнятих під егідою Ради митного співробітництва.

Ні для кого не є секретом, що відмінності в правовому регулюванні митних формальностей у національних правових системах держав істотно ускладнюють транскордонні переміщення товарів у процесі міжнародної торгівлі. Складність митних формальностей, витратність їх проходження учасниками зовнішньоторговельної діяльності є серйозними нетарифними бар'єрами для міжнародної торгівлі. Указане викликає необхідність у зближенні правового регулювання митних формальностей у правових системах держав із метою спрощення та прискорення процесу їх проходження [9, с. 61].

Поділяючи думку, що використання міжнародного досвіду застосування форм та методів діяльності є неминучим і може принести національним митним органам України користь [10, с. 379], наполягаємо на обережному використанні зарубіжного досвіду та врахуванні національних особливостей формування структури державних органів, традицій функціонування та управління митними адміністраціями.

Узгодження національного митного законодавства кожної окремої держави з нормами і стандартами міжнародного митного права завжди є предметом міжнародних договорів (конвенцій) [11; с. 156]. Як відомо, однією з основних функцій Всесвітньої митної організації є підготовка проектів міжнародних конвенцій з питань митної діяльності. Практично всі вони є результатом узагальнення та аналізу економічних важелів, пов'язаних з роботою митних адміністрацій у різних країнах, та проявляються через формування міжнародних стандартів у галузі спрощення митної діяльності.

Науковці називають приєднання до зазначених міжнародних конвенцій одним із обов'язкових критеріїв членства в ЄС, та підкреслюють, що практично всі заходи, передбачені цими конвенціями, так чи інакше спрямовані на спрощення митних процедур, оскільки саме повне законодавче забезпечення, а також прозорість і простота процедур митного оформлення та контролю є ознаками сучасного митного законодавства розвинених європейських держав. [12, с. 76–77].

Особливе місце серед усіх стандартів належить Міжнародній конвенції про спрощення і гармонізацію митних процедур

1973 р. (м Кіото) [13], розробленій під егідою Ради митного співробітництва, та охоплює всі питання митного оформлення і митних процедур. Фактично названа Конвенція є структурованим переліком правил, які за формою поділяються на:

1) правила стандартні (виконання яких країни, що приєднуються до Конвенції, визнають необхідним для досягнення гармонізації та спрощення митних процедур);

2) правила стандартні з перехідним терміном (виконання яких визнається необхідним, але практичне їх впровадження потребує певного періоду часу для синхронізації законодавчої бази);

3) правила рекомендовані (які сприяють досягненню мети конвенції, а їх впровадження вважається бажаним).

Видатний вчений К.К. Сандровський називає її своєрідним кодексом поведінки держав у митних відносинах [14, с. 75]. Цей висновок поділяють В.П. Науменко, П.В. Пашко та В.А. Русков [15]. Орієнтиром у формуванні митного регулювання багатьох держав світу, а також базою для уніфікації митного законодавства різних країн вважає Кіотську конвенцію З.Ю. Кунева. На її думку, це дозволяє усунути розбіжності у правилах регулювання митних процедур та сприяти розвитку міжнародної торгівлі [16, с. 167].

Наша держава приєдналась до Кіотської конвенції і прийняла до імплементації стандартні правила, які вже знайшли своє відображення в Митному кодексі України 2012 року. Щодо рекомендованих правил, то хоча вони і не є джерелами вітчизняного права, як вірно заявляє О.В. Чорна, Україна, як і більшість держав світу, має дотримуватися існуючих стандартів, оскільки їх злагожденість допомагає митній системі і митній справі багатьох країн досягти рівня світових митних норм і правил. Це надає їм можливостей діяти синхронізовано з митними адміністраціями інших держав світу, а також здійснювати повноцінну участь у роботі міжнародних організацій (насамперед, митних), що прийняли (або визнали) ці стандарти чи рекомендовані правила, засновані на поглибленому вивченні світової митної практики, оскільки вони окреслюють правомочні напрямки оптимізації світової (міжнародної) митної справи і підвищення ефективності діяльності митних адміністрацій країн ЄС [12, с. 26].

Крім універсальних договірних норм, що регулюють гармонізацію та спрощення митних процедур, Всесвітня митна організація також здійснює таке регулювання за допомогою норм рекомендаційного характеру, до яких слід віднести Рамкові стандарти безпеки та полегшення світової торгівлі ВМО, які є набором вимог до митних адміністрацій і учасників зовнішньоекономічної діяльності та безпосередньо впливають на організацію діяльності митних органів України [17].

Як відмічає Буваєва Н.Е., Рамкові стандарти мають рекомендаційний характер, тобто за їх невиконання не передбачається міжнародно-правової відповідальності держав, однак вони мають політичну відповідальність. Відмова від їх виконання може негативно позначитися на міжнародному авторитеті тієї чи іншої держави і загалом її становищі на міжнародній арені. [18, с. 95]. Досягнення спрощення та безпеки світової торгівлі через реалізацію Рамкових стандартів полягає у створенні уніфікованого набору стратегічних напрямків (міжнародних стандартів), які дозволять досягти одностайності та передбачуваності в роботі митних адміністрацій. До основних напрямків розвитку митної справи віднесено: установа стандартів, що забезпечують підвищення безпеки і спрощують функціонування міжнародного ланцюга поставок товарів на

глобальному рівні; забезпечення комплексного управління міжнародним ланцюгом поставок товарів усіма видами транспорту; зміцнення ролі, функцій та можливостей митних служб у XXI ст.; зміцнення співробітництва між митними адміністраціями з метою розширення їх можливостей з виявлення операцій підвищеного ризику; зміцнення співробітництва між митними структурами та суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності; сприяння безперервному та безпечному переміщенню товарів у зовнішньоторговельній діяльності.

Цілком погоджуємось із думкою С.М. Переполкіна, який вважає базою Рамкових стандартів дві основні опори: 1) систему угод між митними службами держав; 2) партнерські відносини між митними службами та підприємницьким співтовариством. Кожна опора містить стандарти або стандартні правила, що розкривають зміст опор і є мінімальними вимогами щодо правового регулювання цих питань [19, с. 8].

Угодою про асоціацію між Україною та Європейським Союзом визначено, що Україна у процесі модернізації митних органів та законодавства повинна керуватись не тільки Конвенцією, а й імплементувати Митні прототиби ЄС «Customs Blueprints», в яких зазначається, що держави Європейської політики сусідства працюють над зміцненням адміністративних та операційних спроможностей своїх митних адміністрацій, а також узгоджують свої процесуальні норми і процедури зі стандартами ЄС, зважаючи на свої зобов'язання, на які вони надали згоду.

Країни-кандидати на вступ до ЄС повинні забезпечити можливість інтегрування своєї митної системи в давно та злагоджено функціонуючий механізм Митного союзу ЄС. Для проходження підготовчого періоду комісія з питань податкової і митної політики Єврокомісії розробила стандарти, що мають назву «Митні прототиби» в редакції 2008 року [20]. Вони є мінімально допустимими стандартами організації діяльності митних служб, головною метою яких є практичне впровадження механізмів спрощення процедур торгівлі для зменшення витрат і часу на здійснення митних та інших процедур для перевізників і трейдерів без зниження рівня безпеки зовнішньоторговельних поставок. Вважається, що в Митних прототипах зосереджено найкращі принципи та стандарти ЄС у галузі митної справи. Беручи їх за зразок, можна оцінювати недоліки функціонування митних адміністрацій і вносити відповідні зміни до стратегії їх діяльності [21, с. 170].

Науковці відзначають, що діяльність із приєднання до таких стандартів у галузі митної справи значно активізувалася ще раніше – із вступом нашої країни до Всесвітньої митної організації (далі – ВМО) та Світової організації торгівлі, що призвело до оновлення митного законодавства, а у нині чинному митному законодавстві трансформовано положення цілої низки міжнародних договорів (угод), що виступають міжнародними стандартами у сфері митного регулювання [22 с. 229.].

Аналіз змін, що відбулись в митному законодавстві України, і, насамперед, у Митному кодексі, дозволяє констатувати, що вже 15 років у вітчизняні норми активно впроваджуються міжнародні стандарти такої діяльності. І хоча науковці не відносять вимоги про попереднє декларування, управління ризиками, взаємодію митних адміністрацій і співпрацю з учасниками зовнішньоекономічної діяльності до інституційно правових, проте відмічають їх спрямованість на ефективну й одноманітну реалізацію положень митного законодавства задля прискорення проходження митниці і забезпечення належної безпеки міжнародного товарообігу [6, с. 45].

У Митному кодексі України 2012 року було нормативно закріплено ряд позицій, прийнятих митними адміністраціями та суб'єктами митних правовідносин усіх європейських країн: обов'язок декларанта попередньо повідомляти про намір ввезти товари через митницю, в зоні діяльності якої ці товари будуть пред'явлені для митного оформлення; використання системи аналізу ризиків під час обрання форм митного контролю з метою їх мінімізації; повноваження посадових осіб митних органів на здійснення запитів до митних та інших компетентних органів інших країн з метою встановлення автентичності документів, поданих до митного оформлення [23]. Досить детально в діючій редакції (ст. 12–18 МКУ) регламентовано діяльність уповноваженого економічного оператора, однак за п'ять років жодне підприємство-резидент так і не отримало цього статусу, а інститут УЕО, який широко використовується європейськими трейдерами, так і не запрацював в Україні.

Висновки. Основні міжнародні стандарти митної справи та організації діяльності митних адміністрацій містяться у трьох джерелах: Кіотській конвенції про спрощення та гармонізацію митних процедур, Рамкових стандартах безпеки та полегшення всесвітньої торгівлі ВМО, які сприяють подальшому впровадженню принципів оновленої Кіотської конвенції та є основними напрямками розвитку митного співробітництва, а також Митних прототипах, що сконцентрували найкращі принципи та стандарти ЄС у галузі митної справи. Сьогодні існує нагальна потреба в усесторонньому вивченні практики застосування митними адміністраціями європейських країн норм зазначених документів для вдосконалення нормативно-правового забезпечення діяльності вітчизняних митних органів з метою створення в Україні сучасної європейської митної служби.

Література:

1. Сучасні проблеми розвитку законодавства в Україні та Угорщині : збірник наукових праць. – К. : Вид-во «Юридична думка». – 2013. – 222 с.
2. Письменний І.В. Концептуальні засади реформування митної служби України : дис... канд. наук з держ. упр. / І.В. Письменний. – Д., 2005. – 220 с.
3. Пухтецька А.А. Європейські принципи адміністративного права та їх запровадження в законодавстві України / А.А. Пухтецька. – Київ, 2009. – 214 с.
4. Київець О.В. Європейські правові стандарти як міжнародно-правова категорія / О.В. Київець // Європейські студії і право. – № 1(5) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eurolaw.org.ua/publications/ukrainian-journal-of-european-studies/5> 2011/44-2011-12-29-14-40-03#_ftn3.
5. Ромашев Ю.С. Международные правоохранительное право : монографія, 2-е изд., доп. / Ю.С. Ромашев. – М. : Норма : ИНФРА_М, 2013. – 352 с.
6. Халипов С.В. Проблемы соответствия законодательства Российской Федерации о таможенном деле международным стандартам в сфере таможенного регулирования : дис... канд. юрид. наук / С.В. Халипов. – Москва, 2011. – 174 с.
7. Переполкін С.М. Міжнародно-правові аспекти митного співробітництва європейських держав : дис. ... канд. юрид. наук / С.М. Переполкін. – Х., 2009. – 206 с.
8. Панов І.О. Митна політика України в умовах розвитку відносин з Європейським Союзом / І.О. Панов // Форум права. – 2009. – № 2. – С. 332–337.
9. Філатов В.В. Історія формування митної системи України та умови розвитку національного митного законодавства / В.В. Філатов // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2009. – № 2. – С. 312–323.
10. Приймаченко Д.В. Адміністративна діяльність митних органів у сфері реалізації митної політики держави : дис... д-ра юрид. наук / Д.В. Приймаченко ; Академія митної служби України. – Д., 2007. – 477 с.

11. Коваленко Ю.В. Адміністративно-правові засоби протидії корупції в органах Державної митної служби України : дис. ... канд. юрид. наук / Ю.В. Коваленко ; Держ. НДІ МВС України. – К., 2011. – 216 с.
12. Чорна О.В. Гармонізація митного законодавства України до вимог міжнародних стандартів : дис. ... канд. юрид. наук / О.В. Чорна ; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. – Харків, 2015. – 176 с.
13. Міжнародна конвенція про спрощення і гармонізацію митних процедур (Киотська конвенція) від 18.05.1973 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_643.
14. Сандровский К.К. Таможенное право Украины : учебное пособие / К.К. Сандровский. – К. : Вентури, 2000. – 208 с.
15. Митне регулювання ЗЕД в Україні / В. П. Науменко, П. В. Пашко, В. А. Руссков. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К. : Знання, 2006. – С. 155.
16. Кунєва З.Ю. Міжнародні нормативно-правові акти як передумови та основи розвитку митної справи в Україні / З.Ю. Кунєва // Вісник Академії митної служби України. – Сер. : Право. - 2013. – № 2. – С. 164–170.
17. Рамкові стандарти безпеки та полегшення всесвітньої торгівлі Всесвітньої митної організації від 01.06.2005 [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/card/976_003.
18. Буваева Н.Э. Деятельность всемирной таможенной организации по сближению национальных правовых систем в области таможенного дела : дис. ... канд. юрид. наук / Н.Э. Буваева. – Москва, 2007. – 194 с.
19. Перепьолкін С. М. Міжнародне митне співробітництво: Рамкові стандарти Всесвітньої митної організації / С.М. Перепьолкін // Митна справа. – 2007. – № 1. – С. 6–11.
20. International customs standards and Customs Blueprints, 27/28 May 2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ec.europa.eu/enlargement/taieх/dyn/create_speech.jsp?speechID=6790&key=42d5503554aa4cbc084779f88c4b1e82.
21. Формування системи митного аудиту в Україні : монографія; за заг. ред. О.М. Вакульчик. – Хмельницький ; ПП Мельник А.А., 2014. – 208 с.
22. Шульга М.Г. Митне законодавство України і міжнародні митні стандарти / М.Г. Шульга // Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». Сер. : Ек. теорія та право. – 2014. – № 4. – С. 220–232.
23. Митний кодекс України: від 13 березня 2012 року // Офіційний вісник України. – 2012. – № 33. – Ст. 1175.

Дорофеева Л. М. Нормативно-правовое закрепление международных стандартов таможенного дела

Аннотация. Статья посвящена анализу основных международных источников таможенного права, которые определяют стандарты и принципы производства административной и контрольной деятельности таможенных администраций, основы их функционирования.

Ключевые слова: международные стандарты таможенной деятельности, Киотская конвенция, Рамочные стандарты, таможенные прототипы.

Dorofeieva L. Regulatory consolidation of international customs standards

Summary. This article devoted to analyze the main sources of international customs law, defining the standards and principles of administration and control of customs administrations, the basic principles of their functioning.

Key words: international standards of customs activity, Kyoto Convention, Framework of Standards, Customs Blueprints.

*Легеца Ю. О.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного, господарського та екологічного права
ДВНЗ «Національний гірничий університет»*

ЗАВДАННЯ ТА ФУНКЦІЇ ПУБЛІЧНОГО УПРАВЛІННЯ У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ

Анотація. Визначено, що формування публічно-сервісної моделі держави вимагає проведення трансформаційних реформ публічного управління в усіх сферах суспільного життя. Підкреслено, що дискусійною залишається проблема визначення поняття «публічне управління», визначення його механізму та особливостей реалізації. Автор підкреслює, що догматично невирішеним є питання приналежності публічного управління до предмета адміністративного права.

Ключові слова: адміністративно-правові основи, адміністративно-правові методи, адміністративно-правове регулювання, використання природних ресурсів, публічне управління.

Формування публічно-сервісної моделі держави вимагає проведення трансформаційних реформ публічного управління в усіх сферах суспільного життя. Однак при цьому дискусійною залишається проблема визначення поняття «публічне управління», визначення його механізму та особливостей реалізації. Крім того, догматично невирішеним є питання приналежності публічного управління до предмета адміністративного права. Наука адміністративного права у своєму становленні постійно перебуває у процесі трансформації, що пов'язується з особливостями історико-правового розвитку окремої країни. Командно-адміністративна система державного ладу, яка була характерною для радянського періоду розвитку української держави, вимагала врегулювання управлінських відносин на основі державного примусу та підпорядкування. Тому висловлюються думки щодо відсутності у змісті адміністративних відносин як об'єкта правового регулювання власне управлінської природи [1, с. 244].

Сфера використання природних ресурсів в Україні залишається однією з найбільш корумпованих сфер суспільного життя. Передусім, така ситуація пов'язується з можливістю отримання величезних прибутків, які не оподатковуються державою. В Україні постійно ведеться боротьба за право користування природними ресурсами, за право отримання прибутків від такої діяльності. Природні ресурси були, є і будуть головними причинами міжнаціональних та внутрішньодержавних суспільно-політичних конфліктів.

Складність визначення сутності та структури адміністративно-правового механізму публічного управління у сфері використання природних ресурсів полягає у відсутності єдиного підходу до трактування такої родової категорії. Достатньо часто категорію «адміністративно-правовий механізм» підмінюють категоріями суміжними – «конституційно-правовий механізм», «соціально-правовий механізм», «механізм державного управління», «механізм соціального управління». Отже, використовуючи дедуктивний метод наукового пізнання, необхідно визначити розуміння загальної родової категорії «адміністра-

тивно-правовий механізм публічного управління», на основі якого є можливим визначити специфіку адміністративно-правового механізму публічного управління у сфері використання природних ресурсів.

Адміністративно-правовий механізм публічного управління загалом і в конкретних сферах зокрема має бути заснований на організаційно-правових координаційних методах, що визначають цілі діяльності суб'єкта публічного управління, його структуру, а також встановлюють права, повноваження та забезпечують реалізацію заходів відповідальності суб'єктів управління тощо. Якщо порівняти політико-правовий режим і тип держави, то можна зробити висновок, що адміністративно-правовий механізм державного управління існує у будь-якій країні, тоді як забезпечення функціонування дієвого адміністративно-правового механізму публічного управління можливо лише в умовах реально функціонуючих демократичних політичних інститутів.

Застосування адміністративно-правових засобів формування та реалізації механізму публічного управління у сфері використання природних ресурсів вирішує проблеми цілеспрямованого впливу на взаємовідносини людини і природи, забезпечення стратегії та політики раціонального використання природних ресурсів та природних об'єктів. З позицією Ю.О. Тихомирова, який наголошує на імперативно-нормативному характері впорядкування організації й діяльності суб'єктів та об'єктів управління як головної ознаки адміністративно-правового регулювання, підкреслює, що його результатом має стати стійкий правовий порядок функціонування суспільних відносин [2, с. 314]. Ряд учених (Ю.М. Козлов, Д.М. Овсянко, Л.Л. Попов), визначають роль адміністративно-правових засобів як ефективних засобів, здатних впорядкувати, налагодити, визначити вектор розвитку, встановити певний порядок та справедливу взаємодію об'єктів та суб'єктів [3, с. 28]. Так само Б.В. Росинський та Ю.Н. Старілов вважають, що адміністративно-правове регулювання будь-якої сфери, зокрема сфери використання природних ресурсів, базується на ефективному управлінні органів державної влади, а також місцевого самоврядування, громадських об'єднань, які діють у рамках покладеної на них законодавством компетенції [4, с. 137]. Заслуговує на увагу позиція О.Ю. Амосова та Н.Л. Гавкалової, які з точки зору економічної науки визначають самодостатність механізму публічного управління, підкреслюючи його унікальні можливості щодо «діагностики» проблеми та пошуку шляхів її вирішення [5, с. 10].

Отже, можна зробити проміжний висновок, що адміністративно-правовий механізм публічного управління – це система встановлених законодавством елементів (процедур, проваджень, актів), що визначають сутність та особливості здійснення організаційно-розпорядчої діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, а також громадських

об'єднань та інших інститутів громадського суспільства для реалізації цілей і завдань державної політики загалом і в окремих сферах (освіти, охорони здоров'я, використання природних ресурсів тощо) зокрема за умови забезпечення механізму політичної та юридичної відповідальності осіб, які виконують функції держави.

Загалом необхідно підкреслити, що категорія «адміністративно-правовий механізм публічного управління» є порівняно новою і такою, що вимагає подальшого осмислення, що ускладнює визначення її структури.

Структура адміністративно-правового механізму державного управління є порівняно визначеною і складається з норм адміністративного права, адміністративно-правових відносин, актів тлумачення норм адміністративного права й актів реалізації адміністративно-правових норм та відносин (І.П. Голосніченко) [6, с. 14]; Л.В. Коваль до його структури включає також і суб'єктів [7]; О.Ю. Амосов, Н.Л. Гавкалова до елементів механізму публічного управління в різних сферах суспільного життя відносять функції, методи, принципи, об'єкт, предмет, суб'єктів управління [5, с. 13].

Проблема корумпованості системи публічного управління сферою використання природних ресурсів в Україні існує, але при цьому про неї на загальнодержавному рівні не прийнято говорити. Намагання отримати прибутки, поширення ринкових відносин на сферу природокористування та експлуатації природних ресурсів стали причиною масштабної корумпованої незаконної торгівлі навколишнім середовищем. У сучасних умовах в Україні тривалий час функціонує безліч корумпованих схем обігу масштабних обсягів лісових ресурсів, корисних копалин, риби і морських тварин, земельних ділянок, інших природних ресурсів та відходів.

Поглиблення кризи публічного управління, на жаль, пов'язується передусім з низькою ефективністю екологічної політики держави, зокрема з недостатнім підвищенням ефективності правового регулювання адміністративних процедур у сфері використання природних ресурсів. Державна екологічна політика перебуває у стадії стагнації. Про це свідчить низка фактів. Зокрема, починаючи з 2015 року, не підготовлено і не оприлюднено звіт про стан навколишнього природного середовища в Україні, що входить до сфери повноважень Міністерства екології та природних ресурсів [8].

Зрештою, лише наприкінці 2016 року Міністерство екології та природних ресурсів України (далі – Мінприроди України) на офіційному сайті опублікувало доповідь про стан навколишнього природного середовища.

Отже, очевидним є висновок про невиконання Мінприроди України вимог Конституції України у частині забезпечення доступу до інформації про довкілля. У доповіді про стан навколишнього природного середовища Мінприроди України звітує про стан реалізації державної та регіональної екологічної політики у 2014 році, у році підписання Угоди про асоціацію з Європейським Союзом. Однак згідно зі звітністю Мінприроди України за 2014 рік центральним органом державної виконавчої влади у сфері охорони навколишнього природного середовища підготовлено близько 68 законопроектів (що склало близько 2% від загальної кількості законопроектів, поданих на розгляд Верховної Ради України) [9; 10, с. 304]. Лише один з них став Законом України – Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо скорочення кількості документів дозвільного характеру» від 09 квітня 2014 р. [11].

Які ж результати реалізації державної екологічної політики, вказані у звіті Мінприроди України у 2014 році? Вдалося провести ряд переговорів за участю представників Мінприроди України з членами Європейської Комісії з питань оцінки заходів, що були реалізовані в рамках програм секторальної бюджетної підтримки Європейського Союзу у сфері охорони навколишнього середовища [10, с. 302–303]; проведено ряд науково-практичних заходів з питань охорони навколишнього природного середовища; з метою оновлення інформації про наявність місцевих планів дій з охорони навколишнього природного середовища проведено аналіз матеріалів, наданих місцевими органами виконавчої влади [10, с. 302–303]; створено робочу групу з питань адаптації законодавства Європейського Союзу, членам цієї групи своєю чергою створено ще 7 робочих підгруп (за відповідними сферами) та забезпечено проведення їх засідань.

Достатньо «стримано» Мінприроди України звітувало про заходи, вжиті з метою підвищення рівня екологічної правосвідомості та екологічної освіти [10, с. 336–337], що виявилися у проведенні «2 відеоконференцій, 19 брифінгів та прес-конференцій керівництва Мінприроди України, близько 20 науково-практичних конференцій та семінарів, 7 засідань громадської ради при Мінприроди України за участі керівництва та фахівців міністерства; зустрічі Міністра з громадськими організаціями стосовно питань, пов'язаних з розв'язанням проблеми відходів на загальнодержавному та регіональному рівнях».

При цьому у доповіді про стан навколишнього природного середовища у частині не зазначено, що забезпечено запобігання корупції у сфері використання природних ресурсів. Зокрема, зазначено, що у 2014 році не проведено жодної державної екологічної експертизи [10, с. 16]. Забезпечення прозорості дозвольно-ліцензійних процедур у сфері використання природних ресурсів також проводиться дуже повільними темпами. Надання лише однієї адміністративної послуги у сфері використання природних ресурсів, починаючи з 2016 року, стало можливим у електронній формі. Це подання декларації про відходи та форму декларації про відходи, затверджене Постановою Кабінету Міністрів України № 118 від 18 лютого 2016 року [10].

Протягом 2015 року електронна система подання декларацій про відходи працювала в режимі дослідної експлуатації – декларації приймалися кількома дозвоільними органами, зокрема департаментом екології та природних ресурсів Дніпропетровської обласної державної адміністрації. Наразі дослідну експлуатацію завершено, і інформацію щодо подальшої роботи он-лайн сервісу буде оприлюднено додатково.

Однак у системі адміністративних послуг у сфері охорони навколишнього природного середовища органами центральної виконавчої влади надається близько 60 послуг, при цьому їх загальна кількість становить понад 1200. За таких умов зберігається суб'єктивний фактор прийняття управлінських рішень, що не сприяє подоланню корупції у досліджуваній сфері. Зрештою, Законом України від 14 жовтня 2014 року «Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки» [12] не визначено особливостей подолання корупції у цій сфері. Не існує спеціальних програм подолання екологічної некомпетентності посадових осіб, їхнього низького рівня екологічної правосвідомості щодо національної безпеки України.

Отже, відсутність державної стратегії подолання корупції у сфері використання природних ресурсів, незабезпечення принципу оперативності доступу до екологічної інформації, повіль-

ні темпи впровадження системи електронного врядування у сферу адміністративних процедур з використання природних ресурсів у поєднанні з низьким рівнем екологічної освіти та нігілістичного ставлення суспільства до необхідності вирішення екологічних проблем не сприяють збереженню, відновленню та раціональному використанню природних ресурсів.

Література:

1. Административное право / Под ред. Л.Л. Попова. – М. : Юрист, 2002. – 699 с.
2. Голосніченко І.П. Адміністративне право України (основні категорії та поняття) : посібник / І.П. Голосніченко. – Ірпін, 1998. – 108 с.
3. Державне управління : Європейські стандарти, досвід та адміністративне право / [В.Б. Авер'янов, В.А. Дерезь, А.М. Школик та ін.] ; за заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К. : Юстиніан, 2007. – 288 с.
4. Коваль Л.В. Адміністративне право : курс лекцій / Л.В. Коваль. – 3-тє вид. – К. : Вентурі, 1998. – 208 с.
5. Національна доповідь про стан навколишнього природного середовища в Україні у 2014 році. – К. : Міністерство екології та природних ресурсів України, ФОРМ Грін Д.С. – 2016. – 350 с.
6. Національні доповіді про стан навколишнього природного середовища // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.menr.gov.ua/index.php/dopovidi>.
7. Порядки денних пленарних засідань Верховної Ради України за 2014 рік // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://portal.rada.gov.ua/meeting/search?search_convocation=7&search_session=0&search_string=&search_type=2&submit=Знайти.
8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо скорочення кількості документів дозвільного характеру : Закон України від 09 квітня 2014 р. // Відомості Верховної Ради. – 2014. – № 23. – Ст. 873.
9. Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки : Закон України від 14 жовтня 2014 р. // Відомості Верховної Ради. – 2014. – № 46. – Ст. 2047.
10. Публічне управління : теорія та практика : збірник наукових праць Асоціації докторів наук з державного управління. – Х. : Вид-во «ДокНаукаДержУпр». – Спеціальний випуск – Березень, 2015. – 226 с.
11. Россинский Б.В. Административное право : учебник для студ. вузов, обучающихся по спец. «Юриспруденция» / Б.В. Россинский,

Ю.Н. Стариков. – 4-е изд., пересмотр, и доп. – М. : Норма, 2009. – 928 с.

12. Тихомиров Ю.А. Административное право и процесс : полный курс / Ю.А. Тихомиров. – М. : Тихомиров М.Ю., 2001. – 652 с.

Легеца Ю. А. Задачи и функции публичного управления в сфере использования природных ресурсов

Аннотация. Определено, что формирование публично-сервисной модели государства требует проведения трансформационных реформ публичного управления во всех сферах общественной жизни. Подчеркнуто, что дискуссионной остается проблема определения понятия «публичное управление», определение его механизма и особенностей реализации. Автором подчеркивается, что догматически нерешенным является вопрос принадлежности публичного управления к предмету административного права.

Ключевые слова: административно-правовые основы, административно-правовые методы, административно-правовое регулирование, использование природных ресурсов, публичное управление.

Legeza Yu. The tasks and functions of public administration in the sphere of the use of natural resources

Summary. It is determined that the formation of a public service model of the state requires the implementation of transformational reforms in public administration in all spheres of public life. It is emphasized that the problem of definition of the concept of “public administration”, definition of its mechanism and features of implementation remains debatable. The author emphasizes that the question of the ownership of public administration to the subject of administrative law is dogmatically unresolved.

Key words: administrative and legal bases, administrative and legal methods, administrative and legal regulation, use of natural resources, public administration.

Очкуренко С. В.,
кандидат юридичних наук, доцент,
докторант кафедри фінансового права
юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ФІНАНСОВО-ПРАВОВІ ПЕРЕДУМОВИ ВИНИКНЕННЯ, ЗМІНИ ТА ПРИПИНЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Анотація. У статті розглядається проблема передумов виникнення, зміни та припинення цивільних зобов'язань, пов'язаних з використанням бюджетних коштів. Такі передумови встановлюються фінансовим законодавством. Зокрема, вони встановлюються положеннями Бюджетного кодексу України. Автор обґрунтовує, що в цих положеннях Бюджетного кодексу формулюються одночасно як норми фінансового права, так і норми цивільного права.

Ключові слова: передумови цивільних зобов'язань, фінансове право, цивільне право, фінансове законодавство, бюджетне законодавство.

Постановка проблеми. Зв'язок фінансового права з цивільним правом найбільш яскраво проявляється у встановленні нормами фінансового права передумов виникнення, припинення та зміни цивільних зобов'язань. Цей зв'язок має істотне значення для нормального розвитку як фінансових, так і цивільних відносин. Але в науці він не досліджувався, що стало причиною недостатньої обґрунтованості відповідних положень бюджетного законодавства і негативного їх впливу на відповідні суспільні відносини. З огляду на ці обставини слід визнати актуальним звернення до дослідження фінансово-правових передумов виникнення, припинення і зміни цивільних зобов'язань.

Стан наукових досліджень. Хоч проблема фінансово-правових передумов виникнення, припинення та зміни цивільних зобов'язань спеціально не досліджувалась, теоретичне і методологічне підґрунтя для її дослідження було створено науковими працями провідних вчених в галузі сучасного фінансового права, серед яких – Л.К. Воронова, С.О. Алісов, Д.О. Гетманцев, Е.С. Дмитренко, О.О. Дмитрик, І.Б. Заверуха, Л.М. Касьянцев, М.П. Кучерявенко, Т.А. Лагковська, О.А. Лукашев, А.О. Монаєнко, О.А. Музика-Стефанчук, А.А. Нечай, С.О. Ніщима, О.П. Орлюк, П.С. Пацурківський, Н.Ю. Пришва, Л.А. Савченко, І.Л. Самсін, Н.І. Хімічева, О.І. Худяков, Н.Я. Якимчук та ін.

Соціалістична дійсність дала досвід встановлення публічних передумов цивільних зобов'язань. І цей досвід став предметом наукових досліджень ще тоді, коли він мав місце. До його вивчення звертались М. М. Агарков [1, с. 361-402], Н. Г. Александров [2, с. 72-76], С. С. Алексєєв [3, с. 35-47], З. И. Шкундін [4], Р. О. Халфіна [5], О. С. Іоффе [6], І. А. Танчук [7], а дещо пізніше – Ю.Г. Басін [8, с. 35-45], А. К. Кравцов [9] та ін. Проте дослідження зазначених, а також інших науковців не були належно враховані ні в науці фінансового права, ні, тим більше, – законодавцем при розробці та прийнятті Бюджетного кодексу та інших актів бюджетного законодавства. Зокрема, відповідні положення Бюджетного кодексу були сформульовані так, нібито проблема публічних передумов цивільних зобов'язань ніколи в науці не досліджувались. Все почали заново.

Метою цієї статті є формулювання і обґрунтування наукових положень, які могли б служити науковим підґрунтям удосконалення фінансового законодавства у частині створення ним передумов виникнення, припинення та зміни цивільних зобов'язань.

Виклад основного матеріалу. Перш за все слід констатувати, що фінансове право може як створювати передумови для виконання цивільних зобов'язань, так і перешкоджати їх виникненню (встановлювати заборони вчиняти дії, які б були підставою виникнення цивільних зобов'язань). Створення таких передумов чи перешкод може проходити декілька етапів – від найбільш загальних передумов до суто конкретних, що стосуються конкретного цивільного зобов'язання.

До найбільш загальних передумов слід віднести принцип цільового використання бюджетних коштів. Згідно п. 8 ч. 1 ст. 7 Бюджетного кодексу України бюджетні кошти використовуються «тільки» на цілі, визначені бюджетними призначеннями та бюджетними асигнуваннями. Використання у цьому законодавчому положенні слова «тільки» не лише надає йому категоричності, а й надає однакової юридичної сили і здатності конкурувати при правозастосуванні як позитивному припису щодо цілей, на які можуть використовуватись бюджетні кошти, так і заборони використовувати бюджетні кошти на цілі, що не визначені бюджетними призначеннями та бюджетними асигнуваннями. Ці дві правові норми можуть розглядатись як найбільш загальні. Невипадково вони закріплені у законодавчому положенні, що назване принципом. Проте вони містять дозвіл і заборону, що можуть стосуватись можливості чи неможливості виникнення суто конкретного цивільного зобов'язання, в межах якого буде здійснюватись оплата товарів, робіт, послуг за рахунок бюджетних коштів.

У зв'язку з цим виникає питання про те, чи може порушення вимог п. 8 ч. 1 ст. 7 Бюджетного кодексу бути підставою недійсності цивільно-правового договору, що укладений у супереччю з цим вимогам. Відповідь на це запитання дає ч. 3 ст. 48 Бюджетного кодексу, згідно з якою недійсним є «укладення договору» без відповідних бюджетних асигнувань або з перевищенням повноважень, встановлених цим Кодексом та законом про Державний бюджет України (рішенням про місцевий бюджет)». Недійсність «укладення договору» слід тлумачити як недійсність договору. Таке тлумачення є припустимим з огляду на техніко-юридичні дефекти положень ст. 48 Бюджетного кодексу, які легко помічаються і є непоодинокими.

Але ж на тлумаченні словосполучення «недійсність укладення договору» проблеми інтерпретації ч. 3 ст. 48 Бюджетного кодексу не закінчуються, бо необхідно більш детально розглянути співвідношення правової норми, яка закріплена в цьому законодавчому положенні, і правової норми, що встановлена ч. 1 ст. 215 і ч. 1 ст. 203 Цивільного кодексу України, згідно з якою підставою недійсності правочину є суперечність його змісту актам ци-

вільного законодавства. Треба з'ясувати, чи можна віднести Бюджетний кодекс України до актів цивільного законодавства. На перший погляд, здається, що віднесення Бюджетного кодексу до актів цивільного законодавства не відповідає фундаментальним уявленням про систему законодавства. І все ж спробуємо більш уважно розглянути цю проблему.

З урахуванням визначення відносин, що регулюються Бюджетним кодексом та відповідно до ст. 1 Бюджетного кодексу, цей Кодекс має бути визначений основним актом бюджетного (фінансового) законодавства, але зазначене положення не дає відповіді на запитання, чи можуть положення Бюджетного кодексу формулювати окремі норми цивільного права. Але ж у Бюджетному кодексі встановлюються численні норми цивільного права, зокрема і норма, що визнає недійсним за відповідних умов укладення договору (ч. 3 ст. 48 Бюджетного кодексу). Звернення до ст. 4 Цивільного кодексу, що визначає склад актів цивільного законодавства також не дає змоги відповідати на запитання про належність Бюджетного кодексу до актів цивільного законодавства, бо в цій статті вказується тільки на те, що актами цивільного законодавства є закони, які «приймаються відповідно» до Конституції України та Цивільного кодексу. Твердження про те, що Бюджетний кодекс приймається відповідно до Конституції, сумнівів у його правильності не виникає. Цього, однак, не можна сказати про те, чи приймається Бюджетний кодекс відповідно до Цивільного кодексу навіть у частині положень, що формулюють норми цивільного права. Тому на підставі ст. 4 Цивільного кодексу неможливо дати відповідь на запитання про належність Бюджетного кодексу до актів цивільного законодавства.

До навчальної літератури увійшла думка про те, що нормативні акти, які містять цивільно-правові норми, повинні визнаватися актами цивільного законодавства [9, с. 31]. З цієї думкою слід погодитись: якщо певний нормативно-правовий акт встановлює норми цивільного права, то він в цій частині повинен визнаватися актом цивільного законодавства. Отже, у відповідній частині (оскільки він встановлює норми цивільного права) Бюджетний кодекс має визнаватися актом цивільного законодавства. Це означає, що суперечність змісту правочину цивільно-правовим нормам, що передбачені Бюджетним кодексом, є суперечністю цього правочину акту цивільного законодавства. Відтак, у випадках, коли правочин суперечить нормам цивільного права, що встановлені Бюджетним кодексом, правочин може бути визнаний недійсним на підставі ч. 1 ст. 215 і ч. 1 ст. 203 Цивільного кодексу. Але ж для того, щоб у вказаних випадках застосовувати названі положення Цивільного кодексу, відповідні норми, що встановлені Бюджетним кодексом, треба кваліфікувати як цивільно-правові. Це – досить непроста задача. Зокрема, виникає питання про те, чи закріплюються цивільно-правові норми у наступних положеннях Бюджетного кодексу: 1) у п. 8 ч. 1 ст. 7 Бюджетного кодексу, що закріплює принцип цільового використання бюджетних коштів; 2) у ч. 1 ст. 48 Бюджетного кодексу, згідно з якою розпорядники бюджетних коштів беруть бюджетні зобов'язання та здійснюють платежі тільки в межах бюджетних асигнувань, встановлених кошторисами... 3) у ч. 1 ст. 48 Бюджетного кодексу, згідно з якою розпорядники бюджетних коштів беруть бюджетні зобов'язання та здійснюють платежі щодо завдань (проектів) Національної програми інформатизації – після їх погодження з Генеральним державним замовником Національної програми інформатизації; 4) в абз. 1 ч. 2 ст. 48 Бюджетного кодексу, згідно з яким розпорядники бюджетних коштів беруть бюджетні зобов'язання за спеціальним фондом бюджету виключно в межах відповідних фактичних надходжень

спеціального фонду бюджету; 5) в абз. 2 ч. 2 ст. 48 Бюджетного кодексу, згідно з яким за бюджетними програмами, які здійснюються із залученням державою кредитів (позик) від іноземних держав, банків, міжнародних фінансових організацій для реалізації інвестиційних проектів, термін дії яких завершується у поточному бюджетному періоді, розпорядники бюджетних коштів мають право брати відповідні бюджетні зобов'язання у четвертому кварталі поточного бюджетного періоду понад фактичні надходження таких кредитів (позик) за умови наявності письмової згоди кредитора на оплату цих зобов'язань протягом першого кварталу наступного бюджетного періоду.

Зміст наведених законодавчих положень, в яких йдеться про право розпорядників бюджетних коштів брати бюджетні зобов'язання за певних умов і заборону на взяття таких зобов'язань за відсутності таких умов (частини 1 та 2 ст. 48 Бюджетного кодексу) і про цільове використання бюджетних коштів (п. 8 ч. 1 ст. 7 Бюджетного кодексу), дає підставу стверджувати, що в них текстуально закріплюються норми фінансового права. Зобов'язання особами у правовідносинах, на які поширюються ці положення, є розпорядники бюджетних коштів, а управленими – державні органи, що уповноважені на здійснення контролю за витратами бюджетних коштів. Ці норми також встановлюють передумови виникнення відповідних цивільних зобов'язань і умови, наявність або відсутність яких є перешкодою для виникнення таких зобов'язань, виключає їх виконання.

Проте неможливо не помітити, що припис використовувати бюджетні кошти тільки на цілі, визначені бюджетними призначеннями та бюджетними асигнуваннями, має і цивільно-правовий зміст, яким є дозвіл розпорядникам бюджетних коштів на вчинення правочинів, що передбачають оплату товарів, робіт, послуг за рахунок бюджетних коштів, і заборону тим же суб'єктам на вчинення інших правочинів (таких, що передбачають оплату товарів, робіт, послуг, що не відповідають бюджетним призначенням і бюджетним асигнуванням). Закон не може не відповідати логіці людського мислення. А ця логіка така, що не може бути такого, щоб норма фінансового права забороняла вчинення певних правочинів, а норма цивільного права таке дозволяла. Тому у положеннях Бюджетного кодексу, що дозволяють взяття бюджетних зобов'язань, закріплюється не тільки норма фінансового права, а й норма цивільного права. Аналогічно і в положеннях Бюджетного кодексу, що забороняють взяття бюджетних зобов'язань міститься і норма фінансового права і норма цивільного права. У наведених вище положеннях Бюджетного кодексу норми фінансового права закріплюються текстуально. Норми цивільного права закріплені в цих же положеннях логічно: якщо розпоряднику бюджетних коштів надається повноваження витратити на певні цілі зазначені кошти, то в силу цього повноваження він отримує право на укладення цивільного договору і на вступ у цивільні правовідносини. В умовах ринкової економіки розпорядник бюджетних коштів не має іншого шляху отримати товари, роботи, послуги за рахунок бюджетних коштів. Вірогідний контрагент розпорядника бюджетних коштів у майбутньому цивільному зобов'язанні – це суб'єкт підприємництва. Він завжди перебуває в пошуках контрагентів, які могли б за кошти придбати у нього товари, роботи, послуги. Коли суб'єкт підприємництва і розпорядник бюджетних коштів зустрічаються на ринку, вони у положеннях Бюджетного кодексу, які текстуально закріплюють норми фінансового права, виявляють дозвіл або заборону на укладення цивільного договору, які логічно закріплюються у зазначених положеннях, тобто норму цивільного права.

Поряд із визнанням недійсним «укладення договорів» ч. 3 ст. 48 БК з тих же підстав визнає недійсними «розміщення замовлення», «придбання товару, послуги», «здійснення інших аналогічних операцій». Це не може означати нічого іншого, крім недійсності відповідних правочинів. Але законодавець був стурбований тим, щоб на бюджет не було покладено тягар відповідних платежів, і передбачив недійсність не тільки правочину, а і дій на виконання зобов'язання, що виникло на підставі відповідного правочину. У встановленні таких положень не було ніяких потреб. Вони тільки обтяжують текст ч. 3 ст. 48 БК. Тому положення про недійсність «розміщення замовлення», «придбання товару, послуги чи здійснення інших аналогічних операцій» із ч. 3 ст. 48 БК слід вилучити.

Втім, є серйозні сумніви і в доцільності правила про недійсність відповідних правочинів у випадках відсутності фінансово-правових передумов чи заборон на їх вчинення, а також при їх невідповідності цивільно-правовим нормам, що встановлені відповідними положеннями Бюджетного кодексу. Це стосується також і тих правил ч. 3 і 4 ст. 48 Бюджетного кодексу, які в іншій словесній формі дублюють правило про недійсність відповідних правочинів: 1) правила про те, що за операціями, що є недійсними відповідно до ч. 3 ст. 48 Бюджетного кодексу, бюджетні зобов'язання не виникають; 2) правила про те, що за такими операціями бюджетна заборгованість не утворюється; 3) правила про те, що зобов'язання, взяті учасником бюджетного процесу без відповідних бюджетних асигнувань або з перевищенням повноважень, встановлених цим Кодексом та законом про Державний бюджет України (рішенням про місцевий бюджет), не вважаються бюджетними зобов'язаннями; 4) правила про те, що такі зобов'язання не підлягають оплаті за рахунок бюджетних коштів; 5) правила про те, що взяття таких бюджетних зобов'язань є порушенням бюджетного законодавства; 6) правила про те, що витрати бюджету на покриття таких зобов'язань не здійснюються. З точки зору юридичної техніки в даному випадку ми маємо безпрецедентне нагромадження правил, що мають один і той же юридичний зміст, але викладені у різній мовній формі.

Але і після цього нагромадження законодавець не був упевнений у тому, що він повністю убезпечив бюджет від претензій до нього з боку осіб, з якими розпорядники бюджетних коштів уклали договори, відповідно до яких мали б здійснюватись платежі за рахунок бюджетних коштів, тому він у ч. 3 ст. 48 Бюджетного кодексу України встановив: «Вимоги фізичних і юридичних осіб щодо відшкодування збитків та/або шкоди за зобов'язаннями, взятими розпорядниками бюджетних коштів без відповідних бюджетних асигнувань або з перевищенням повноважень, встановлених цим Кодексом та законом про Державний бюджет України (рішенням про місцевий бюджет), стягуються з осіб, винних у взятті таких зобов'язань, у судовому порядку». Це формулювання варто було взяти в лапки, бо надто грубо воно суперечить нормам української мови. Все-таки не прийнято говорити, що «вимоги...стягуються».

Проте головне полягає у юридичному змісті ч. 3, 4 ст. 48 Бюджетного кодексу, що викликає думку про необхідність вилучити з цього законодавчого положення усі наведені тут правила. Суть справи полягає в тому, що відповідальність за зобов'язаннями, які були взяті розпорядниками бюджетних коштів за відсутності бюджетних асигнувань або з перевищенням повноважень, законодавець зняв з бюджету і переклав на осіб, винних у незаконному взятті бюджетних зобов'язань. Це суперечить ст. 1174 Цивільного кодексу України, згідно з якою: «Шкода, завдана фізичній або юридичній особі незаконними

рішеннями, діями чи бездіяльністю посадової або службової особи органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування при здійсненні нею своїх повноважень, відшкодовується державою, Автономною Республікою Крим або органом місцевого самоврядування незалежно від вини цієї особи». Колізія між ст. 1174 Цивільного кодексу і ч. 3 ст. 48 Бюджетного кодексу вирішується за правилом «lex posterior derogat priori» на користь ч. 3 ст. 48 Бюджетного кодексу.

Але є ще одна правова норма, якій суперечить правова норма, що встановлена ч. 3 ст. 48 Бюджетного кодексу. Вона встановлена ст. 56 Конституції України, згідно з якою: «Кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень». Оскільки Конституція встановлює норми прямої дії (частина третя ст. 8 Конституції), то все-таки шкода, завдана розпорядниками бюджетних коштів, які за відсутності бюджетних асигнувань або з перевищенням повноважень взяли бюджетні зобов'язання (уклали договори, що передбачають оплату товарів, робіт, послуг за рахунок бюджетних коштів), відшкодовується державою або органом місцевого самоврядування за рахунок відповідного бюджету.

Оскільки виявилась невідповідність Конституції України положення абзацу другого ч. 4 ст. 48 Бюджетного кодексу, воно підлягає вилученню із цієї статті.

На розпорядників бюджетних коштів покладається фінансово-правовий обов'язок до закінчення бюджетного періоду внести зміни до спеціального фонду кошторису щодо зменшення власних надходжень і видатків, якщо фактичний обсяг власних надходжень за спеціальним фондом кошторису бюджетної установи менший від планових показників, врахованих у спеціальному фонді її кошторису (ч. 8 ст. 51 Бюджетного кодексу). Само по собі це положення не викликає правозастосовних проблем. Але ж в таких випадках на розпорядників бюджетних коштів покладається обов'язок «упорядкувати бюджетні зобов'язання» з урахуванням змін до спеціального фонду кошторису. Тобто зміни у спеціальному фонді кошторису є підставою «упорядкування бюджетних зобов'язань». Мовою цивільного законодавства це формулювання означає розірвання або внесення змін до цивільних договорів, що стали підставою бюджетних зобов'язань.

У зв'язку з цим виникає питання про юридичний зміст положення п. 8 ст. 51 Бюджетного кодексу України: «Розпорядники бюджетних коштів упорядковують бюджетні зобов'язання з урахуванням внесених змін до спеціального фонду кошторису». Те, що тут текстуально закріплюється норма фінансового права, не підлягає сумніву. Питання в тому, чи є в цьому положенні цивільно-правовий зміст і яким саме є цей зміст. Видається, що в ньому закріплюється норма цивільного права. Вона закріплює не цивільний обов'язок розпорядників бюджетних коштів (бо немає тієї особи, перед якою вони б несли такий обов'язок), а суб'єктивне право на розірвання договорів або на внесення до них змін. Відтак, у ч. 8 ст. 51 Бюджетного кодексу закріплюється не тільки фінансово-правова передумова припинення або зміни відповідних бюджетних зобов'язань, а й суб'єктивне цивільне право на такі припинення чи зміну. Це суб'єктивне право може захищатись у суді через пред'явлення позову про розірвання або зміну договору. Але при цьому слід враховувати, що в п. 8 ст. 51

Бюджетного кодексу закріплюється правова норма, застосування якої передбачає у відповідних випадках індивідуалізацію договорів, що підлягають розірванню або зміні. Ці договори повинні визначатись за допомогою загальних засад цивільного законодавства.

Але є серйозні сумніви у доцільності таких правил. Державна мала б більше подбати про дисципліну розпорядників бюджетних коштів, про контроль за їх діями щодо розпорядження бюджетними коштами. Цивільний кодекс допускає вчинення правочинів під відкладальною і скасувальною обставинами (ст. 212 Цивільного кодексу). Відтак є законна можливість не допустити виникнення зобов'язання у випадках, коли не було досягнуто планових показників надходжень до спеціального фонду бюджету, або припинити зобов'язання, що виникло раніше. Натомість законодавець вирішив проблеми бюджету за рахунок контрагентів розпорядників бюджетних коштів за укладеними договорами.

Заборона на взяття бюджетних зобов'язань у випадках, передбачених ч. 4 ст. 51 Бюджетного кодексу (наявність простроченої кредиторської заборгованості із заробітної плати (грошового забезпечення), стипендій, а також за спожиті комунальні послуги та енергоносії) складає зміст фінансово-правової норми, що встановлена цим законодавчим положенням. Ця заборона має і цивільно-правовий зміст, що і є підставою визнання відповідних правочинів недійсними на підставі ч. 1 ст. 215 і ч. 1 ст. 203 Цивільного кодексу. Але унікальним є фінансово-правовий припис розпорядникам бюджетних коштів не здійснювати платежі за іншими заходами, пов'язаними з функціонуванням бюджетних установ (отже, в тому числі і на виконання цивільних зобов'язань). Цей припис текстуально закріплений у ч. 4 ст. 51 Бюджетного кодексу, у якій логічно встановлюється і норма цивільного права, що надає відповідному розпоряднику бюджетних коштів право не виконувати цивільні зобов'язання, поки будуть існувати умови, передбачені цим законодавчим положенням. Оскільки нездійснення платежів за бюджетними зобов'язаннями має місце на підставі закону, бюджетна установа не несе відповідальності за невиконання відповідних зобов'язань.

Бюджетний кодекс встановлює і інші фінансово-правові норми, які є передумовою виникнення або зміни бюджетних зобов'язань або створюють перешкоди для їх виникнення. Зокрема, до набрання чинності законом про Державний бюджет України на поточний бюджетний період державні запозичення можуть здійснюватися в обсязі, що не перевищує обсяг витрат на погашення державного боргу у відповідний період, а державні гарантії не надаються (п. 2 ч. 2 ст. 41 Бюджетного кодексу). Ці фінансово-правові норми перешкоджають укладенню договорів про державні запозичення у відповідній частині та забороняють надавати гарантії до набрання чинності законом про Державний бюджет України на поточний бюджетний період. У законодавчих положеннях, що встановлюють зазначені норми фінансового права, логічно закріплюються і норми цивільного права, порушення яких є підставою визнання недійсними відповідних правочинів відповідно до ч. 1 ст. 215 і ч. 1 ст. 203 Цивільного кодексу України.

Висновки і пропозиції. Викладене показує, що в положеннях фінансового законодавства можуть текстуально і логічно закріплюватись норми цивільного права, що фінансове і цивільне право є тісно пов'язаними галузями права, а нормами фінансового права можуть встановлюватись як передумови виникнення, припинення і зміни цивільних зобов'язань, так

і перешкоди для цього. Оскільки йдеться про цілий комплекс зв'язків між фінансовим і цивільним правом, в яких фінансове право впливає на сферу цивільного права, необхідне подальше дослідження цієї проблеми з метою систематизації цих зв'язків та розроблення науково обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення положень чинного законодавства.

Література:

1. Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Т. 1. / М.М. Агарков – М.: АО «ЦентрЮрИнфоР», 2002. – 490 с.
2. Александров Н. Г. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений / Н.Г. Александров // Ученые записки. Ученые записки ВИНУН. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1946. – Вып. VI. – С. 60-83.
3. Алексеев С.С. О взаимодействии административно-правового и гражданско-правового регулирования в социалистическом обществе / С.С. Алексеев // Правоведение. – Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1959. - №3. – С. 35-47.
4. Шкундин З. И. Обязательство поставки товаров в советском праве / З.И. Шкундин – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – 207 с.
5. Халфина Р.О. Правовое регулирование поставки продукции в народном хозяйстве / Р.О. Халфина – М.: Изд-во АН СССР, 1963. – 267 с.
6. Иоффе О. С. План и договор в социалистическом хозяйстве / О.С. Иоффе – М.: Юридическая литература, 1971. – 216 с.
7. Танчук И. А. Правовое регулирование материально-технического снабжения промышленности / И.А. Танчук – М.: Наука, 1965. – 199 с.
8. Басин Ю.Г. План и договор в современных условиях / Ю.Г. Басин // Правоведение. – Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1972. – N 3. – С. 35-45.
9. Кравцов А. К. Плановые обязательства по советскому гражданскому праву / Кравцов А.К.; Науч. ред.: Лыкова Э.Б. - Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1980. - 152 с.
10. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. Кн. 2. / О.В. Дзера, Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 720 с.

Очкуренко С. В. Фінансово-правові передумови виникнення, зміни та припинення цивільних зобов'язань

Анотація. В статті розглядається проблема передумов виникнення, зміни та припинення цивільних зобов'язань, пов'язаних з використанням бюджетних коштів. Такі передумови встановлюються фінансовим законодавством. В частности, вони встановлюються положеннями Бюджетного кодексу України. Автор обґрунтовує, що в цих положеннях Бюджетного кодексу формулюються одночасно як норми фінансового права, так і норми гражданского права.

Ключевые слова: фінансове право, гражданское право, фінансове законодавство, бюджетное законодательство, передумови гражданских зобов'язань.

Ochkurenko S. Preconditions of the financial law for the arising, alteration and termination of civil obligations

Summary. The article deals with the problem of the preconditions for the arising, alteration and termination of civil obligations related to the use of budget money. Such prerequisites are established by the financial legislation. In particular, they are established by the provisions of the Budget Code of Ukraine. The author justifies that in these provisions of the Budget Code both the rules of financial law and the norms of civil law are formulated simultaneously.

Key words: financial law, civil law, financial legislation, budget legislation, preconditions of civil obligations.

Капля О. М.,
кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник,
доцент кафедри управління безпекою правоохоронної та антикорупційної діяльності
Навчально-наукового інституту права імені князя Володимира Великого
Міжрегіональної академії управління персоналом

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ЕФЕКТИВНОГО ЗАХИСТУ ПРАВ І СВОБОД ОСОБИ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ КРАЇН ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Анотація. У статті проаналізовано найбільш актуальні аспекти принципів адміністративного судочинства. Шляхом порівняння судової практики Європейського Союзу та законодавства розвинутих європейських держав надано характеристику принципу ефективного захисту прав і свобод. З'ясовано сутність та процесуальне значення принципу для адміністративно-процесуального регулювання у сфері публічно-правових відносин. Визначено місце принципу ефективного захисту в системі принципів адміністративного судочинства.

Ключові слова: ефективний захист прав і свобод, адміністративне судочинство, ефективний судовий захист, національна автономія, адміністративний суд.

Постановка проблеми. Принципи адміністративного судочинства встановлюють найважливіші закономірності процесу розв'язання правових спорів у сфері публічно-правових відносин. Вони зумовлюють значущість, законність і соціальну цінність правовідносин, що виникають між громадянином і органами державної влади, місцевого самоврядування та їхніх посадових і службових осіб.

Відсутність правових принципів адміністративного судочинства призведе до появи елементів довільності, бюрократизму, неорганізованості, беззаконня, несправедливості та аморальності. Ось чому в умовах чинної реформи правової системи та євроінтеграційних процесів особливої актуальності набуває дослідження адміністративної юстиції загалом та принципів її діяльності зокрема.

Актуальність досліджуваної теми підтверджує також збільшення вимог до забезпечення верховенства права у сфері адміністративного судочинства, зростання юридичної освіченості громадян та їх ефективної позиції щодо захисту своїх прав і свобод, а також обумовлює певна невідповідність внутрішнього процесуального законодавства міжнародним правовим нормам. На жаль, досі законодавство України в багатьох аспектах не відповідає вимогам реформ та світовим тенденціям правової глобалізації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У науковій літературі аналізу та порівнянню функціонування систем адміністративної юстиції зарубіжних країн присвячено дослідження В.Б. Авер'янова, К.В. Гутаріна, О.В. Кузьменко, Р.О. Куйбіди, В.К. Матвійчука, А.О. Селіванова, В.І. Шишкіна та інших.

Однак, незважаючи на існуючі наукові доробки, сутність та функціональне призначення принципу ефективного захисту прав і свобод особи в адміністративному судочинстві досі не були предметом окремого наукового дослідження.

Тому **метою статті** є з'ясування сутності та процесуального значення зазначеного принципу для адміністративного судочинства,

в умовах спрямованості держави на всебічний захист прав, свобод та інтересів у сфері публічно-правових відносин.

Виклад основного матеріалу. «Адміністративне судочинство є правовою конкретизацією конституційних прав і свобод особи» [1, с. 9]. У цій тезі вдало підкреслюється роль добре врегульованої адміністративної юстиції в забезпеченні прав і свобод особи.

У сучасному світі адміністративне судочинство є єдиним універсальним інститутом захисту законодавчо закріплених прав та законних інтересів громадян, що уособлює поєднання двох самостійних механізмів, а саме виконавчої та судової гілок влади [2, с. 117]. До того ж цей інститут визнається універсальним як у рамках національної правової системи, так і в масштабах загальносвітової системи.

Відомо, що для формування адміністративної юстиції в Україні було взято за основу працюючі правові системи розвинутих європейських країн: Німеччини, Франції, Польщі, а також кращий досвід судової практики, що формують європейську систему захисту прав людини. Отже, подальша реформа адміністративної юстиції неможлива без врахування досвіду країн Європейського Союзу.

Судовий адміністративний контроль формує повноцінний механізм захисту держави і суспільства від протиправних юридичних актів, рішень і дій органів публічної влади та посадових осіб.

Право на судовий захист в адміністративному судочинстві України в загальному вигляді закріплено в ч. 2 ст. 55 Конституції, а відповідно до ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України завданням адміністративного судочинства є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин.

Адміністративні суди покликані захищати права особи, і це їх основна функція, що пов'язано з реалізацією принципу захисту прав людини у суді.

Загалом, принципи адміністративного судочинства – це правові ідеї, обумовлені соціально-економічними та політичними засадами держави і суспільства, закріплені безпосередньо в правових нормах або випливають із їх змісту та відображають основні вимоги щодо справедливого розгляду і вирішення адміністративних справ.

Принципи адміністративного судочинства закріплені в Конституції України, Конвенції про захист прав людини і основних свобод та інших міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. Вони висловлюють правові погляди сучасного суспільства і держави на завдання, способи та засоби діяльності органів адміністративної юрисдикції на розгляд і вирішення ними адміністративних справ.

Ефективний захист прав і свобод є фундаментальним принципом, визнаним на міжнародному рівні, а також більшістю національних правових систем світу. Разом із правом на ефективний судовий захист він є важливим елементом демократичної підзвітності держави.

Цей принцип належить до широкої концепції, яка загалом охоплює різні елементи, зокрема доступ до правосуддя, право на ефективний правовий захист і принципи справедливої судового розгляду та належної судової процедури.

Концепція ефективного правового захисту глибоко вкоренилася в міжнародному праві, законодавстві Європейського Союзу та в прецедентному праві Європейського суду з прав людини.

Зокрема, у ст. 10 Загальної декларації прав людини (1948) передбачено право на судовий захист та встановлено окремі елементи права на доступ до правосуддя, а саме – право на розгляд справи прилюдно і з додержанням усіх вимог справедливості незалежним і неупередженим судом.

Принцип ефективного правового захисту згадується в Договорі про Європейський Союз (1992), де зазначено, що держави-члени повинні надати кошти, достатні для забезпечення ефективного правового захисту у сферах, на які поширюється дія права Союзу. Однак більшої конкретизації принцип отримав у ст. 47 та ст. 51 Хартії основних прав Європейського Союзу (2000) [1, с. 10].

У ст. 47 Хартії передбачено, що кожна людина, чії права та свободи, гарантовані правом Європейського Союзу, були порушені, має право на правовий захист у суді за умов дотримання передбачених статтею вимог. Кожна людина може вдатися до допомоги адвоката, захисника або призначити свого представника.

До того ж ст. 47 та ст. 52 Хартії змістовно відсилає до ст. 6 та ст. 13 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод (1950). Кожен має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження [3]. Закріплені в Конвенції загальні положення конкретизуються в резолюціях та рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи щодо вдосконалення законодавства держав-членів у сфері адміністративного судочинства.

У ч. 1 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (1966) також сформульовано кілька положень, що гарантують людині право на судовий захист і на доступ до суду (право на справедливий судовий розгляд), зокрема право на розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону.

Однак усі названі положення є декларативними та не розкривають значення і зміст ефективного захисту. Принцип ефективного судового захисту останнім часом набуває все більшої популярності в прецедентному праві. Він спрямований на забезпечення правового захисту і належної адміністративної процедури, додає змістовне навантаження принципу верховенства права, походить з нього та допомагає втілити останній у життя.

Водночас верховенство права включає зобов'язання дотримуватися неупередженої та справедливої адміністративної процедури [4, с. 85].

Принцип ефективного захисту закріплений прецедентним правом Європейського суду з прав людини, зокрема у справі Джонстона та інших 1986 року (№6/1985/92/139) [5], де було вперше зроблено спробу розтлумачити його зміст. А також у справі «Стенлі Адамс проти Комісії» (№145/83) [6], де Суд розробив тлумачення процедурних і основних прав.

Саме Європейський Суд створив позитивний обов'язок для країн-членів впровадити ефективні механізми і процедурні умови для збереження засобів захисту, призначених для забезпечення правового захисту зацікавлених сторін, які постраждали від порушення законодавства ЄС.

Загалом, ще починаючи з 1971 року, Європейський суд з прав людини постановив низку рішень у справах, пов'язаних із тлумаченням ст. 6 Конвенції та застосування її до адміністративних рішень країн, що підписали Конвенцію. Унаслідок цього було відкрито нову сферу впливу Суду на дії органів державної влади держав-членів спільноти [7, с. 137].

Хоча Європейський Союз не має єдиної адміністративної процедури, проте існують певні типові правила для Європейського Суду та найбільш важливі процесуальні гарантії, сформовані у національних інститутах, зокрема у французькому Conseil d'Etat [8].

Залишивши державам право самостійно визначати межі та процедуру контролю за адміністративними актами, Рада Європи виробила певні загальні стандарти адміністративного процесу з метою забезпечення права на захист у відносинах людини з адміністративною владою [7, с. 139].

Принцип ефективного захисту безпосередньо пов'язаний із принципом, відомим як національна процесуальна автономія (в інших перекладах функціональна та процедурна автономія). Загалом, зміст принципу такий: за відсутності уніфікованих правил з питання регулювання процедури держави-члени Союзу признають власні національні інститути, які мають юрисдикцію і повноваження визначати процедурні умови для забезпечення захисту прав, зокрема й від безпосереднього впливу закону Союзу [9, с. 51].

Принципом гарантується право держав самостійно визначати питання свого функціонування та організації, а також національні засоби правового захисту. Більш того, ефективність судового захисту (поряд з принципом еквівалентності) є умовою застосування названого загального принципу.

Загалом, принцип був витлумачений досить широко і включав: доступ до правосуддя, право на судовий перегляд і доступ до ефективного засобу правового захисту; право на справедливий судовий розгляд і принцип належної процедури; право на ефективний захист, зокрема право надавати докази і право бути вислуханим у суді [10, с. 105].

Національні суди зобов'язані тлумачити національне процесуальне право відповідно до вимоги принципу національної процесуальної автономії.

Проте останнім часом спостерігається заміна його значення шляхом відкидання вимог еквівалентності та ефективності і переходу до правозахисного підходу, заснованого на використанні принципів необхідності та пропорційності для поновлення прав особи.

Найбільш повно правову природу принципів еквівалентності та ефективності розкрито у справі C-432/05 Unibet21 [11]. Принцип найефективнішого правового захисту зображає загальний принцип, що лежить в основі конституційних традицій, спільних для держав-членів Союзу, – право на справедливий судовий розгляд (п. 38 Справи).

Усі держави-члени Союзу мають забезпечити ефективний судовий захист прав, визнаних відповідно до Статуту. Такий захист – це, перш за все, доступність засобів правового захисту для сторін адміністративного судочинства, для осіб, чії права порушені актом адміністративного органу.

Щодо національних судів, то принцип ефективного захисту спрямований на доступність засобів правового захисту від

передбачуваних порушень суб'єктивних, переважно майнових прав, та має пасивний характер. Тут не передбачено ефективних дій суб'єкта унаслідок порушення законних прав чи інтересів, лише гарантія надати усі можливі засоби для подальших ефективних дій. Отже, принцип ефективності забезпечує ефективний захист в адміністративному судочинстві.

Ефективний захист прав так чи інакше існує у всіх країнах як абстрактна гарантія або як конституційний принцип.

Загальними функціями правового захисту є: захист прав і законних інтересів громадян (і організацій) проти свавілля державних органів; забезпечення доступу осіб до ефективних засобів захисту порушених прав.

Різні інструменти правового захисту можуть бути використані для захисту суб'єктивних прав особи; наприклад, у деяких країнах конституційне право громадян на оскарження дій уряду є цінним інструментом для захисту і забезпечення дотримання індивідуальних прав, в інших захист прав покладається на прокурора. У цьому контексті захист має юридичний характер, це означає, що він здійснюється не лише установами, а також й іншими засобами, наприклад, шляхом демократичної підзвітності, морального зобов'язання або інших неформальних правил.

Класичною формою правового захисту є судовий захист, але поняття ефективного захисту має більш глибокий зміст, адже забезпечується не тільки судовими інструментами, але й загальними принципами, матеріальними та процесуальними правами й інституційними гарантіями (наприклад, захист прав омбудсменом).

У той час як правовий захист вже давно є усталеною концепцією в національних системах адміністративного судочинства, вимога «ефективності» не завжди існувала в законодавстві ЄС.

Загалом, адміністративна юстиція забезпечує деякий захист приватних інтересів, навіть якщо вони не вказані як конкретне юридичне право. Насправді, не тільки окремі особи або групи людей, а й юридичні особи можуть брати участь в адміністративних процедурах і мають право на захист, адже вони можуть також мати певні права і законні інтереси.

Засоби ж правового захисту гарантуються, зазвичай, проти адміністративних актів.

Основні компоненти ефективного захисту аналогічні, незважаючи на правові традиції (навіть, якщо це французьке «droit administratif» чи англійське «administrative law», або німецьке «Verwaltungsrecht») [1, с. 10].

Зокрема у Франції, незважаючи на те, що закон прямо не закріпив принцип ефективного правового захисту, він впливає із певних загальних принципів.

Французьке законодавство не гарантує процесуальні права. Причина цього полягає в тому, що у французькому підході закон розглядається як об'єктивний порядок, спрямований на цілі ефективного управління. Проте принципи ефективного засобу правового захисту, ефективного захисту прав і справедливого судового розгляду визнають і охоплюють такі вимоги:

- рівні права доступу до адміністрації і адміністративних документів;
- право на обґрунтування судових рішень і обов'язок адміністративних органів обґрунтовувати свої рішення;
- принцип рівності сторін у змагальному адміністративному провадженні;
- право бути вислуханим;
- право на засоби правового захисту та доступу до судів, де незалежні і неупереджені судді вирішують справи в розумні

терміни (такі права фактично є змістовними складовими ефективного захисту [1, с. 29].

Французьке адміністративне право, по суті, ґрунтується на прецедентному праві, що створює певні проблеми для доступності закону.

Теперішня французька модель організації адміністративної юстиції є притаманною не тільки для Франції, а й для Німеччини, Бельгії, Італії, Нідерландів, Люксембурга, Греції та інших розвинених країн [2, с. 112].

В Іспанії принципи рівності й ефективного захисту прав в адміністративному судочинстві є принципами конституційного значення, що гарантують право на ефективний правовий захист [12].

У Німеччині діяльність адміністративних судів закріплена у Конституції Федеративної Республіки і становить ефективну модель реалізації права громадянина на судовий захист від порушення його прав державною владою [2, с. 110].

В Угорщині історія розвитку принципу ефективного правового захисту починається з другої половини дев'ятнадцятого століття, в часи подвійної монархії з Австрією. І хоча принцип ефективного захисту досі не має самостійного законодавчого закріплення, проте впливає з принципу справедливого судового розгляду, закріпленого на Конституційному рівні [13]. Відповідно до положень Конституції будь-яка (фізична або юридична) особа, права або законні інтереси якої були безпосередньо порушені адміністративним актом, може оскаржити його в суді.

Обов'язковістю є існування в законодавстві Угорщини трьох типів конституційних скарг. Система «actio popularis» означає юридичну можливість будь-кого звернутися до Конституційного суду, стверджуючи, що закон, правове становище або правове регулювання загалом суперечить конституційним положенням, і вимагати анулювання рішення, дії чи акту [13, с. 170].

Метою конституційної скарги також є захист особи від порушення прав, зокрема у ході судового процесу або адміністративної процедури.

Серед прав на захист також передбачено механізм звернення до омбудсмена. Уповноважений з основних прав і свобод (парламентський омбудсмен) може ініціювати процедуру для «ex-post facto» перегляду закону в Конституційному суді.

Уповноважений з прав людини має широкі повноваження з розслідування роботи адміністративних органів, а також може ініціювати різні процедури для відшкодування збитків чи поновлення прав або законних інтересів громадян [13, с. 170].

Водночас прокурор зобов'язаний контролювати законність остаточних або нормативних рішень, прийнятих адміністративними органами в разі, якщо скарга на рішення не була розглянута судом.

Висновки та пропозиції. Принцип ефективного захисту прав настільки глибоко вкоренився у законодавстві ЄС, що деякі науковці певні: він має квазі-конституційний статус.

Усі відповідні частини законодавства ЄС беруть свій початок із загальних конституційних традицій держав-членів, як це чітко визнається і установчими документами європейської інтеграції і в практиці європейських судів.

Загалом, принцип ефективного захисту передбачає можливість особи, чії права або інтереси були порушені органами державного управління, використати усі наявні та гарантовані державою правові засоби ефективного захисту для поновлення своїх прав; оскаржити адміністративні акти у суді, подавати власні докази у ході провадження, та, загалом, своїми ефективними діями сприяти відновленню справедливості.

У кожній державі принцип ефективного захисту прав і свобод реалізується різними правовими способами і в різних сферах, залежно від моделі організації адміністративної юстиції. Для успішної правової реформи та євроінтеграції України важливо врахувати практику європейських держав із захисту прав особи у відносинах з органами публічної влади для внесення змін у чинне законодавство.

Варто зауважити, що позитивний досвід та високі стандарти європейських держав вже поступово запроваджуються в процесі нормотворення у Кодекс адміністративного судочинства.

Однак закріплення основних засад діяльності адміністративних судів на конституційному рівні (наприклад, Франції, Німеччини, Угорщини та інших країн) сприятиме реалізації принципів, установлених положеннями міжнародних документів. Водночас адміністративним судам повинна бути забезпечена відокремленість від загальних судів та судовська незалежність під час розгляду публічно-правових спорів.

Література:

1. The Principle of Effective Legal Protection in Administrative Law: A European Perspective Routledge // London: Routledge, 2016. – 416 p. [Electronic resource] – Available at : https://www.google.com.ua/search?hl=ru&tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Konrad+Lachmayer%22&source=gbs_metadata_r&cad=7. □
2. Захист прав людини в адміністративному судочинстві : сучасний стан і перспективи розвитку в Україні : збірник матеріалів міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 10-річчю процесуальної діяльності адміністративних судів України (Київ, 1–2 жовтня 2015 р.) / за заг. ред. О.М. Нечитайла. – К. : Ваіте, 2015. – 448 с.
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод / Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
4. Jürgen Schwarze Judicial Review of European Administrative Procedure / Jürgen Schwarze // Law and Contemporary Problems. The Administrative Law of the European Union (Winter, 2004). – Vol. 68, No. 1. – P. 85–105.
5. Case of Johnston and Others // Women's Link Worldwide [Electronic resource] – Available at : http://www2.womenslinkworldwide.org/wlw/admin/fileFS.php?table=decisiones_documentos&field=es_archivo&id=185.
6. Adams St. G. Commission of the European Communities / Stanley George Adams [Electronic resource]. – Available at : <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dc476ded761f14400f8ca7bcf8d1073b0b.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMchf0?text=&docid=92701&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=47890>.
7. Андруневчин О.М. Європейські стандарти захисту прав і свобод громадян та їх застосування в адміністративному судочинстві України / О.М. Андруневчин // Науковий Вісник. – 2009. – № 4. – С. 136–144.
8. Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States: A Comparative Analysis Ius Commune reeks Ius commune europaeum / René Seerden. – Intersentia nv, 2002 – 360 p.
9. Anthony Arnall. The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse? / Arnall Anthony // European Law Review. – Issue 1. – 2011 [Electronic resource]. – Available at : https://www.researchgate.net/publication/290568823_The_Principle_of_Effective_Judicial_Protection_in_EU_law_An_Unruly_Horse.

10. Linda Maria Ravo. The role of the Principle of Effective Judicial Protection in the EU and its Impact on National Jurisdictions / Linda Maria Ravo // Sources of Law and Legal Protection (Triestine Lecture; 1), EUT Edizioni Università di Trieste. – 2012. – P. 101–125.
11. Deok Joo Rhee. The principle of effective protection: reaching those parts other [principles] cannot reach? / Deok Joo Rhee // Athens, 2011 [Electronic resource]. – Available at : <http://www.adminlaw.co.uk/docs/sc%2012%20Deok%20Joo%20Rhee.pdf> – 29 p.
12. Administrative Justice in Europe – Report for Spain [Electronic resource]. – Available at : http://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/spain/spain_en.pdf.
13. Fruzina Gárdos-Orosz The principle of effective legal protection in Hungarian administrative law / Fruzina Gárdos-Orosz and István Temesi // Effective legal protection in Hungarian law. – P. 158–173.

Капля О. Н. Реализация принципа эффективной защиты прав и свобод личности в административном судопроизводстве стран Европейского союза

Аннотация. В статье проанализированы наиболее актуальные аспекты принципов административного судопроизводства. Путем сравнения судебной практики Евросоюза и законодательства развитых европейских государств дана характеристика принципа эффективной защиты прав и свобод. Выяснены сущность и процессуальное значение принципа для административно-процессуального регулирования в сфере публично-правовых отношений. Определено место принципа эффективной защиты в системе принципов административного судопроизводства.

Ключевые слова: эффективная защита прав и свобод, административное судопроизводство, эффективная судебная защита, национальная автономия, административный суд.

Kaplia O. Realizing the principle of effective protection of rights and freedoms in administrative courts of EU countries

Summary. In the article author analyzes the most relevant aspects of the principles of administrative legal proceedings. By comparing the jurisprudence of the European Union and the legislation of developed European states, the principle of active protection of rights and freedoms is given. The essence and procedural value of the principle for administrative procedural regulation in the sphere of public legal relations are clarified. The place of the principle of active protection in the system of principles of administrative justice is determined.

Key words: effective protection of rights and freedoms, administrative legal proceedings, effective judicial protection, national autonomy, administrative court.

*Єрмоленко-Князева Л. С.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри менеджменту, економіки та права
Кіровоградської льотної академії
Національного авіаційного університету*

ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ З ІНШИМИ ВИДАМИ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Анотація. Стаття присвячена співвідношенню дисциплінарної відповідальності з іншими видами юридичної відповідальності. Проаналізовано певні проступки, які вказують на те, що їх склад інколи може підпадати як під дисциплінарний, так і під адміністративний проступок. Автор акцентує увагу на розкритті сутності і змісту дисциплінарної відповідальності.

Ключові слова: дисциплінарний проступок, дисциплінарна відповідальність, службова відповідальність.

Постановка проблеми. Досліджується взаємозв'язок дисциплінарної відповідальності з іншими видами юридичної відповідальності.

Стан дослідження. Зауважимо, що проблема сутності різних видів юридичної відповідальності, таких, зокрема, як конституційна, еколого-правова, фінансова, водно-правова, земельно-правова тощо, є предметом дослідження багатьох сучасних науковців, а саме: І.Л. Бородин, Ю.П. Битяк, В.М. Гарашук, В.В. Зуй, Н.М. Неумивайченко, Н.П. Матюхіна, О.В. Петришин, В.П. Петков, Г. Угрюмова, О.І.Щербак, В.В. Цветков, В.І. Щербина, О.М. Ярошенко та ін., що свідчить про його актуальність.

Проте сьогодні загально визнаними та найбільш поширеними видами юридичної відповідальності є кримінальна, адміністративна, дисциплінарна і цивільно-правова.

Розкриваючи сутність та зміст дисциплінарної відповідальності, зокрема й державних службовців, акцентуємо увагу на питанні співвідношення дисциплінарної відповідальності з іншими видами юридичної відповідальності, що сприятиме більш ґрунтовному дослідженню її особливостей.

Виклад основного матеріалу. Дисциплінарну відповідальність можна поділити на окремі види – трудову дисциплінарну відповідальність та службову дисциплінарну відповідальність, оскільки дисциплінарна відповідальність пов'язана безпосередньо з порушенням трудової або службової дисципліни.

Однак при цьому слід зауважити, що відносини у сфері трудових і службових обов'язків регулюються в основному владними методами, найбільш характерними для адміністративного права. До того ж більшість службових відносин одночасно охороняються адміністративно-правовими і дисциплінарними (за трудовим правом) санкціями, що можуть бути застосовані під час одного й того ж правопорушення [1, с. 48–49].

Отже, інститут дисциплінарної відповідальності найбільш наближений до адміністративного права. Однак зауважимо, що ці види юридичної відповідальності мають суттєві відмінності, тому питання їх розмежування й до сьогодні залишається дискусійним, що пов'язано, насамперед, із визначенням ознак, які є підставами для їхнього поділу. Наприклад, О.С. Літошенко, аналізуючи погляди вітчизняних та зарубіжних науковців, по-

діляє відповідальність на окремі види за галузевим критерієм, тобто з урахуванням того, до якої галузі права вона належить. Залежно від цього він виокремлює кримінально-правову, цивільно-правову, адміністративно-правову, матеріальну і дисциплінарну відповідальність. До того ж науковець розрізняє відповідальність за порядком притягнення до неї – відповідальність, накладена судовими органами, і відповідальність, застосована в адміністративному порядку [1, с. 50–51]. Однак класифікація видів відповідальності за галузевою ознакою є, на наш погляд, не досить вдалою, оскільки не вирішує проблеми їхнього розмежування.

Рисами дисциплінарної відповідальності, які відрізняють її від інших видів юридичної відповідальності, є наявність відносин «влади-підпорядкування», а також її застосування без рішення суду на підставі вчинення дисциплінарного проступку [2, с. 278]. З приводу цього варто зазначити, що дисциплінарна відповідальність може наставати за вчинення особою проступку, який ганьбить її як державного службовця чи дискредитує державний орган, в якому вона працює [3, с. 155].

Відзначимо, що найбільш схожим до дисциплінарної є такий різновид юридичної відповідальності, як адміністративна відповідальність. Зажаючи на це, деякі науковці виокремлюють юридико-фактичні та нормативні підстави дисциплінарних та адміністративних проступків. Так, О.С. Літошенко [1, с. 53] визначає, що нормативні підстави визначені відмінностями в законодавстві, яким вони регламентуються. Дисциплінарні проступки повністю чи частково закріплені в нормах адміністративного, трудового, аграрного (земельного), кримінально-виконавчого права, а адміністративні – в адміністративному законодавстві.

Водночас, на відміну від адміністративного, дисциплінарне законодавство не дає визначення дисциплінарного проступку та майже не містить конкретних його складових, що є прогалиною у вітчизняному законодавстві [4, с. 69].

В основу розмежування дисциплінарної відповідальності від інших видів юридичної відповідальності доцільно покласти наявні в нормативно-правових актах України ознаки, які характеризують правопорушення (проступок). До ознак правопорушення належать суспільна небезпека, протиправність, винність, караність. Склад правопорушення містить об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єкт, суб'єктивну сторону.

Розглядаючи суспільну небезпеку як ознаку правопорушення, деякі автори відзначають, що дисциплінарні й адміністративні проступки є незлочинними правопорушеннями і, зазвичай, не є суспільно небезпечними [5, с. 53]. До специфічних ознак адміністративної відповідальності варто віднести, насамперед, те, що її підставою є особливий вид правопорушення – адміністративний проступок [6, с. 21–36]. Формально відрізняє адміністративну відповідальність від інших видів юридич-

ної відповідальності характер стягнень. Найбільш поширені дисциплінарні стягнення – це догана, сувора догана, звільнення з роботи, а також попередження про неповну посадову відповідальність та затримка у призначенні на вищу посаду [2, с. 279]. Вони спрямовані на поновлення порушеної дисципліни та стимулювання порушника в подальшому утримуватися від вчинення протиправної дії чи бездіяльності.

Матеріальна відповідальність передбачає виключно майнові санкції. Законні інтереси працівників гарантуються шляхом встановлення відповідальності тільки за пряму дійсну шкоду, яка передбачена у законодавстві, і за умови, коли така шкода заподіяна підприємству винними протиправними діями (бездіяльністю) працівника. Ця відповідальність, на відміну від інших видів відповідальності, накладається незалежно від притягнення працівника до дисциплінарної, адміністративної чи кримінальної відповідальності [7, с. 394].

Адміністративна відповідальність виражається у застосуванні певних видів адміністративних стягнень у тих правових системах, де існує так зване «адміністративно-кримінальне право», що характеризує наявність законів, які передбачають адміністративну відповідальність як за управлінські, так і за кримінальні проступки [2, с. 279]. Через це в межах адміністративно-деліктного законодавства окреслено низку кримінальних проступків та передбачено адміністративні стягнення кримінального характеру: громадські роботи, виправні роботи, адміністративний арешт тощо. Отже, схожими видами стягнень, що формально об'єднують ці види юридичної відповідальності, є адміністративне попередження та дисциплінарна догана.

Окрему об'єднуюча та водночас відмінну ознаку цих видів юридичної відповідальності становить суспільна небезпека, а саме її ступінь. Від кримінальної відповідальності дисциплінарна відрізняється тим, що перша застосовується за діяння, які вважаються суспільно небезпечними, а її основною формою є застосування кримінального покарання [2, с. 277]. Ступінь суспільної безпеки в адміністративному правопорушенні визначається його протиправністю. У дисциплінарному проступку протиправність часто не має конкретного характеру, вираженого в чітко сформульованому складі, крім деяких ustalених проступків, як-от прогул, поява на роботі в нетверезому стані [5, с. 53].

Зауважимо також, що однією з обов'язкових ознак як дисциплінарного, так і адміністративного проступків є караність. Вона виявляється у застосуванні відповідних стягнень, визначених чинним законодавством України, у разі притягнення винної особи до адміністративної чи дисциплінарної відповідальності.

Караність як ознака юридичної відповідальності властива також і адміністративній, і дисциплінарній відповідальності. При цьому в кожному із цих видів юридичної відповідальності вона має певну специфіку, яка залежить від характеру правопорушення, а також суб'єкта відповідальності та відображається у системі відповідних стягнень [5, с. 57].

Отже, слід зауважити, що фактичні підстави розмежування адміністративної відповідальності від дисциплінарної, насамперед, пов'язані з різними об'єктами протиправних посягань.

Істотним критерієм розмежування дисциплінарної та адміністративної відповідальності є ознаки складу правопорушення, до яких належать об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона.

Окремі науковці вважають, що загальним об'єктом дисциплінарного проступку є суспільні відносини, які виникають

у процесі спільної праці та врегульовані нормами трудового права. Безпосереднім об'єктом порушення трудової дисципліни можуть бути окремі елементи внутрішнього трудового розпорядку, які стосуються порядку оформлення трудового договору, виконання трудових обов'язків, оцінки трудової діяльності працівника, загальних правил поведінки, охорони майна підприємства тощо [8, с. 48–52]. Інші науковці, ототожнюючи дисциплінарний проступок з трудовим правопорушенням, зазначають, що об'єктом трудового правопорушення є трудові та пов'язані з ними інші правовідносини, які зазвичай охороняються правилами внутрішнього трудового розпорядку.

Більш детально об'єкт дисциплінарного проступку характеризують К.В. Коваленко та К.Ю. Мельник. Так, К.В. Коваленко визначає загальний об'єкт дисциплінарного проступку, яким є трудові відносини, що виникають у процесі виробництва, передусім ту їх частину, яка регулюється нормами трудового законодавства та суміжних галузей права. К.Ю. Мельник виокремлює безпосередній об'єкт дисциплінарного проступку, яким є відносини, що виникають у процесі виконання працівником своїх трудових обов'язків, передбачених правилами внутрішнього трудового розпорядку певних підприємств та іншими нормативно-правовими актами. У наведеному тлумаченні акцентується увага безпосередньо на правилах внутрішнього трудового розпорядку, які мають специфіку залежно від галузі виробництва. Водночас ці локальні правові норми базуються на дисциплінарних статутах та узагальнених правилах внутрішнього розпорядку, затверджених на рівні центральних органів виконавчої влади.

Тому дисциплінарна відповідальність, як зазначає О.С. Літошенко, здебільшого обмежується внутрішньоуправлінськими та трудовими відносинами. Зважаючи на це, до проступків, за скоєння яких зазвичай настає адміністративна відповідальність, необхідно віднести, наприклад, безквитковий проїзд у громадському транспорті, порушення правил рибного лову, правил полювання, торгівлі, митних та інших правил. До проступків, за скоєння яких настає дисциплінарна відповідальність, належать прогул, запізнення на роботу, передчасне залишення місця роботи, відмову від виконання роботи, невиконання розпоряджень адміністрації тощо [2, с. 58].

Узагальнюючи викладене, адміністративним правопорушенням, суб'єктом вчинення якого є державний службовець, можна вважати протиправну, винну, умисну чи необережну дію або бездіяльність, скоєну особою, що наділена державно-владними повноваженнями, внаслідок якої було заподіяно матеріальну або моральну шкоду особі чи суспільству [9, с. 768].

Водночас дисциплінарний проступок – це порушення загальностворених зобов'язань, передбачених законодавством та деталізованих у правилах внутрішнього трудового розпорядку, за яке на державного службовця накладається дисциплінарне стягнення.

Аналізуючи певні проступки, можна дійти висновку, що їх склад інколи може підпадати як під дисциплінарний, так і під адміністративний проступок. Це пов'язано з певними службовими повноваженнями суб'єкта проступку. Так, відповідно до статті 14 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) посадові особи притягуються до адміністративної відповідальності за адміністративні правопорушення, пов'язані з недотриманням установлених правил у сфері охорони порядку управління, державного і громадського порядку, охорони природи, здоров'я населення та інших правил, виконання яких належить до їх службових обов'язків. Викладене

дає підстави стверджувати, що адміністративне правопорушення, вчинене посадовою особою, водночас є і дисциплінарним проступком, оскільки пов'язане з неналежним виконанням службових обов'язків. Тому не є виключенням притягнення її до двох видів юридичної відповідальності – адміністративної та дисциплінарної, однак це питання у кожному разі має вирішуватися індивідуально [10, с. 29].

Об'єктивною стороною будь-якого правопорушення є, власне, поведінка суб'єкта, тобто протиправне діяння, що виражається у формі дії чи бездіяльності. Саме тому зовсім не випадково Н.П. Матюхіна зазначає, що за об'єктивними показниками дисциплінарний проступок є протиправною дією, яка здійснюється шляхом активної дії або бездіяльності [11, с. 109]. Об'єктивна сторона дисциплінарного проступку характеризується ознаками, які становлять цю складову адміністративного проступку: дія чи бездіяльність, наявність шкідливих наслідків, причинний зв'язок між діянням правопорушника та наслідками, час, місце, знаряддя, спосіб учинення. Посягаючи на ті чи інші охоронювані правом суспільні відносини, особа порушує відповідні приписи, тобто дозволяє поведінку, заборонену законом.

Характеризуючи суб'єктів адміністративних та дисциплінарних правопорушень, зазначимо, що у правовідносинах щодо дисциплінарної відповідальності беруть участь два суб'єкти: суб'єкт відповідальності та суб'єкт дисциплінарної влади.

Отже, істотною особливістю дисциплінарної відповідальності є те, що її суб'єкти перебувають у відносинах підпорядкованості: особа, що вчинила проступок, підпорядкована органу або особі, що застосовує захід дисциплінарного впливу.

Аналізуючи склад адміністративного та дисциплінарного проступку, слід звернути увагу на визначену у законодавстві систему стягнень цих видів юридичної відповідальності, які відрізняються за видами, характером, ступенем важливості. Відповідно до статті 24 Кодексу України про адміністративні правопорушення до видів адміністративних стягнень віднесено: попередження; штраф; оплатне вилучення предмета, який став знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення; конфіскація предмета, який став знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення; позбавлення спеціального права, наданого громадянину; виправні роботи; адміністративний арешт.

Законами може бути встановлено й інші види адміністративних стягнень, які визначені в межах законодавства України про адміністративні правопорушення.

Від цивільної відповідальності дисциплінарна відрізняється своїм публічним характером і сферою застосування, тобто санкціонується державою, застосовується у публічно-правових відносинах. До того ж вона, зазвичай, не передбачає майнових стягнень [2, с. 278].

Враховуючи викладене, слід констатувати, що дисциплінарна та цивільна відповідальність доповнюють одна одну, що створює комплексний інститут юридичної відповідальності.

Дослідження співвідношення кримінальної та дисциплінарної відповідальності свідчить, що перша застосовується за діяння, які визначаються суспільною небезпекою, а її основною формою є застосування кримінальних покарань – найбільш суворих заходів державного примусу.

Актуальним сьогодні є також питання про співвідношення дисциплінарної і трудової відповідальності, яка є предметом дослідження багатьох науковців. Так, наприклад, В.С. Венедиктов зауважує, що трудова відповідальність — це відповідаль-

ність, яка виникає у процесі праці, пов'язана з реалізацією права на працю. Водночас він погоджується з тим, що в трудовому законодавстві це питання досліджено недостатньо.

Отже, трудова і дисциплінарна відповідальність мають багато спільних ознак, оскільки дисциплінарна відповідальність, згідно з чинним законодавством України, розглядається як винне порушення трудової дисципліни і службових обов'язків. А трудова дисципліна як інститут трудового права – це сукупність правових норм, що регулюють внутрішній трудовий розпорядок, встановлюють трудові обов'язки сторін трудового договору, визначають заходи заохочення та відповідальності, які складають механізм забезпечення виконання таких обов'язків. Отже, на сьогодні трудова відповідальність містить частково ознаки дисциплінарної та матеріальної відповідальності.

Досліджуючи співвідношення дисциплінарної і службової відповідальності наголосимо, що дисциплінарна відповідальність державного службовця як складова його адміністративно-правового статусу настає не за будь-яке службове правопорушення, а тільки за невиконання чи неналежне виконання службових обов'язків, які визначають його адміністративно-правовий статус.

Висновки. Враховуючи викладене слід зазначити, що:

- 1) порядок притягнення до дисциплінарної відповідальності істотно відрізняється від кримінального та цивільного процесу, а також адміністративного провадження;
- 2) дисциплінарні проступки безпосередньо або опосередковано закріплені в нормативних актах адміністративного, трудового, кримінально-виконавчого та інших галузей права;
- 3) спільними ознаками адміністративних та дисциплінарних правопорушень є: незлочинність цих правопорушень; їх розслідування, застосування санкцій за їх скоєння здійснюється у процесі виконавчо-розпорядчої діяльності; рівнозначний ступінь їх суспільної небезпеки; винність, протиправність, караність. Відмінність між ними полягає у тому, що вони мають різну правову природу; регулюються різними нормами права; дисциплінарний проступок – завжди порушення встановленої в організації дисципліни, адміністративне ж правопорушення полягає у порушенні загальнообов'язкових правил, встановлених для всіх громадян; за дисциплінарні проступки санкції до винного застосовуються керівником того колективу, членом якого є правопорушник (директором підприємства, ректором вузу, командиром частини), або вищим керівником, за адміністративні правопорушення стягнення накладаються суб'єктом функціональної влади; за дисциплінарні проступки накладаються дисциплінарні стягнення, за адміністративні – адміністративні стягнення;
- 4) дисциплінарна та цивільна відповідальність якісно відрізняються одна від одної. Дисциплінарна відповідальність санкціонується державою, застосовується у публічно-правових відносинах, не передбачає майнових санкцій, характерні відносини «влади – підпорядкування», відбувається без рішення суду;
- 5) від кримінальної відповідальності дисциплінарна відрізняється тим, що перша застосовується за діяння, які визнаються суспільно небезпечними. При цьому необхідно враховувати елементи суспільної небезпеки: її ступінь (обсяг), а також кількісний фактор (повторюваність, рецидив);
- 6) трудова і дисциплінарна відповідальність мають багато спільних рис, наразі трудова відповідальність містить частково ознаки дисциплінарної відповідальності і частково ознаки матеріальної відповідальності;

7) аналізуючи співвідношення дисциплінарної і службової відповідальності, звертаємо увагу на те, що дисциплінарна відповідальність державного службовця як складова його адміністративно-правового статусу настає не за будь-яке службове правопорушення, а тільки за невиконання чи неналежне виконання службових обов'язків, які визначають його адміністративно-правовий статус.

Література:

- Літошенко О.С. Адміністративна відповідальність в системі юридичної відповідальності : дис. канд. юрид. наук : 12.00.07 / О.С. Літошенко. – К., 2004. – 199 с.
- Онщенко Н.М. Юридична відповідальність : проблеми виключення та звільнення : монографія / Н.М. Онщенко, А.Є. Шевченко, О.В. Скрипнюк та ін. – Донецьк : ПП «ВД Кальміус», 2013. – 424 с.
- Ківалов С.В. Адміністративне право України : підручник / за заг. ред. С.В. Ківалова. – Одеса : Юридична література, 2003. – 893 с.
- Попов С.В. Увольнение работников органов внутренних дел за нарушения дисциплины и законности : дис. канд. юрид. наук : 12.00.05 / С.В. Попов. – Х., 2001. – 186 с.
- Літошенко О.С. Адміністративна відповідальність в системі юридичної відповідальності : дис. канд. юрид. наук : 12.00.07 / О.С. Літошенко. – К., 2004. – 199 с.
- Бахрах Д.Н. Административная ответственность граждан в СССР : учебное пособие / Д.Н. Бахрах. – Свердловск : Изд-во Уральск. ун-та, 1989. – 204 с.
- Рогань В.Г. Науково-практичний коментар законодавства України про працю : 15-те вид., допов. та перероб. / В.Г. Рогань. – К. : Атіка, 2013. – 686 с.
- Коваленко К.В. Правове регулювання дисциплінарної відповідальності працівників органів внутрішніх справ : дис. кандидата юрид. наук : 12.00.05 / К.В. Коваленко. – Х., 2009. – 215 с.
- Петков С.В. Римське право як основа для побудови сучасної ефективної публічно-правової моделі відносин між владою та громадянином : питання юридичної деліктології / С.В. Петков // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 756–770 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-1/11pcvpjd.pdf>
- Каложний Р.А. Кодекс України про адміністративні правопорушення : науково-практичний коментар / Р.А. Каложний, А.Т. Комзюк, О.О. Погрібний та ін. – 2-ге вид. – К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 655 с.
- Матюхіна Н.П. Управління персоналом органів внутрішніх справ України : організаційно-правові засади : дис. д-ра юрид. наук : 12.00.07 / Н.П. Матюхіна. – Х., 2002. – 437 с.

Ермоленко-Князева Л. С. Взаимосвязь дисциплинарной ответственности с другими видами юридической ответственности

Аннотация. Статья, посвященная соотношению дисциплинарной ответственности с другими видами юридической ответственности. Проанализировано определенные проступки, которые говорят о том, что их состав иногда может подпадать как под дисциплинарный, так и под административный проступок. Автор акцентирует внимание на раскрытии сущности и содержания дисциплинарной ответственности.

Ключевые слова: дисциплинарный проступок, дисциплинарная ответственность, служебная ответственность.

Yermolenko-Kniazieva L. Intercommunication of disciplinary responsibility with other types of legal responsibility

Summary. The article is sanctified to correlation of disciplinary responsibility with other types of legal responsibility. Certain misconducts, that specify on that their composition sometimes can fall both under disciplinary and under administrative misconduct, are analysed. An author accents attention on opening of essence and maintenance of disciplinary responsibility.

Key words: breach of discipline, disciplinary responsibility, official responsibility.

*Єрмоленко-Князева Л. С.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри менеджменту, економіки та права
Кіровоградської льотної академії
Національного авіаційного університету*

СТАНОВЛЕННЯ ТА СУЧАСНІ КОНЦЕПЦІЇ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Анотація. У статті розглянуто історичний розвиток становлення дисциплінарної відповідальності. Проаналізовано історичні періоди дисциплінарної відповідальності. Автор акцентує увагу на розкритті сутності і змісту історичного розвитку інституту дисциплінарної відповідальності державних службовців.

Ключові слова: відповідальність, дисциплінарна відповідальність, державний службовець.

Постановка проблеми. Метою є дослідження генези та сучасних концепцій дисциплінарної відповідальності.

Стан дослідження. Аналіз будь-якого правового інституту, зокрема й дисциплінарної відповідальності державних службовців, потребує дослідження його еволюційних ознак, які відбиваються у нормах права і в юридичній практиці. Дисциплінарна відповідальність державних службовців стала предметом обговорення лише після остаточного формування її інститутів, державної служби і відповідальності загалом. Теоретичною основою дослідження загальних питань сутності юридичної відповідальності стали праці В.Б. Авер'янова, О.Ф. Андрійко, О.П. Альохіна, С.С. Алексєєва, В.К. Андрєєва, Б.Т. Базилєва, О.М. Бандурки, Д.М. Бахраха, В.М. Бєвзенко, К.С. Бельського, Ю.П. Битяка, А.С. Васильєва, І.П. Голосніченка, Р.А. Калужного, С.В. Ківалова, Л.Є. Кисіль, Л.В. Коваля, В.К. Колпакова, Д.М. Лук'янця, Н.С. Малєїна, В.М. Манохіна, В.М. Марчука, Н.П. Матюхіної, Н.Р. Нижник, Д.М. Овсянка, В.Ф. Самошенка, Ю.О. Тихомирова, О.М. Якуби та ін.

Виклад основного матеріалу. Досліджуючи інститут відповідальності, відзначимо, що за джерелами виникнення вона є поняттям, яке має моральний зміст і водночас – правове призначення [1; с. 252]. Споконвічно сутністю інституту відповідальності було застосування справедливого покарання до винної особи. Як зазначає Т. Гоббс, «істотною особливістю покарання є те, що воно – це зло, яке заподіюється з боку державної влади» [2, с. 244].

Формування і становлення інституту відповідальності відбувалося протягом тривалого часу, який можна поділити на декілька періодів. Початок I періоду – античного – можна умовно пов'язати із судом над Сократом в Афінах у 399 р. до н.е. Платонівсько-стоїчна філософія та процес над Сократом мали істотне значення для зародження і розвитку концепції відповідальності. Процес над Сократом став прикладом реакції суспільства і держави на соціально шкідливе людське діяння як підстави настання відповідальності. Аристотель, вирішуючи питання про волю людини [3, с. 12], відзначав, що законслухняний громадянин повинен мати здатність розрізняти гарне і погане, а також здатність вибирати між ними, тобто обирати правильний варіант поведінки відповідно до об'єктивних морально-правових категорій [1, с. 11].

Античні філософи розглядали відповідальність як складову категорій «справедливість», «розумність» та тлумачили її як необхідну поведінку, як неухильне виконання законів. Більш широке теоретичне обґрунтування відповідальності отримала в середині XIX ст., зокрема в роботі Л. Феєрбаха «Про спіритуалізм і матеріалізм», який визначав, що первісною була форма зовнішньої відповідальності, яка поступово перетворилася на внутрішню форму у процесі становлення людини як особистості [4, с. 23].

Основні положення давньогрецьких і давньоримських філософів про відповідальність згодом були розвинені авторами Нового Завіту та у творах християнської церкви, які поєднали елементи цього механізму з догматами про єдиного Бога і майбутній суд [5, с. 59]. Євангельський Логос стає частиною реального життя християн, предметом віри народних мас, що зобов'язував кожного християнина постійно звітувати про свої вчинки, оцінював і визначав його поведінку [3, с. 13].

Запровадження християнської концепції стало поштовхом до більш гуманного ставлення до людини. Центральним у ній стає такий елемент, як «звіт – відповідь – пояснення», що дало процесуальності стрункості й завершеності християнській концепції відповідальності, а у подальшому дало назву інституту відповідальності.

Отже, в античний період інститут відповідальності не тільки мав каральне значення, але й забезпечував права обвинувачуваного: бути вислуханим, доводити свою невинуватість, заявляти клопотання, тобто одержувати деякі гарантії проти необґрунтованого карального впливу [3, с. 14].

Виникнення державної служби як самостійного виду державної професійної діяльності у другій половині XVII століття в Європі, зокрема у Німеччині та Франції [6, с. 142–145], поклато початок II періоду формування і становлення інституту відповідальності – становлення права Російської імперії на теренах України. До сьогодні інститут державної служби еволюціонував в одну з підвалин демократичної правової держави, важливу гарантію ефективного функціонування державного механізму.

Із XVII ст. до початку XIX ст. відбувалося становлення законодавчих вимог до проходження служби в державних органах, визначалися складові їх правового статусу.

Уперше поняття «відповідальність» розглядалось галуззю права, як-от державне право, пізніше, в XIX ст., цим поняттям послуговувалися інші галузі права, зокрема цивільне і кримінальне. У науку адміністративного права та законодавства воно увійшло в XX столітті [1, с. 16]. У цей період відповідно до закону від 24 січня 1722 року «Табель о рангах всех чинов воинских, статских и придворных, которые в каком классе чины» [7, с. 142–143] було здійснено перший формально-юридичний поділ державної служби на три види: військова, цивільна й придворна. До того ж Петро I затвердив Генеральний регламент

1720 року, в якому було викладено перелік службових правопорушень, за які чиновники притягались до дисциплінарної відповідальності, зокрема: крадіжка службових документів, включення у доповідь неправдивих відомостей про стан справ, внесення в інтересах тих чи інших осіб «виправлень» до офіційних протоколів, несанкціоноване поширення інформації про прийняті адміністративними органами рішення. Отже, у цей період було здійснено перші спроби оформлення складів дисциплінарних проступків державних службовців.

Наступним важливим історичним кроком у розвитку дисциплінарної відповідальності державних службовців було прийняття Катериною II «Устава Благочиния» від 8 квітня 1782 року, який визначав склад правопорушень, пов'язаних із державною службою: зловживання посадою, втрата посади, невиконання обов'язків. Зауважимо, що хоча ознаки цих складів більше відповідали дисциплінарному проступку, ніж службовому злочину, у досліджуваній період ці правопорушення визнавались злочинами, оскільки за їх скоєння передбачалося кримінальне покарання. Ще однією особливістю зазначеного Уставу, як указує Н.П. Матюхіна, був перелік вимог, які пред'являлися до державних службовців: бездоганність поведінки, здоровий розум у справі, добра воля до служби [8, с. 24].

Отже, за часів існування Російської імперії, до складу якої входила більшість території України, обов'язки державного службовця, вимоги до нього, а також види стягнень за їх невиконання регламентувалися численними правовими актами. Саме тому у другій половині 40-х років XIX ст. з метою упорядкування дисциплінарних стягнень, спрямованих на посилення відповідальності державних службовців, а також розмежування службових проступків і злочинів, було прийнято «Уложение о наказаниях Уголовных и исправительных» [9, с. 16], яке стало, по суті, першим у Російській імперії кримінальним кодексом [10, с. 214].

За службові проступки і посадові злочини в Уложенні встановлювалися типово дисциплінарні стягнення [10, с. 216]: звільнення зі служби, позбавлення посади, переміщення з вищої посади на нижчу, сувора догана із занесенням до послужного списку, вирахування із жалування, сувора догана без занесення до послужного списку, суворе зауваження.

Отже, дисциплінарна відповідальність у цей період не отримала свого чіткого визначення і відмежування від кримінальної та інших видів відповідальності, оскільки наявне законодавство не містило чіткого розрізнення понять дисциплінарного чи службового проступку, складів дисциплінарних проступків та переліку стягнень, які накладаються виключно за подібні проступки, а не посадові злочини.

III періодом у розвитку дисциплінарної відповідальності державних службовців є радянський, початок якого пов'язаний із Жовтневою революцією 1917 року, що характеризувався розвитком системи органів державної влади, які виникли після падіння монархії. Цей період умовно можна поділити на довоєнний, воєнний та повоєнний, кожен з яких мав певні особливості.

У цей період окреслюється система дисциплінарних стягнень, визначаються підстави їх накладення, закріплені у Постанові Всеукраїнського Центрального Виконавчого Комітету «Про дисциплінарні стягнення за порушення службової дисципліни в радянських установах», відповідно до якої до державних службовців могли бути застосовані такі стягнення: а) догана; б) догана з оприлюдненням у пресі; в) арешт до 2-х тижнів (у 1923 році це стягнення було скасовано). Як зазначає І.С. Гриценко, аналіз цієї системи стягнень дає науковцям підстави стверджувати, що останні були заходами соціального

захисту, які, з одного боку, мали на меті створення таких умов, які б унеможливили повторне вчинення дисциплінарного проступку, а з іншого – сприяли вирішенню завдань щодо попередження вчинення проступків у майбутньому [11, с. 332].

До того ж у 1923 році з метою боротьби зі службовою недбалістю, проступками і незаконними діями осіб, які обіймають відповідальні посади в державних органах, було створено дисциплінарні суди. Вони мали право накладати дисциплінарні стягнення: зауваження, догана, пониження посади, домашній арешт та ін., а також у разі застосування дисциплінарних стягнень поєднувати ці засоби покарання.

Окрім дисциплінарних судів, діяли місцеві дисциплінарні товариські суди, компетенція яких поширювалась на всіх робітників і службовців.

Питання щодо притягнення державних службовців до дисциплінарної відповідальності закріплювались у численних законодавчих актах та регулювались багатьма вищими і центральними органами державної влади. Зауважимо, що з прийняттям у 1929 році Постанови виконавчого комітету Ради народних комісарів СРСР «Об основах дисциплинарного законодательства Союза ССР и союзных республик» [12, с. 21], яка діяла до розпаду СРСР, ситуація майже не змінилась.

Окрім цих основ дисциплінарного законодавства, значний вплив на притягнення державних службовців до дисциплінарної відповідальності мало трудове законодавство [12, с. 21].

Отже, радянський період характеризується становленням правового регулювання дисциплінарної відповідальності, норми якого однаковою мірою поширювалися на всі категорії працівників, без виокремлення категорій, роду заняття, напряму трудової діяльності працівників.

До початку Великої Вітчизняної війни державна служба перестала існувати як юридично й організаційно відокремлений вид діяльності. Унаслідок цього дисциплінарна відповідальність службовців майже не відрізнялась від відповідальності робітників. Слід звернути увагу на те, що за радянських часів інститут державної служби і правове регулювання дисциплінарної відповідальності державних службовців були предметом регулювання законодавства про працю.

Значні зміни у трудовому законодавстві відбулися у воєнний період. Указом Президії Верховної Ради СРСР «Про режим робочого часу робітників і службовців на період війни» від 26 червня 1941 року директорам підприємств дозволялося встановлювати обов'язкові понаднормові роботи тривалістю до 3-х годин на день. Відповідно до указів Президії Верховної Ради СРСР від 9 квітня 1942 року та від 9 січня 1943 року скасовувалися чергові та додаткові відпустки, які було замінено грошовою компенсацією, але її виплата була тимчасово призупинена. Відпустка надавалася тільки підліткам до 16 років.

Разом із засобами заохочення сумлінних працівників збільшувалося застосування примусових заходів до порушників трудової та службової дисципліни. За окремі порушення дисципліни, крім дисциплінарної, застосовувалась також кримінальна відповідальність [13, с. 189].

У повоєнний період правова база України розвивалася на основі принципу пріоритету союзного законодавства. Посилення партійного керівництва безпосередньо торкалося і законодавчої діяльності держави. Директиви партійних з'їздів, рішення пленумів Комуністичної партії Радянського Союзу набували в державі нормативного значення. Правова регуляція важливих сфер життя здійснювалася спільними актами партійних і радянських органів, які мали юридичну силу.

Радянський період становлення інституту дисциплінарної відповідальності характеризується також зміною методологічних орієнтирів, відповідно до яких відбувається його розвиток. Адміністративне право, на думку Б.В. Авер'янова, повинно визначатися не як «право державного управління», а як «право забезпечення і захисту прав людини» [1, с. 87–92; 2, с. 10].

IV період – формування і розвитку інституту дисциплінарної відповідальності державних службовців у роки незалежної України – пов'язаний із побудовою незалежної держави і прийняттям Конституції України. Затвердження концепцій адміністративної реформи та реформи адміністративного права у цей період обумовлювали подальше удосконалення, законодавче оформлення цього інституту, визначали актуальність дослідження дисциплінарної відповідальності, зокрема й державних службовців.

Інститут державної служби в нашій країні було створено лише після проголошення незалежності. Чинний Закон України «Про державну службу» було прийнято 16 грудня 1993 року [14] як один із фундаментальних законів незалежної України, який безпосередньо стосувався процесу розбудови державності, визначення основних засад створення та функціонування органів державної влади на протигагу партійно-номенклатурній організації державно-службових відносин. У законі було визначено систему проходження державної служби та кар'єри державного службовця, особливості статусу державного службовця, деталізовано поняття патронатної служби, службової кар'єри, утворено систему управління державною службою – спеціальний орган управління державною службою – Головне управління державної служби при Кабінеті Міністрів України та міжвідомчий дорадчий орган – Координаційну раду з питань державної служби.

У 1993 році в межах реалізації пріоритетних напрямів, закріплених у Законі України «Про державну службу», рішенням центрального органу виконавчої влади було створено координаційний комітет [14], який визначив офіційне тлумачення поняття «державний службовець», відповідно до якого державним службовцем вважається особа, яка:

– здійснює професійну діяльність на посаді в державному органі та його апараті щодо практичного виконання завдань і функцій держави;

– уповноважена за законами або іншими нормативними актами на здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій;

– отримує заробітну плату за рахунок державних коштів;

– на момент набрання чинності Законом перебувала в трудових відносинах з органами державної виконавчої влади, Апаратом Верховної Ради України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та їхніх виконавчих органів.

Характеризуючи сучасні концепції дисциплінарної відповідальності державних службовців, зауважимо, що наразі цей вид відповідальності часто або отожднюється з адміністративною відповідальністю, або, на думку окремих науковців, вважається різновидом більш широкого кола адміністративних правопорушень [15, с. 167].

Висновки. З огляду на викладене можна визначити таке:

1. Сучасні концепції дисциплінарної відповідальності є досить спірними і потребують подальшого удосконалення.

2. Дисциплінарна відповідальність державного службовця пов'язана з історією виникнення і розвитку інститутів дисциплінарної відповідальності та державної служби.

3. Історичний розвиток дисциплінарної відповідальності державних службовців умовно можна розподілити на такі періоди:

– перший період – античний – характеризується першим формально-юридичним закріпленням державної служби та інституту відповідальності загалом;

– другий період – становлення права Російської імперії на теренах України, який характеризується нормативно-правовим закріпленням складів правопорушень, що були пов'язані з державною службою, упорядкуванням дисциплінарних стягнень, спрямованих на посилення відповідальності державних службовців, а також спробою розмежування службових проступків і злочинів. Викладене свідчить про відсутність належного законодавчого закріплення у законодавстві дисциплінарної відповідальності, її відповідного відмежування від інших видів юридичної відповідальності;

– третій період – радянський, який умовно можна поділити на довоєнний, воєнний та повоєнний. Довоєнний період характеризується подальшим розмежуванням посадового проступку і злочину; закріпленням у законодавстві правил застосування стягнень до державних службовців і визначенням порядку їх застосування; створенням дисциплінарних судів, а також таблицею дисциплінарних стягнень, який класифікував проступки на дві категорії. Значним недоліком цього періоду є численність законодавчих актів, які регулювали питання дисциплінарної відповідальності державних службовців, а також погляд на державну службу в радянський період як на звичайну найману роботу за трудовим договором. Повоєнний період характеризувався тим, що нормативно-правова база дисциплінарної відповідальності державних службовців розвивалася на підставі принципу пріоритету союзного законодавства; регулювання службової та трудової дисципліни у цей період почало набувати більш демократичних ознак;

– четвертий період – становлення і розвитку інституту дисциплінарної відповідальності державних службовців у роки незалежної України. Цей період характеризується здійсненням адміністративної реформи в Україні, яка спрямована на розвиток державної служби, актуальністю дослідження дисциплінарної відповідальності державних службовців, необхідністю її подальшого удосконалення та законодавчого оформлення.

4. Дослідження історичного розвитку інституту дисциплінарної відповідальності державних службовців свідчить про прийняття низки нормативно-правових актів, спрямованих на визначення складових цього виду юридичної відповідальності, які протягом визначеного періоду не отримали законодавчого закріплення. Саме тому стверджувати про зародження і подальший її розвиток можна лише на підставі аналізу законодавства щодо застосування до державних службовців дисциплінарного стягнення.

Література:

1. Літошенко О.С. Адміністративна відповідальність в системі юридичної відповідальності : дис. канд. юрид. наук : 12.00.07 / О.С. Літошенко. – К., 2004. – 199 с.
2. Гоббс Т. Сочинения в 2 т. / Т. Гоббс. – М. : Мысль, 1991. – Т. 2. – 736 с.
3. Гришина Н.В. Соціально-правовий аспект адміністративної відповідальності : дис. кандидата юрид. наук : 12.00.07 / Н.В. Гришина. – Х., 2007. – 193 с.
4. Бернштейн Д.И. Правовая ответственность как вид социальной ответственности и пути ее обеспечения / Д.И. Бернштейн. – Ташкент : Изд-во «ФАН», 1989. – 145 с.
5. Луговий І.О. Адміністративна відповідальність за правопорушення, що посягають на здійснення народного волевиявлення та встановлений порядок його забезпечення : 12.00.07 / І.О. Луговий. – К., 2007. – 199 с.
6. Петришин А.В. Государственная служба. Историко-теоретические предпосылки, сравнительно-правовой и логико-понятийный анализ / А.В. Петришин. – Х. : Факт, 1998. – С. 142–145.

7. Полное собрание законов Российской империи : Т. IV. – М., 1830. – 943с.
8. Матюхіна Н.П. Управління персоналом органів внутрішніх справ України: організаційно-правові засади : дис. д-ра юрид. наук: 12.00.07 / Н.П. Матюхіна. – Х., 2002. – 437 с.
9. Климкина Е.В. Административно-правовое регулирование дисциплинарной ответственности государственного гражданского служащего России : дисс. . канд. юрид. наук : 12.00.14 / Е.В. Климкина. – М., 2007. – 204 с.
10. Тація В.Я. Історія держави і права України. Підручник. – У 2-х т. / за ред. В.Я. Тація, А.Й. Рогожина, В.Д. Гончаренка. Том 1. – К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 368 с.
11. Гриценко І.С. Становлення і розвиток наукових поглядів на основні інститути вітчизняного адміністративного права : дис. доктора юрид. наук : 12.00.07 / І.С. Гриценко. – Х., 2008. – 428 с.
12. Климкина Е.В. Административно-правовое регулирование дисциплинарной ответственности государственного гражданского служащего России : дисс. . канд. юрид. наук : 12.00.14 / Е.В. Климкина. – М., 2007. – 204 с.
13. Музиченко П.П. Історія держави і права України : підручник / П.П. Музиченко. – 2001. – С. 189.
14. Про державну службу : Закон України від 16 грудня 1993 року № 3723-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 52. – Ст. 490 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3723-12>.
15. Якуба О. Советское административное право (Общая часть)/О. Якуба. – К. : Вища школа, 1975. – 231 с.

Ермоленко-Князева Л. С. Становление и современные концепции дисциплинарной ответственности

Аннотация. В статье рассмотрено историческое развитие становления дисциплинарной ответственности. Проанализированы исторические периоды дисциплинарной ответственности. Автор акцентирует внимание на раскрытии сущности и содержания исторического развития института дисциплинарной ответственности государственных служащих.

Ключевые слова: ответственность, дисциплинарная ответственность, государственный служащий.

Yermolenko-Kniazieva L. Becoming and modern conceptions of disciplinary

Summary. Historical development of becoming of disciplinary responsibility is considered in the article. The historical periods of disciplinary responsibility are analysed. An author accents attention on opening of essence and maintenance of historical development of institute of disciplinary responsibility of civil servants.

Key words: responsibility, disciplinary responsibility, civil servant.

*Бабашов Ф. Б.,
докторант кафедри юриспруденції
Національної академії авіації Азербайджана*

ОБЯЗАННОСТИ ОРГАНА ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ В ОБЛАСТИ ГРАЖДАНСКОЙ АВИАЦИИ (В КОНТЕКСТЕ НАЦИОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА)

Аннотация. В статье автор изложил понятие деятельности гражданской авиации, определил роль соответствующего государственного органа урегулирования деятельности гражданской авиации и правовые аспекты данной деятельности, обязанности этого органа, затронул встречаемые в данной области научно-правовые проблемы. В заключении статьи автор выдвинул определённые предложения в области законодательства для разрешения поставленной задачи.

Ключевые слова: исполнительная власть, гражданская авиация, деятельность, обязанность, нормативно-правовые нормы, акционерное общество.

Введение. Центральным исполнительным органом власти, организующей в настоящее время деятельность гражданской авиации Азербайджанской Республики, является Государственная Администрация Гражданской Авиации (далее – ГАГА) Азербайджанской Республики (далее – АР). До этого функции ГАГА выполнял ЗАО «АЗАЛ». ЗАО «АЗАЛ» и сегодня является государственным акционерным обществом, осуществляющим в нашей республике авиаперевозки в сфере гражданской авиации. ГАГА АР же в свою очередь носит статус административного органа по деятельности гражданской авиации. Администрация создана Указом Президента Азербайджанской Республики за номером 512 от 29 декабря 2006 года [16]. Указом Президента Азербайджанской Республики за номером 565 от 20 апреля 2007 года об утверждении «Положения о Государственной Администрации Гражданской Авиации Азербайджанской Республики» был принят Устав указанной государственной структуры.

Обязанности государства в области гражданской авиации отражены в Положении ГАГА. В 8-й статье Положения определены обязанности указанной структуры. Здесь в основном отражены положения, связанные с организацией необходимого обеспечения деятельности гражданской авиации. Основная цель научного исследования в статье состоит в полном и подробном охвате в Положении обязанностей государства [15].

Помимо Положения, обязанности государства в области авиации отражены в статье 4 Закона Азербайджанской Республики «Об авиации» за номером 944-ПQ от 24 июня 2005 года [1]; в Постановлении Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 13 ноября 2010 года № 214 «Об утверждении порядка создания служб поиска и спасения и проведения поисково-спасательных работ в области авиации»; в Постановлении Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 22 марта 2006 года № 87 «Об утверждении порядка финансирования работ по исследованию авиакатастроф и инцидентов»; в Постановлении Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 18 февраля 2011 года № 32 «Об утверждении порядка защиты информации в системах сбора и обработки данных по без-

опасности полетов воздушных судов гражданской авиации»; в Указе Президента Азербайджанской Республики от 24 апреля 2012 года № 613 об утверждении «Государственной программы по авиационной безопасности и Правил обеспечения авиационной безопасности»; в Постановлении Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 19 сентября 2008 года № 219 «Об утверждении порядка представления сведений об авиакатастрофах или инцидентах»; в Постановлении Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 24 апреля 2009 года № 69 «Об утверждении порядка государственной регистрации аэродромов совместного базирования»; в Постановлении Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 13 декабря 2000 года № 220 «Об утверждении порядка перевозки опасных грузов воздушным транспортом»; в Постановлении Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 05 августа 2009 года № 118 «Об утверждении порядка деятельности комиссии, расследующей авиакатастрофы и инциденты»; в Постановлении Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 15 января 2013 года № 04 «Об утверждении порядка полетов Азербайджанской Республики» [3,4, 5, 6, 8, 20, 21, 24, 27].

30 августа 2005 года был издан Указ Президента Азербайджанской Республики от 24 июня 2005 года № 284 «О применении Закона Азербайджанской Республики «Об авиации». Так, принятие данного указа внесло ясность в вопросы, связанные с некоторыми моментами в названном указе и исполнения соответствующих полномочий [2].

Постановка задач. Согласно пункту 1.3 Постановления Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 11 июня 2007 года № 94 «Об утверждении Порядка оформления договоров и составления документов по воздушным перевозкам согласно договорам, стороной в которых выступает Азербайджанская Республика, и законодательству» Государственной Администрацией Гражданской Авиации авиакомпаниям выдается эксплуатационные свидетельства (сертификаты) и особые разрешения (лицензии), дающее право осуществлять воздушные перевозки [19].

В Постановлении Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 13 июня 2007 года № 96 «Об утверждении Порядка нанесения национальных и регистрационных знаков на воздушное судно» также указаны ряд полномочий ГАГА [22].

О представлении воздушным портам международного статуса имеется ряд постановлений Кабинета Министров Азербайджанской Республики (напр.: о представлении международного статуса аэропорту «Закалата» от 07 июля 2009 года № 158 с. [29]). Процесс представления аэропортам международного статуса осуществляется согласно пункту 8.30 Положения о ГАГА [15].

В «Инструкции о системе оповещения о значимых авиационных событиях», утвержденной приказом директора ГАГА АР от 28.12.2010 № 37, отмечено, что система оповещения о зна-

чимых авиационных событиях (XVS) является важной частью функции контроля ГАГА [18].

В статье 3 под названием «Отношения собственности в области транспорта» Закона Азербайджанской Республики «О транспорте» указано о принадлежности к государственной собственности оборудования и сооружений, связанных с авиацией, в статье 5 говорится о выполнении в области транспорта государственного регулирования правового обеспечения, налогообложения, финансирования, оценивания, инвестирования и осуществления единой научно-технической политики, в статье 22 указывается на обязанность транспортных предприятий и перевозчиков обеспечить безопасность жизни, здоровья и имущества пассажиров, безопасность движения транспортных средств, а также защитить окружающую среду [25].

Считаем, что функции, отмеченные в диспозиции данной статьи в области гражданской авиации, должны осуществляться со стороны ГАГА АР.

По нашему мнению, государственное управление в области гражданской авиации также осуществляет ГАГА, потому что именно под контролем и принятыми соответствующими мерами гражданская авиация управляется государством. Поэтому данный орган можно назвать органом управления гражданской авиации.

Государственная политика по обеспечению в республике безопасности полетов (UTIS) в области гражданской авиации выражена в одноименном документе, утвержденном директором ГАГА АР.

Согласно документу организация управления безопасности полетов в области гражданской авиации является одним из основных направлений деятельности Государственной Администрации Гражданской Авиации Азербайджанской Республики [17].

Как пример нормативно-правовых актов, регулирующих деятельность ЗАО «АЗАЛ», можно указать «Порядок выбора персонала безопасности авиации», утвержденный Постановлением Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 17 октября 2013 года № 306, Национальная Программа по подготовке персонала безопасности авиации, утвержденной Постановлением Кабинета Министров от 10 апреля 2014 года № 100, «Устав о дисциплине Работников Гражданской авиации», утвержденной приказом Генерального директора Государственного Концерна «Азербайджанские Авиалинии» (Нынешний «АЗАЛ») от 17 сентября 1996 года № 152, «Форма и реквизиты «Расчета по пошлинам и тарифам за обслуживание воздушных судов» (форма N-АН-1) и порядок их использования, утвержденной приказом №98 совместно с Генеральным директором Государственного Концерна «АЗАЛ» и Министерством Финансов Азербайджанской Республики от 01 сентября 2003 года, «Порядок выдачи Удостоверений о Государственной Регистрации Гражданских Воздушных Судов и Годности к полетам», утвержденной приказом Генерального директора Государственного Концерна «Азербайджанские Авиалинии» от 07 июля 2000 года № 71, Распоряжение Президента Азербайджанской Республики от 17 июля 2012 года № 2377 «О некоторых вопросах, связанных с использованием салонов очень важных персон (VIP) и официальных представителей в аэропортах (воздушных портах) Азербайджанской Республики, «Положение об аренде (лизинге), прокате, совместном использовании воздушных судов и совместном использовании кодов», утвержденной приказом Генерального директора Государственного Концерна «Азербайджанские Авиалинии» от 07 июля 2000 года № 71, «Порядка перевозки пассажиров, багажа и

груза», принятого Закрытым Акционерным Обществом «Азербайджанские Авиалинии» [7, 9, 10, 11, 12, 13, 14].

Постановление Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 19 апреля 2004 года № 53 «Об утверждении Государственной Программы о защите деятельности гражданской авиации от незаконных вмешательств» предусматривает защиту деятельности гражданской авиации от актов незаконных вмешательств и общность организационных мер, направленных на предотвращение таких актов [23].

Согласно пункту 4.1 Постановления Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 30 июня 2000 года № 110 «Об утверждении порядка контроля за обеспечением безопасного движения транспортных средств» государственный контроль по обеспечению безопасности полетов со стороны субъектов гражданской авиации Азербайджанской Республики осуществляет Государственная Администрация Гражданской Авиации Азербайджанской Республики путем применения систем сертификации соответствия их деятельности и периодической проверки [26].

Система безопасности полетов в области гражданской авиации (UTIS), опубликованная ГАГА в 2014-м году – это Инструкция для Организации Гражданской Авиации. В инструкции отражены положения о разработке и осуществлении политики безопасности полетов, а также функции менеджера по безопасности полетов [28].

Таким образом, при изучении большинства норм внутреннего законодательства страны для достижения целей, указанных в начале статьи, приходим к такому заключению: в системе законодательства Азербайджанской Республики имеются многочисленные нормативно-правовые акты, связанные с регулированием деятельности авиации, в частности гражданской авиации. В статье мы обратили внимание на полномочия соответствующих органов исполнительной власти в актах, связанных с гражданской авиацией. На основании наших исследований нужно отметить, что в административном порядке каждый государственный орган, управление и организация функционируют на основании соответствующих уставов и положений. Статус и полномочия указанного органа напрямую определяются соответствующими юридическими документами. Центральным исполнительным органом власти в области гражданской авиации Азербайджанской Республики является Государственная Администрация Гражданской Авиации (ГАГА). В уставе вышеуказанной структуры отражено множество полномочий. Однако мы считаем, что число полномочий должно быть увеличено, сфера влияния указанной структуры расширена. Несмотря на то, что в ряде нормативно-правовых актов национального законодательства и выражены полномочия данной структуры, однако эти полномочия не полностью определены в уставе.

В третьем разделе Устава под названием «Обязанности Администрации» не указаны полномочия ГАГА в сфере обеспечения безопасности авиации и полетов. Эти полномочия указаны в пункте 7.3 Устава, в разделе под названием «Направления деятельности Администрации». По нашему мнению, указанный пункт должен быть исключен из устава и указан в предлагаемой форме в разделе «Обязанности администрации»: осуществление безопасности полетов и безопасности авиации и принятие соответствующих мер в связи с этим, сбор, регистрация и защита информационной безопасности полетов и авиации, одновременное осуществление контроля обеспечения такой безопасности, соответствия их наземных средств и услуг

международным стандартам и международным требованиям, кроме того, обеспечения защиты окружающей среды воздушными судами. Как видно из указываемого нами пункта, речь идет не о контроле по обеспечению безопасности полетов и авиации, а о прямом регулировании. Считаем, что обеспечение безопасности гражданской авиации в воздушном пространстве республики должно быть отнято от ЗАО АЗАЛ и передано ГАГА, и в связи с этим в структуре ГАГА создано Главное Управление Безопасности Авиации. Потому что обеспечение безопасности авиации, полетов должно быть осуществлено на территории (в частности воздушные порты, аэродромы и в пределах их территорий) и воздушном пространстве республики. По нашему мнению, данное полномочие как обязанность ложится на ГАГА, которая как центральный орган исполнительной власти осуществляет государственное регулирование по гражданской авиации. Исполнение указанной функции со стороны государственной организации, выполняющей полеты (АЗАЛ), мы считаем неудовлетворительным. Потому что основной функцией ЗАО АЗАЛ как авиакомпании является осуществление авиаперевозок. Предлагаемое нами управление, которое будет функционировать в составе ГАГА, должно иметь полномочия осуществления мер по охране и защите пассажиров, состава экипажа, авиаперсонала, воздушных судов, аэропортов (воздушных портов), аэродромов, объектов аэронавигации, а также других объектов гражданской авиации независимо от имущественной и организационно-правовой формы, от незаконных актов вмешательства; в участие в своевременном планировании и осуществлении опережающих оперативных мер, выполняемые соответствующими государственными органами по обеспечению безопасности деятельности гражданской авиации, в связи с его защитой от незаконных актов вмешательства; в обеспечение безопасности пассажиров, воздушных судов, членов их экипажа, авиаперсонала авиационных предприятий, во время операций по предотвращению незаконных актов вмешательства в деятельность гражданской авиации; в участие осуществления спасательных операций во время авиакатастроф и инцидентов.

Также нужно отметить, что в пункте 3.2. Постановления Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 18 февраля 2011 года № 32 «Об утверждении порядка защиты информации в системах сбора и обработки данных по безопасности полетов воздушных судов гражданской авиации», несмотря на то, что полномочия по защите данных о безопасности полетов воздушных судов гражданской авиации принадлежат ГАГА, однако эти полномочия в Уставе не отмечены. Поэтому мы считаем важным их включение в Устав. Также отметим, что в Уставе нет какого-либо мнения об обеспечении защиты данных по поводу безопасности полетов и использования таких данных по назначению и контроля над их использованием. Думаем, что устранив указанный пробел, данное предложение должно найти отражение в Уставе.

Одновременно в Уставе ГАГА нет какого-либо положения об организации деятельности воздушных портов, аэродромов и регулирования этой деятельности. Должны сказать, что авиакомпании в сфере гражданской авиации основные свои точки продаж и работы строят в воздушных портах и аэродромах. Поэтому работы там должны быть организованы единым органом, отношения между пассажирами и авиакомпаниями регулированы, управление и контроль в аэропортах (вертодромах), воздушных портах выполнены уполномоченными работниками и ревизорами ГАГА.

В пункте 1.4 Постановления Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 13 ноября 2010 года № 214 «Об утверждении порядка создания служб поиска, спасения и проведения поисково-спасательных работ в области авиации» указано, что с целью оказания помощи воздушному судну, потерпевшему авиакрушение (катастрофу) и оставшимся в живых после этого происшествия, ГАГА совместно с другими органами участвует в поисково-спасательных работах. Однако данная норма соответственно не нашло свое отражение в Уставе. Считаем, что данное положение должно быть добавлено в пункт 8.23.

Также отметим, что в Постановлении Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 22 марта 2006 года № 87 «Об утверждении порядка финансирования работ по исследованию авиакатастроф и инцидентов» хотя и указаны и финансирование, и источники финансирования данных работ, однако подробно не определено порядок осуществления такого финансирования. Считаем, что данный вопрос нужно уточнить в данном постановлении.

Согласно пункту 8.2 Устава одной из обязанностей ГАГА также является обеспечение осуществления в рамках своих полномочий государственных программ и концепции развития в связи с гражданской авиацией. Однако здесь нет каких-либо положений в связи с подготовкой программ и проектов концепций о гражданской авиации. Включение данного предложения в пункт 8.2 также является целесообразным. Потому что, по нашему мнению, ГАГА должна подготовить соответствующие государственные программы и проекты концепций в сфере гражданской авиации и представить для утверждения в соответствующие структуры (Президенту, Кабинету Министров, Милли меджлису).

В Постановлении Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 13 декабря 2000 года № 220 «Об утверждении порядка перевозки опасных грузов воздушным транспортом» указано, что ГАГА должна представить соответствующим органам исполнительной власти представление об утверждении Списка сертифицированных технических установок, используемых на потенциально опасных объектах. Однако это положение не нашло свое отражение в уставе структуры. По нашему мнению, данное положение должно быть включено в Устав ГАГА АР в виде соответствующего пункта.

Несмотря на то, что наличие полномочий ГАГА в государственной регистрации аэродромов, расположенных в Азербайджанской Республике (с совместной базой и т.д.), в оформлении и выдаче необходимых документов, а также в выписке указанных аэродромов из государственного реестра определены в ряде нормативно-правовых актов законодательства (напр.: Постановление Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 24 апреля 2009 № 69 «Об утверждении порядка государственной регистрации аэродромов совместного базирования» и т.д.), однако упомянутое полномочие не регулируется в Уставе каким-либо положением в числе обязанностей ГАГА. Считаем, что предлагаемое положение должно быть предусмотрено в Уставе.

Согласно Указу Президента Азербайджанской Республики от 24 июня 2005 года № 284 «О применении Закона Азербайджанской Республики «Об авиации» в статье хотя и поручено Кабинету Министров Азербайджанской Республики определение соответствующих правил в области авиации, однако по нашему мнению подготовка проектов этих актов должна быть включена в полномочие ГАГА. Считаем, что только названная

структура совместно с соответствующими органами исполнительной власти должна подготовить проект этих актов (правил) и представить в Кабинет Министров Азербайджанской Республики с целью их утверждения.

Воздушные суда гражданской авиации осуществляют полеты в соответствующие пункты через воздушные пространства. Полеты внутри страны осуществляются в воздушном пространстве государства, а международные (иностранные государства) авиаперевозки за пределами воздушного пространства страны. В уставе ГАГА нет каких-либо положений, связанных с контролем воздушного пространства республики, контролем полетов гражданских воздушных судов по соответствующим линиям с прослеживанием их движений в воздушном пространстве. По нашему мнению, данное положение также должно быть отмечено в Уставе. Потому что, контролируя движение воздушных судов в воздушном пространстве, ГАГА обеспечивает рациональное использование воздушного пространства страны.

В пункте 8.21 Устава ГАГА указано полномочие названной структуры в осуществлении единой государственной политики по обеспечению годности к полетам гражданских воздушных судов. Считаем, что ГАГА, помимо осуществления единой государственной политики по обеспечению годности к полетам гражданских воздушных судов, должна также непосредственно выполнять функцию контроля в этой области. Именно посредством этой функции можно более рационально и эффективно обеспечить безопасность гражданской авиации. Поэтому предлагаем также внести в Устав структуры положение, связанное с контролем годности к полетам воздушных судов и авиационных изделий ГАГА.

Хотя в Уставе ГАГА и отмечены полномочия Администрации в расследовании произошедших авиакатастроф и инцидентов, однако в указанном акте нет какого-либо положения по поводу определения со стороны Администрации правил передачи информации об авиакатастрофах и инцидентах. Считаем, что данное выражение должно обязательно найти свое отражение в Уставе.

Выводы. Как мы уже отметили выше, приказом Генерального директора Государственного Концерна «Азербайджанские Авиалинии» (Нынешний «АЗАЛ») от 17 сентября 1996 года № 152 утвержден Устав «О дисциплине Работников Гражданской авиации». Считаем, что должен быть подготовлен единый устав (образцовая форма) о дисциплине работников гражданской авиации и данный устав принят Государственной Администрацией Гражданской Авиации, он должен стать обязательным для персонала всех авиакомпаний на территории страны.

В связи с утверждением со стороны Кабинета Министров списка должностных лиц Азербайджанской Республики, обладающих правом пользования услугами салонов особо важных персон (VIP) и официальных представителей, в аэропортах (воздушных портах) Азербайджанской Республики, указанных в распоряжении Президента Азербайджанской Республики от 17 июля 2012 года № 2377 «О некоторых вопросах, связанных с использованием салонов очень важных персон (VIP) и официальных представителей в аэропортах (воздушных портах) Азербайджанской Республики, а также списка представителей иностранных государств и международных организаций», мы должны отметить, что ГАГА должна представить в Кабинет Министров свои предложения о списке этих должностных лиц.

Порядок и методы перевозки грузов, багажа, пассажиров в деятельности гражданской авиации, правила оформления данного процесса, по нашему мнению, не должно восприниматься

однозначно компаниями, функционирующими в авиационном секторе страны. У перевозки пассажиров, грузов и багажа должно быть единое правило, и эксплуатационные компании в области авиации должны подчиняться этим правилам. Считаем, что эти правила должны быть утверждены соответствующим постановлением Кабинета Министров Азербайджанской Республики (точно также, как и постановление КМ о порядке полетов).

Также мы считаем, что добавление в Устав ГАГА такого положения, даст толчок динамическому развитию гражданской авиации: «Контролирование полетов воздушных судов, а также за использованием аэропортов, гражданских аэродромов и наземных оборудований, принадлежащих Азербайджанской Республике». Считаем, что должностные лица ГАГА должны иметь полномочия контролирования использования аэропортов, воздушных портов, вертодромов, наземных оборудований и авиационной техники, и данные средства должны принадлежать государству.

По нашему мнению, принятие предлагаемых норм и положений, поможет устранению имеющихся пробелов, возможных правовых проблем и коллизий, существующих во внутреннем законодательстве в связи с организацией деятельности гражданской авиации, полномочиями соответствующего органа исполнительной власти в данной сфере.

Литература:

1. Закон Азербайджанской Республики «Об авиации» за номером 944-ПQ от 24 июня 2005-го года.
2. Указ Президента Азербайджанской Республики от 30 августа 2005 года № 284 «О применении Закона Азербайджанской Республики «Об авиации»».
3. Постановление Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 13 ноября 2010 года № 214 «Об утверждении порядка создания служб поиска и спасения и проведения поисково-спасательных работ в области авиации».
4. Постановление Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 22 марта 2006 года № 87 «Об утверждении порядка финансирования работ по исследованию авиакатастроф и инцидентов».
5. Постановление Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 05 августа 2009 года № 118 «Об утверждении порядка деятельности комиссии, расследующей авиакатастрофы и инциденты».
6. Постановление Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 19 сентября 2008 года № 219 «Об утверждении порядка представления сведений об авиакатастрофах или инцидентах».
7. Постановление Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 17 октября 2013 года № 306 «Об утверждении порядка выбора персонала безопасности авиации».
8. Указ Президента Азербайджанской Республики от 24 апреля 2012 года № 613 об утверждении «Государственной программы по авиационной безопасности и Правил обеспечения авиационной безопасности».
9. «Положение об аренде (лизинге), прокате, совместном использовании воздушных судов и совместном использовании кодов», утвержденный приказом Генерального директора Государственного Концерна «Азербайджанские Авиалинии» от 07 июля 2000 года № 71.
10. Форма и реквизиты «Расчета по пошлинам и тарифам за обслуживание воздушных судов» (форма N-АН-1) и порядок их использования, утвержденная приказом Генерального директора Государственного Концерна «АЗАЛ» от 01 сентября 2003 года № 98.
11. «Устав о дисциплине Работников Гражданской авиации», утвержденный приказом Генерального директора Государственного Концерна «Азербайджанские Авиалинии» (Нынешний «АЗАЛ») от 17.09.1996 № 152.
12. «Порядок выдачи Удостоверений о Государственной Регистрации Гражданских Воздушных Судов и Годности к полетам», утвержденный приказом Генерального директора Государственного Концерна «Азербайджанские Авиалинии» от 07 июля 2000 года № 71.

13. «Порядок перевозки пассажиров, багажа и груза», принятый приказом Президента Закрытого Акционерного Общества «Азербайджанские Авиалинии» от 15 февраля 2013 года № 120.
14. Распоряжение Президента Азербайджанской Республики от 17 июля 2012 года № 2377 «О некоторых вопросах, связанных с использованием салонов очень важных персон (VIP) и официальных представителей в аэропортах (воздушных портах) Азербайджанской Республики».
15. Указ Президента Азербайджанской Республики за номером 565 от 20 апреля 2007 года об утверждении «Положения о Государственной Администрации Гражданской Авиации Азербайджанской Республики».
16. Указ Президента Азербайджанской Республики за номером 512 от 29 декабря 2006 года «О создании Государственной Администрации Гражданской Авиации Азербайджанской Республики».
17. Государственная политика по управлению безопасности Полетов Гражданской Авиации Азербайджанской Республики, утвержденная Директором Государственной Администрации Гражданской Авиации Азербайджанской Республики.
18. Инструкция «О системе оповещения о значимых авиационных событиях», утвержденная приказом директора Государственной Администрации Гражданской Авиации Азербайджанской Республики от 28.12.2010 № 37.
19. Постановление Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 11 июня 2007 года № 94 «Об утверждении Порядка оформления договоров и составления документов по воздушным перевозкам согласно договорам, стороной в которых выступает Азербайджанская Республика, и законодательству».
20. Постановление Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 15 января 2013 года № 04 «Об утверждении порядка полетов Азербайджанской Республики».
21. Постановление Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 24 апреля 2009 № 69 «Об утверждении порядка государственной регистрации аэродромов совместного базирования».
22. Постановление Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 13 июня 2007 года № 96 «Об утверждении Порядка нанесения национальных и регистрационных знаков на воздушное судно».
23. "Mülki aviasyanın fəaliyyətinin qanunsuz müdaxilə aktlarından qorunması haqqında Dövlət Proqramı"nın təsdiq edilməsi barədə Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin 19 aprel 2004-cü il tarixli 53 sayılı Qərarı.
24. Постановление Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 18 февраля 2011 года № 32 «Об утверждении порядка защиты информации в системах сбора и обработки данных по безопасности полетов воздушных судов гражданской авиации».
25. Закон Азербайджанской Республики «О транспорте» от 11 июня 1999 года № 683-IQ.
26. Постановление Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 30 июня 2000 года № 110 «Об утверждении порядка контроля за обеспечением безопасного движения транспортных средств».
27. Постановление Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 13 декабря 2000 года № 220 «Об утверждении порядка перевозки опасных грузов воздушным транспортом».
28. Система Управления Безопасности Полетов [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.favt.ru/deyatelnost-bezopasnost-poletov-subp/>.
29. Постановление Кабинета Министров Азербайджанской Республики от 07 июля 2009 года № 158s «О предоставлении международного статуса аэропорту «Закатала».

Бабашов Ф. Б. Обов'язки органу виконавчої влади у сфері цивільної авіації (в контексті національного законодавства)

Анотація. У статті автор розкрив зміст діяльності цивільної авіації, роль відповідних державних органів щодо врегулювання діяльності цивільної авіації та правові аспекти цієї діяльності, обов'язки такого органу, торкнувся науково-правових проблем, що зустрічаються у цій сфері. У висновку статті автор висунув певні пропозиції для вирішення поставленого завдання у сфері законодавства.

Ключові слова: виконавча влада, цивільна авіація, діяльність, обов'язок, нормативно-правові норми, акціонерне товариство.

Babashov F. B. Duties of executive authority in the field of civil aviation (in the context of national law)

Summary. The author outlined the concept of civil aviation activities, the role of the relevant state body regulating the activities of civil aviation and legal aspects of this activity, the duties of this body, touched encountered in the field of scientific and legal issues. At the end of the article the author has put forward specific proposals for legislation to resolve the problem.

Key words: executive power, civil aviation, activity, duty, normative legal norms, joint-stock company.

Семеній О. М.,

*аспірант кафедри адміністративного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

ЗМІСТ ВИДІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО РОЗСУДУ СУБ'ЄКТІВ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ: ПРАКТИЧНИЙ АСПЕКТ РОЗМЕЖУВАННЯ

Анотація. У статті наводиться огляд категорії «види адміністративного розсуду суб'єктів публічної адміністрації». Автор з'ясовує основні види адміністративного розсуду. Розкривається зміст видів адміністративного розсуду через практичне застосування наявних законодавчих норм. Зроблено висновок, що встановлення законодавчими нормами повноважень суб'єктам публічної адміністрації не гарантує якість і ефективність реалізації таких повноважень на практиці.

Ключові слова: адміністративний розсуд, види адміністративного розсуду, діяльність суб'єктів публічної адміністрації, розсуд суб'єктів публічної адміністрації.

Постановка проблеми. Суб'єкти публічної адміністрації щоденно у своїй діяльності взаємодіють із приватними особами (фізичними чи юридичними особами) з питань, що належать до їх компетенції, задля реалізації положень законодавства, і цим здійснюють публічне адміністрування.

Проблема піднятого питання щодо застосування суб'єктами публічної адміністрації різних видів адміністративного розсуду полягає у відсутності інформації про актуальний стан наявних прогалин у законодавстві та проблем у практичній діяльності вказаних суб'єктів під час реалізації ними публічного адміністрування.

Дослідження й аналіз діяльності суб'єктів публічної адміністрації дають можливість визначити наявні види адміністративного розсуду, що пропонуються сучасними українськими правниками й адміністративістами, зокрема В.Н. Дубовицьким, Т.О. Коломоєць, А.П. Кореневим, О.С. Лагодою, В.В. Лазаревим, Н.Н. Мельчинським, С.О. Мосьондзю, С.А. Резановим, Г.Й. Ткач, Б. Шлоером, В.А. Юсуповим.

Це питання наразі не набуло популярності, у зв'язку з чим небагато науковців займалися його дослідженням. У більшості випадків під час визначення видів адміністративного розсуду наукові погляди адміністративістів збігалися.

Метою статті є розкриття змісту видів адміністративного розсуду суб'єктів публічної адміністрації та їх розмежування через дослідження практичного аспекту. Для вирішення мети автором поставлені такі завдання: визначення видів адміністративного розсуду; розкриття змісту й характеристики кожного з видів адміністративного розсуду; дослідження того, яким чином окремий вид адміністративного розсуду закріплений у законодавчих нормах; з'ясування того, як кожний вид адміністративного розсуду практично реалізується в діяльності публічної адміністрації.

Виклад основного матеріалу дослідження. Реалізація публічного адміністрування відбувається через здійснення цілеспрямованого впливу на суспільство з метою організації й координації його діяльності шляхом прийняття управлінського рішення, видання індивідуальних юридичних актів, здійснення

управлінської діяльності чи бездіяльності. Діяльність публічної адміністрації здійснюється шляхом застосування адміністративного розсуду. Так, адміністративний розсуд по суті є владою, здійснення якої покладене законом на суб'єктів публічної адміністрації для вирішення й визначення правильного курсу дій із метою сприяння досягненню організаційних цілей і виконанню поставлених завдань.

Одним із найбільш розповсюджених розподілів адміністративного розсуду на види є поділ на чотири прояви розсуду залежно від ступеня визначеності адміністративно-правової норми, кожен з яких визначає свій ступінь свободи розсуду уповноваженого суб'єкта. Розглянемо ці види адміністративного розсуду та з'ясуємо, як кожен із них реалізується практично суб'єктами публічної діяльності в їх щоденній роботі.

Першим видом є адміністративний розсуд імперативного типу, який проявляється в тому, що адміністративно-правова норма містить декілька варіантів вирішення справи, один з яких суб'єкт публічної адміністрації має право самостійно вільно обрати під час реалізації своїх владних повноважень у конкретній ситуації з урахуванням сукупності об'єктивних обставин. Кожен із таких варіантів вирішення справи є законним за встановлених фактів і обставин. Таким чином, право вибору одного із цих варіантів, що запропоновані законодавчою нормою, і складає зміст розсуду суб'єкта публічної адміністрації. Законодавча норма детально регламентує поведінку та діяльність уповноваженого суб'єкта й покладає обов'язок учиняти певні юридичні дії чи приймати рішення.

Зокрема, статтею 1884 Кодексу про адміністративні правопорушення України передбачена відповідальність винних осіб за невиконання законних вимог посадових осіб центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони праці, щодо усунення порушень законодавства про охорону праці або створення перешкод для діяльності цих органів у вигляді накладення штрафу на працівників від шести до десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і на посадових осіб у розмірі від тридцяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

З наведеної норми законодавства вбачається, що центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони праці, яким із 2014 року є Державна служба України з питань праці, як суб'єкт публічної адміністрації за результатами здійснення перевірки суб'єкта господарювання чи виявлення з його боку порушення законодавства про охорону праці або створення перешкод для діяльності цих органів на власний розсуд, беручи до уваги характер учиненого діяння та характер суспільної шкідливості, сукупність інших важливих обставин, приймає рішення про обрання міри санкції, яку слід застосувати до правопорушника. Отже, обрання розміру штрафу від мінімального до максимального і є проявом адміністративного розсуду імперативного типу.

За інформацією, викладеною на офіційному сайті новоствореної Державної служби України з питань праці, у 2016 р. Службою проведено 21 244 перевірки у сфері дотримання законодавства про працю, зайнятість і загальнообов'язкове державне соціальне страхування на 17 977 підприємствах. За результатами таких перевірок виявлено 45 433 порушення у 12 717 роботодавців [1], яких притягнуто до адміністративної відповідальності за порушення вимог чинного законодавства. Зазначені відомості є суттєвим показником здійснення уповноваженим органом своїх дискреційних повноважень і застосування адміністративного розсуду зокрема. Розглядаючи такий вид розсуду, доречно, на наш погляд, розподілити його на підвиди так, як це зробив О.С. Лагода [2, с. 94–95]. Такий розподіл допоможе ясніше диференціювати той чи інший адміністративний розсуд, закріплений законодавчими нормами.

Перший підвид адміністративного розсуду імперативного типу полягає в передбаченні правовою нормою чітких можливих (альтернативних) варіантів вирішення ситуації з огляду на оцінку фактичних обставин. Зокрема, відповідно до пункту «а» ч. 1 і ч. 2 ст. 42 Закону України «Про забезпечення санітарно-гігієнічного благополуччя населення» посадовим особам органів державної санітарно-епідеміологічної служби надаються повноваження застосовувати заходи для припинення порушення санітарних норм шляхом обмеження, тимчасової заборони чи припинення діяльності підприємств, установ, організацій, об'єктів будь-якого призначення, технологічних ліній, машин і механізмів, виконання окремих технологічних операцій, користування плаваючими засобами, рухомих складом і літаками в разі їх невідповідності вимогам санітарних норм. Таким чином, згідно з указаною нормою альтернативним варіантом є на власний розсуд прийняти рішення уповноваженим органом щодо обмеження або заборони, припинення діяльності суб'єкта чи об'єкта, що порушує санітарні норми. При цьому будь-який з наведених варіантів, що буде обраний суб'єктом публічної адміністрації, є законним, оскільки він закріплений у правовій нормі.

Другий підвид адміністративного розсуду імперативного типу застосовується, коли в адміністративно-правових нормах законодавцем вказано лише крайні межі відповідної санкції, у діапазоні якої її можна застосувати. Тобто альтернативного вибору, який слід зробити вповноваженому суб'єкту, немає. У більшості випадків цей підвид має місце під час накладення адміністративних стягнень за вчинене правопорушення. Важливою ознакою вказаного підвиду розсуду є наявність слів «від» і «до», які й визначають межі санкції. У якості прикладу наведемо ст. 831 Кодексу про адміністративні правопорушення України, якою закріплено, що порушення законодавства про захист рослин передбачає, зокрема, накладення штрафу на громадян *від п'яти до десяти* неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Таким чином, адміністративний розсуд проявляється в здійсненні вибору уповноваженим суб'єктом щодо обрання легшого чи жорсткішого розміру штрафу залежно від характеру діяння.

Другим видом є *адміністративний розсуд диспозитивного типу*, який полягає в тому, що норма права визначає необхідність суб'єкта публічної адміністрації діяти чи приймати рішення на власний розсуд під час оцінки конкретних юридичних фактів. За таких обставин норма законодавства не визначає наперед чіткі умови чи підстави, оскільки те, чи настануть відповідні правові наслідки, чи ні, буде визначено уповноваженим суб'єктом у кожній окремій ситуації [3, с. 126].

Здійснення розсуду відбувається на підставі законодавчих норм, однак за обставин, коли законодавцем не чітко визначено чи взагалі не врегульовано процедуру здійснення адміністративного розсуду, для кращої реалізації своїх повноважень суб'єкт публічної адміністрації володіє правом вільно діяти задля досягнення ефективного результату. Така свобода дій включає в себе гнучкість і почуття справедливості. У цілому вбачаємо, що це є позитивною ознакою адміністративного процесу й запорукою прийняття справедливого рішення. При цьому розсуд, здійснення якого детально виписане законодавчими нормами, для пересічного громадянина породжує почуття несправедливості. Обговорюючи позитивні аспекти розсуду, варто враховувати, що в теорії соціальної поведінки нашої держави суспільство відчуває себе більш безпечно, коли чиновники, посадові особи обмежені законодавчими нормами та правилами. Ставлення суспільства до диспозитивного типу розсуду й відображає цей конфлікт.

Проілюструвати застосування диспозитивного типу розсуду найкращим способом можна через здійснення уповноваженими суб'єктами повноважень щодо надання певним категоріям громадян пільг, призначення державної допомоги, видачі, продовження дії й анулювання дозволу, видачі сертифікатів тощо.

Слід зазначити, що згідно з даними у 2014–2015 рр. Державною цільовою соціальною програмою подолання та запобігання бідності, затвердженою постановою Кабінету Міністрів України від 31.08.2011 р. № 1057, підтримка малозабезпечених сімей є одним із напрямів розв'язання бідності в Україні, адже кожен п'ятий працюючий в Україні є бідним.

На практиці ж спостерігається ситуація, за якої в межах реалізації адміністративного розсуду, закріпленого в адміністративно-правових нормах законодавства, Міністерством фінансів України, Міністерством соціальної політики України, фінансовими органами й органами праці та соціального захисту населення на місцях у 2014 р. прийнято рішення про надання понад 560 000 сімей (2,4 млн громадян) соціальної допомоги в розмірі 6,2 млрд грн, у 2015 р. призначено та виплачено допомогу в розмірі 8,3 млрд грн, а на 2016 р. заплановано виплати в сумі 9,5 млрд грн [4, с. 31]. Очевидно, що зазначені суми дають можливість прослідкувати щорічне зростання рівня бідності в нашій країні, що так чи інакше є негативним фактором для держави в цілому.

Водночас прикладом, де в правовій нормі закріплюється диспозитивний тип розсуду, може бути ч. 1 ст. 8 Закону України «Про технічні регламенти й оцінку відповідності», якою передбачено дискреційні повноваження відповідних центральних органів виконавчої влади у сфері технічного регулювання щодо проведення оцінювання претендентів на призначення та подання за його результатами пропозицій щодо призначення органів з оцінки відповідності чи відмови в їх призначенні. У ч. 3 ст. 35 зазначеного Закону детальніше окреслюється таке повноваження, що полягає в праві відповідного органу, який призначає, видає рішення про призначення чи про відмову в призначенні органу з оцінки відповідності застосування адміністративного розсуду під час прийняття того чи іншого рішення. Підставами для прийняття одного з можливих рішень є аналіз поданого претендентом пакету документів, перевірка повноти відомостей, проведення оцінювання претендента на відповідність, підготовка пропозицій тощо. Ці обставини суттєво впливають на майбутнє рішення й використання власного розсуду уповноваженим суб'єктом.

Отже, наявність власного розсуду є важливою умовою для реалізації адміністративного розсуду. При цьому особливе значення має саме розуміння змісту й належне трактування наданих законодавством повноважень як обов'язкова умова для використання права прийняття управлінських рішень і вирішення завдань.

Зміст, обсяг і рівень повноважень суб'єкта публічної адміністрації впливають на характер і обсяг адміністративного розсуду. У зв'язку із цим для належного здійснення публічного адміністрування державні органи володіють можливістю перенаправляти підпорядкованим і відповідно нижчим органам управління окремі задачі для самостійного прийняття рішень чи здійснення дій.

Водночас існує ймовірність перевищення меж наданої компетенції та втручання в повноваження іншого суб'єкта, результатом чого слугуватиме помилкове прийняття рішення, здійснення дій або неприйняття необхідного рішення чи посадова бездіяльність. Підстави й причини появи порушення адміністративного розсуду як перевищення меж буде розглянуто в інших роботах.

Третім видом є *адміністративний розсуд інтерпретаційного типу*, який полягає в тому, що суб'єкт публічної адміністрації діє, приймає рішення на підставі адміністративно-правових норм, які містять оціночні поняття (доцільність, необхідність, із важливих підстав, із поважних причин, суспільний інтерес тощо). Відповідно відбувається адміністративна інтерпретація оціночних понять і оцінки публічного інтересу, загального блага. Цей вид розсуду наділяє вповноваженого суб'єкта великим ступенем самостійності й свободи, оскільки вказані оціночні поняття не мають свого законодавчого закріплення, а отже, визначаються вповноваженим суб'єктом у міру розуміння ним фактичних обставин справи.

Зокрема, варто навести положення ст. 7 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», яка визначає, що *в разі необхідності* вжиття інших заходів реагування орган державного нагляду (контролю) протягом п'яти робочих днів із дня завершення здійснення заходу державного нагляду (контролю) складає припис, розпорядження, інший розпорядчий документ щодо усунення порушень, виявлених під час здійснення заходу, а у випадках, передбачених законом, також звертається в порядку та строки, установлені законом, до адміністративного суду з позовом щодо підтвердження обґрунтованості вжиття до суб'єкта господарювання заходів реагування, передбачених відповідним розпорядчим документом. Таким чином, указаною нормою окреслено право вповноваженого суб'єкта за наявності відповідних рівноцінних обставин на власний розсуд діяти в спосіб, що є прийнятним, допустимим і найоптимальнішим у конкретній ситуації.

Інтерпретаційний тип застосування розсуду асоціюється з повноваженнями завершити задачу, розпочату суб'єктом публічної адміністрації. Уживання оціночних понять у більшості випадків вимагає простого розширення повноважень для просування вперед роботи, розпочатої на підставі відповідного закону. Уживання розсуду в такому розумінні включає готовність суб'єктів публічної адміністрації прийняти фундаментальний атрибут – повноваження заповнювати деталі. Одним із нюансів такого розсуду є те, що він може не бути визначений прямо в законі, а лише зазначений у широкому вигляді, базуючись на припущенні, що вповноваженим органом будуть заповнені всі необхідні деталі. Проте такий вид розсуду також часто може бути

наданий із необережності, коли вищий орган виконавчої влади ненавмисно залишає суб'єкту публічної адміністрації за тих чи інших обставин питання без відповіді. Тому зазначимо, що дійсно, деяка незавершеність, узагальненість і невизначеність видаються неминучими. Таким чином, у разі існування занадто широких меж розсуду, що встановлені оціночними поняттями, знижується ефективність адміністративної діяльності в цілому й можливе порушення законності [5, с. 98].

Принагідно слід зазначити, що здійснення суб'єктом публічної адміністрації адміністративного розсуду вказаних видів характеризується проявом основних форм правової діяльності: правотворчої (щодо створення правових норм, їх зміни й скасування); правозастосовної (щодо реалізації нормативно-правових приписів); контрольно-наглядової (щодо здійснення спостереження й перевірки); установчої (щодо здійснення структурних перетворень); інтерпретаційної (щодо з'ясування й роз'яснення правових норм). Їх застосування безпосередньо пов'язане з розглядом юридичних справ чи життєвих обставин, що потребують юридичного забезпечення шляхом закріплення у відповідних процесуальних документах.

Четвертим видом і найзагальнішим серед зазначених є *адміністративний розсуд організаційно-розпорядчого типу*, що має місце, коли суб'єкти публічної адміністрації ведуть організаційну чи матеріально-технічну діяльність, яка врегульована матеріальними нормами права в загальних рисах.

Результатом здійснення такого виду розсуду буде не прийняття окремого акта, а здійснення організаційної чи матеріально-технічної діяльності, що впливає зі щоденної поточної діяльності суб'єктів публічної адміністрації. При цьому доцільно відзначити, що кожна така діяльність не створює окремих юридичних наслідків, але є окремим вкладом у кінцевий результат.

З огляду на вказане, такий вид адміністративного розсуду забезпечується через не правові форми діяльності уповноважених на те суб'єктів. Тим не менше, безперечно, така діяльність повинна здійснюватися в межах визначеної компетенції та відповідно до чинного законодавства. Прикладом застосування суб'єктами публічної адміністрації такого виду розсуду є проведення нарад, сесій, засідань, офіційних візитів, круглих столів, індивідуальний прийом, надання консультацій, роз'яснень, опрацювання інформаційних звернень, розроблення методичних рекомендацій, програм тощо. Водночас ефективність і якість такої діяльності не завжди має належний рівень, що породжує лише формальне виконання законодавчих норм і поверховість здійснення такого виду адміністративного розсуду.

Звернемо увагу на виявлені Рахунковою палатою України недоліки в діяльності Міністерства економічного розвитку й торгівлі України під час надання листів-роз'яснень у 2014–2015 рр. із питань застосування законодавства у сфері державних закупівель, викладені у звіті про результати проведеного аналізу стану державних закупівель в Україні [6, с. 21]. Як вбачається з положень п. п. 10, 13 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про здійснення державних закупівель» (у редакції, що діяла на час проведення перевірки), основними функціями вказаного Міністерства як центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державних закупівель, є надання правової допомоги замовникам, учасникам державних закупівель, консультацій щодо застосування норм законодавства у сфері державних закупівель. Водночас перевірка показала, що роз'яснення щодо питань застосування законодавства в цій сфері є формальними, містять уточнення про їх виключно рекомендаційний та інфор-

маційний характер і не тягнуть за собою правових наслідків, не допомагають замовникам зорієнтуватись у проблемах і прийняти законне рішення. Зроблено висновок, що оскільки такі роз'яснення не впливають на ефективність і правильність застосування норм законодавства, то Міністерство фактично не забезпечує належне виконання функцій спеціального Закону про надання офіційних роз'яснень.

У цілому зазначимо, що наявність повноважень у суб'єктів публічної адміністрації зовсім не гарантує якість і ефективність реалізації таких повноважень на практиці. Це підтверджується результатами перевірки, зазначеними у звіті [7].

Висновки. Підсумовуючи вищезазначене, зауважимо, що вказані види адміністративного розсуду є найбільш розповсюдженими й загально визначеними серед сучасних науковців-правників. Водночас не треба ігнорувати окремі дослідження деяких адміністративістів, в яких глибше розкривається сутність видів адміністративного розсуду й до зазначених видів додаються інші; також науковцями пропонуються думки щодо загального поділу розсуду, обмежуючись лише двома видами.

Проведене дослідження дає підстави стверджувати, що розкриття змісту видів інституту адміністративного розсуду є важливим завданням для з'ясування того, як діяльність суб'єктів публічної адміністрації реалізується практично. Безумовно, наявність чітко прописаних законодавчих норм на вповноваження здійснення того чи іншого виду розсуду не може бути запорукою застосування справедливого й чесного розсуду. Важливим аспектом у цьому є рівень компетентності суб'єкта публічної адміністрації, його професійні якості, попередній досвід тощо. Суворе дотримання законодавчих норм саме по собі без компетентної вповноваженої особи не є гарантією ефективного застосування адміністративного розсуду й тим паче забезпечення прав та інтересів приватних осіб.

Література:

1. Підсумки діяльності Державної служби України з питань праці за 2016 рік // Державна служба України з питань праці [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dsp.gov.ua/>
2. Лагода О.С. Адміністративна процедура : теорія і практика застосування : дис.. канд. юрид. наук : 12.00.07 О.С. Лагода ; Національний ун-т держ. податкової служби України. – Ірпінь, 2007. – 187 с.
3. Ткач Г.Й. Правова природа дискреційних повноважень органу виконавчої влади. Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / Г.Й. Ткач. – К. : Факт, 2003. – 384 с.
4. Звіт про результати аудиту ефективності використання коштів субвенції з державного бюджету місцевим бюджетам на надання державної соціальної допомоги малозабезпеченим сім'ям : Рі-

шення Рахункової палати України від 22.03.2016 р. № 5-5 // Рахункова палата України [Електронний ресурс] . – Режим доступу : http://www.ac-rada.gov.ua/doccatalog/document/16748963/Zvit_5-5.pdf?subportal=main.

5. Резанов С.А. Адміністративний розсуд: нормативна основа та її удосконалення / С.А. Резанов // Національний університет внутрішніх справ. – 2005. – № 5. – С. 96–99.
6. Звіт про результати проведеного аналізу стану державних закупівель в Україні у 2014 та поточному роках : Рішення Рахункової палати України від 15.12.2015 р. №11-6 // Рахункова палата України [Електронний ресурс] . – Режим доступу : http://www.ac-rada.gov.ua/doccatalog/document/16747671/Zvit_11-6.pdf.

Семеній Е. Н. Сущность видов административно-го усмотрения субъектов публичной администрации: практический аспект разграничения

Аннотация. В статье приводится обзор категории «виды административного усмотрения субъектов публичной администрации». Автор выясняет основные виды административного усмотрения. Раскрывается сущность видов административного усмотрения через практическое применение существующих законодательных норм. Сделан вывод, что установление законодательными нормами полномочий субъектам публичной администрации не гарантирует качество и эффективность реализации таких полномочий на практике.

Ключевые слова: административное усмотрение, виды административного усмотрения, деятельность субъектов публичной администрации, усмотрение субъектов публичной администрации.

Semenii O. Content of the types of administrative discretion of the subjects of public administration: practical aspect of differentiation

Summary. The article gives an overview of the category of 'types of administrative discretion of the subjects of public administration'. The author identifies the main types of administrative discretion. The article highlights the content of the types of administrative discretion through the practical application of existing legislation. It is concluded that the establishment the powers of the subjects of public administration with legislative regulations does not guarantee the quality and effectiveness of the implementation of such powers in practice.

Key words: administrative discretion, types of administrative discretion, activities of the subjects of public administration, discretion of the subjects of public administration.

Братковський В. М.,

аспірант кафедри адміністративного права та адміністративного процесу
Львівського державного університету внутрішніх справ

ОЗНАКИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПОРУШЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО МОБІЛІЗАЦІЙНУ ПІДГОТОВКУ ТА МОБІЛІЗАЦІЮ

Анотація. Визначено ознаки адміністративного порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію. Доведено, що адміністративне правопорушення у сфері мобілізаційної підготовки та мобілізації має спеціальні ознаки, за якими воно відрізняється від інших адміністративних проступків.

Ключові слова: мобілізація, адміністративна відповідальність, адміністративний проступок, суспільна шкідливість, військовозобов'язані.

Постановка проблеми. У судовій практиці адміністративна відповідальність вважається найпоширенішим видом юридичної відповідальності. Діяння вважається адміністративно-караним, якщо за його вчинення передбачена адміністративна відповідальність.

Кожне адміністративне правопорушення має свої спеціальні ознаки, які вирізняють його з-поміж інших адміністративних проступків. На практиці визначення ознак адміністративного проступку дає можливість вирішити питання, чи є відповідне діяння адміністративно-караним, та провести відмежування одного адміністративного проступку від іншого. Враховуючи, що наразі в Україні триває особливий період, визначення ознак адміністративного порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію набуває особливої актуальності та потребує свого наукового обґрунтування.

Дослідженням ознак адміністративного правопорушення, зокрема у сфері порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію, займалися такі провідні вчені: В.Б. Авер'янов, Б.А. Бабич, Ю.П. Битяк, В.М. Бурдін, І.А. Галаган, В.П. Діденко, Р.Я. Заяць, С.В. Ківалов, В.К. Колпаков, Т.О. Коломєць, В.А. Крижановська, Д.М. Лук'янець, А.А. Манжула, Н.А. Орловська, О.О. Погрібний, А.С. Шевченко, А.О. Штанько та ін.

Метою наукової статті є комплексне визначення та дослідження ознак адміністративного порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію.

Виклад основного матеріалу дослідження. Кожна особа за вчинення протиправного діяння повинна бути справедливо покарана. Відповідальність за вчинене діяння повинна наставати виключно в межах санкції статті правового акта, який передбачає міру відповідальності за протиправну дію чи бездіяльність. Одним із видів юридичної відповідальності за порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію є адміністративна відповідальність, яка передбачена ст. 210-1 «Порушення законодавства про оборону, мобілізаційну підготовку та мобілізацію» Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП).

Адміністративному порушенню законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію притаманні як загальні

ознаки, які стосуються всіх адміністративних правопорушень, так і спеціальні ознаки, які належать виключно до адміністративних правопорушень у сфері мобілізаційної підготовки та мобілізації. Пропонуємо розглянути їх детальніше.

Так, наприклад, В.В. Середа, Ю.С. Назар, К.М. Костовська, вважають, що усі ознаки адміністративного правопорушення необхідно поділяти на об'єктивні та суб'єктивні. До об'єктивних ознак науковці відносять суспільну шкідливість, протиправність, караність, а до суб'єктивних ознак – винуватість та осудність (деліктоздатність) [1, с. 168–170].

Свою чергою В.В. Галунько, В.І. Курило, С.О. Коросд, О.Ю. Дрозд, І.В. Гиренко, О.М. Єщук, І.М. Риженко, А.А. Іванищук, Р.Д. Саунін, І.М. Ямкова вважають, що ознаками адміністративного правопорушення є протиправна дія чи бездіяльність, винність, адміністративна караність та суспільна небезпека [2, с. 158–159].

На нашу думку, цікавою є позиція І.А. Мартинова, який вважає, що до ознак адміністративного порушення необхідно відносити:

– протиправність;

– винність;

– наявність закріпленої в нормах права адміністративної відповідальності за вчинене правопорушення;

– наявність обставин, що виключають адміністративну деліктність діяння [3, с. 16].

Вищезазначені ознаки адміністративного правопорушення є обов'язковими для усіх складів адміністративних правопорушень, зокрема й у сфері порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію.

На нашу думку, основною ознакою адміністративного правопорушення у сфері мобілізаційної підготовки та мобілізації є його караність. Як зазначає Б.А. Бабич, караність передбачає, що за вчинення конкретного правопорушення особа нестиме передбачену чинним законодавством адміністративну відповідальність [4, с. 147].

На думку Н.В. Дараганової, адміністративна караність проступку як його ознака полягає у тому, що за його вчинення особа повинна нести лише адміністративну відповідальність [5, с. 125].

Натомість Н.С. Федорук вважає, що караність – це конкретна дія або бездіяльність, що може бути визнана проступком лише в тому разі, коли за його вчинення законодавством передбачена адміністративна відповідальність [6, с. 218].

На нашу думку, адміністративна караність означає можливість застосування до порушника адміністративного стягнення, хоча реально воно може й не накладатися, наприклад, у випадку звільнення від адміністративної відповідальності.

Згідно з українським законодавством адміністративні стягнення за порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію накладаються у вигляді штрафу.

Інші види адміністративних стягнень за санкцією ст. 210-1 «Порушення законодавства про оборону, мобілізаційну підготовку та мобілізацію» КУпАП не передбачено.

На нашу думку, розмір штрафу, що накладається за порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію, залежить від декількох обставин:

– чи вчинено адміністративне правопорушення громадянином шляхом ухилення від мобілізації, чи посадовою особою – у разі неналежного виконання своїх посадових обов'язків (наприклад, невиконання інспектором з військового обліку, що працює в органі місцевого самоврядування, своїх обов'язків із забезпечення оповіщення військовозобов'язаних громадян про збори, пов'язані з мобілізацією – *В.Б.*).

Згідно зі ст. 210-1 «Порушення законодавства про оборону, мобілізаційну підготовку та мобілізацію» КУпАП на військовозобов'язаних громадян накладається штраф у розмірі від десяти до тридцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а на посадових осіб – від тридцяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян [7].

– розмір штрафу залежить від того, чи вчинено правопорушення за обставин, що обтяжують відповідальність за адміністративне правопорушення. Наприклад, якщо військовозобов'язаним вчинено ухилення від мобілізації в стані сп'яніння, то орган (посадова особа), який накладає адміністративне стягнення, залежно від характеру адміністративного правопорушення може не визнати таку обставину обтяжуючою (п. 6 ч. 1 ст. 35 КУпАП). Якщо ж військовим комісаром така обставина визнана обтяжуючою, то на порушника можуть накласти вищий розмір штрафу, але не більше тридцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а на посадових осіб – не більше ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

– відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 35 КУпАП обставинами, що обтяжують відповідальність за адміністративне правопорушення (зокрема за порушення законодавства про оборону, мобілізаційну підготовку та мобілізацію – *В.Б.*), визнається: повторне протягом року вчинення однорідного правопорушення, за яке особу вже було піддано адміністративному стягненню [7].

У такому разі розмір штрафу за порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію для громадян становитиме від тридцяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, для посадових осіб – від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Варто зауважити, що штраф за порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію має бути сплачений порушником не пізніше, як через п'ятнадцять днів з дня вручення йому постанови про накладення штрафу, а в разі оскарження такої постанови – не пізніше, як через п'ятнадцять днів з дня повідомлення про залишення скарги без задоволення. Постанову посадової особи військового комісаріату про накладення адміністративного стягнення може бути оскаржено у вищий орган (вищий посадовий особі) або в районний, районний у місті, міський чи міськрайонний суд. Відповідно до ст. 289 КУпАП скаргу на постанову військового комісара у справі про адміністративне правопорушення може бути подано протягом десяти днів з дня винесення постанови [7].

На нашу думку, наступною ознакою адміністративного порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію є його суспільна шкідливість.

Варто зауважити, що деякі науковці (Н.В. Дараганова, А.В. Куракін, А.М. Кононов, М.В. Костенніков та ін.) вважають, що ознакою адміністративно-карного порушення є його суспільна небезпека [5, с. 125; 8, с. 179].

Така позиція науковців є досить суперечливою, оскільки суспільна небезпека є обов'язковою ознакою кримінального злочину, тому прирівнювати цю ознаку до адміністративного проступку є не зовсім виправданим, оскільки наслідки від вчинення злочинних діянь є значно небезпечнішими, ніж від адміністративних проступків.

На основі викладеного ми дотримуємося позиції про те, що ознакою адміністративного порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію є його суспільна шкідливість.

На думку В.В. Середи, Ю.С. Назара, К.М. Костовської, суспільна шкідливість – це дія чи бездіяльність, що заподіює або створює загрозу заподіяння шкоди об'єктам адміністративно-правової охорони, які передбачені у ст. 9 КУпАП [1, с. 169].

Ми підтримуємо позицію А.О. Штанько, яка вказує на те, що суспільна шкідливість – шкода, що завдається або може бути завдана правопорушенням окремим особам, державі, суспільству, і вимірюється в кількісному або якісному співвідношенні, виражається в майнових, немайнових та інших наслідках, у результаті чого порушується унормований стан соціальних зв'язків у суспільстві [9, с. 12].

Як зазначає Н.А. Орловська, шкодою повинне вважатися погіршення, знищення або недосягнення будь-якого суспільного блага незалежно від того, в якій формі шкода заподіяна [10, с. 673].

Шкідливості правопорушення набуває лише після його вчинення, оскільки тільки тоді наступають наслідки, які дозволяють розцінювати його як шкідливе. До цього суспільна шкідливість діяння є лише можливою [11, с. 25–26].

Отже, суспільна шкідливість адміністративного правопорушення у сфері порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію настає лише після вчинення військовозобов'язаними чи посадовими особами органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій незалежно від форми власності відповідного адміністративного проступку. У процесі вчинення адміністративного правопорушення, що передбачене ст. 210-1 «Порушення законодавства про оборону, мобілізаційну підготовку та мобілізацію» КУпАП, шкода завдається як інтересам конкретного громадянина (наприклад, ненадання військовозобов'язаному у встановленому законодавством порядку відстрочки від мобілізації – *В.Б.*), так і інтересам держави загалом (наприклад, неналежне виконання підприємством, установою та організацією державного мобілізаційного замовлення (завдання) – *В.Б.*).

Наступною ознакою адміністративного правопорушення у сфері порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію є його протиправний характер.

Як вважає В.К. Колпаков, протиправність – це діяння, яке завжди посягає на загальнообов'язкові правила, встановлені тим чи іншим нормативним актом [12, с. 352].

Натомість Т.О. Коломоєць зазначає, що протиправність – це заборона дій, яка передбачена конкретною адміністративною нормою [13, с. 334–335].

Ми вважаємо, що суть протиправності повинна зводитися до того, що кожне конкретне діяння (дія чи бездіяльність)

має визнаватися адміністративним правопорушенням лише тоді, коли воно передбачене як таке чинним адміністративно-деліктним законодавством. Тобто адміністративний проступок у сфері порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію визнається протиправним тоді, коли військовозобов'язаними громадянами чи посадовими особами підприємств, установ та організацій порушуються встановлені норми Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» і за порушення яких передбачена адміністративна відповідальність за ст. 210-1 «Порушення законодавства про оборону, мобілізаційну підготовку та мобілізацію» КУпАП. Наприклад, відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 21 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» підприємства, установи і організації зобов'язані «забезпечувати в разі мобілізації доставку техніки на збірні пункти та у військові частини згідно з мобілізаційними завданнями (замовленнями)» [14]. У разі порушення зазначеної норми діяння порушника вважатимуться протиправними, а отже, підлягатимуть адміністративній відповідальності за ст. 210-1 «Порушення законодавства про оборону, мобілізаційну підготовку та мобілізацію» КУпАП.

Наступною ознакою адміністративно-карного порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію є винність. Як зазначає А.А. Манжула, винністю слід розуміти як негативне ставлення особи до діяння та його наслідків [15, с. 146].

На думку В.В. Галуцького, винність означає, що адміністративним проступком може бути тільки дія, вчинена фізичною особою умисно або з необережності, у межах порушеної норми [2, с. 158].

Отже, поняття «особа, винна у вчиненні адміністративного правопорушення», означає, що поведінка цієї особи негативна з точки зору як закону, так і громадської думки, що її діяння оцінюється як суспільно шкідливе, має негативний характер, а також, що до такої особи необхідно застосувати адміністративне стягнення, передбачене чинним законодавством. На нашу думку, у таких випадках необхідно пам'ятати про формальну наявність вини, оскільки за відсутності винуватості особи ставиться питання про звільнення її від адміністративної відповідальності за порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію.

Отже, до ознак адміністративного порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію необхідно відносити обставини, що виключають адміністративну відповідальність. У теорії права існує позиція про те, що обставини, які виключають юридичну відповідальність, – це спеціально визначені законом винятки з правил, згідно з якими діяння, що зберігає ззовні вигляд правопорушення, за певних обставин таким не вважається, а особа не підлягає юридичній відповідальності. У такому разі відсутній будь-який елемент складу правопорушення, що унеможливує юридичну відповідальність за об'єктивно існуючий, реальний вчинок [16, с. 379].

Натомість М.С. Медведєва зазначає, що обставини, які виключають юридичну відповідальність особи – це передбачені різними галузями права квазінеправомірні стани і вчинки, що характеризуються відносною суспільною шкідливістю і протиправністю, які за наявності в нормі права певних ознак юридичних фактів (виключності, об'єктивності, складності), виключають правову відповідальність особи [17, с. 12].

Підтримуючи позицію С.В. Медведєвої, варто зауважити, що в Україні відповідно до ст. 17 КУпАП «особа, яка діяла в стані крайньої необхідності, необхідної оборони або яка була в стані неосудності, не підлягає адміністративній відповідальності» [7].

Отже, можна зробити висновок, що до обставин, які виключають адміністративну відповідальність за порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію, відносять стан неосудності військовозобов'язаного чи посадової особи, а також діяння особи, вчинені у стані необхідної оборони та крайньої необхідності. Розглянемо ці випадки детальніше на наведених прикладах.

Наприклад, відповідно до п. 10 ч. 1 ст. 18 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» посадові особи органу місцевого самоврядування організують під час мобілізації в установленому порядку своєчасне оповіщення та прибуття громадян, які залучаються до виконання обов'язку щодо мобілізації на збірні пункти та у військові частини [14].

На практиці цілком може виникнути ситуація, коли посадова особа органу місцевого самоврядування службовим транспортом доставляє військовозобов'язаних на збірні пункти у військові частини на підставі вручених їм мобілізаційних повісток. Проте дорогою військовозобов'язаному стає з невідомих причин погано, тому посадова особа вирішує змінити маршрут та їде до лікарні, а не до військової частини, заради збереження життя військовозобов'язаного.

За звичайних умов посадова особа органу місцевого самоврядування, не виконуючи обов'язку щодо доставлення громадян, які залучаються до виконання обов'язку щодо мобілізації на збірні пункти та у військові частини, підлягає адміністративній відповідальності за ст. 210-1 «Порушення законодавства про оборону, мобілізаційну підготовку та мобілізацію» КУпАП. Проте у цьому разі посадова особа органу місцевого самоврядування діяла в стані крайньої необхідності для того, щоб зберегти життя військовозобов'язаному, тому адміністративна відповідальність виключається.

Наступним випадком, коли настання адміністративної відповідальності за порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію виключається, є вчинення адміністративного проступку у стані необхідної оборони.

Відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 21 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» посадові особи підприємств, установ та організацій зобов'язані забезпечувати своєчасне прибуття працівників, які залучаються до виконання обов'язку щодо мобілізації на збірні пункти та до військових частин [14].

На практиці може виникнути ситуація, коли посадова особа підприємства, установи та організації доставляє свого працівника до військового комісаріату у зв'язку із отриманою ним повісткою на мобілізацію. У дорозі працівник раптом починає погрожувати ножом та вимагає не відвозити його на пункт збору. Керівник задля збереження власного життя оглушує працівника та відвозить до лікарні, тим самим порушуючи норму п. 6 ч. 1 ст. 21 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію». За звичайних умов посадову особу підприємства, установи та організації притягнули б до адміністративної відповідальності за ст. 210-1 «Порушення законодавства про оборону, мобілізаційну підготовку та мобілізацію» КУпАП. Проте у цьому разі керівник юридичної особи вчиняє відповідне адміністра-

тивне правопорушення у стані необхідної оборони, тому адміністративній відповідальності за ст. 210-1 «Порушення законодавства про оборону, мобілізаційну підготовку та мобілізацію» КУпАП він не підлягатиме.

Наступним випадком, коли особа звільняється від притягнення до адміністративної відповідальності за порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію, є вчинення нею адміністративного проступку у стані неосудності.

Відповідно до ст. 20 КУпАП «не підлягає адміністративній відповідальності особа, яка під час вчинення протиправної дії чи бездіяльності була в стані неосудності, тобто не могла усвідомлювати свої дії або керувати ними внаслідок хронічної душевної хвороби, тимчасового розладу душевної діяльності, слабумства чи іншого хворобливого стану» [7].

З цього приводу слушно зауважує В.М. Бурдін: типовою помилкою, яку допускають при цьому вчені, є введення до ознак поняття неосудності вказівки на причини, що зумовлюють наявність такого стану. Зазвичай, одночасно допускають й іншу методологічну помилку, коли законодавчі положення, які стосуються причин неосудності, розглядають як такі, що наведені законодавцем повно та вичерпно. Такий підхід не тільки не виправданно заперечував необхідність законодавчого закріплення поняття осудності, а й вносив плутанину щодо розуміння ознак цього поняття [18, с. 330].

Варто розуміти, що військовозобов'язаний, який вчиняє адміністративне правопорушення, передбачене ст. 210-1 «Порушення законодавства про оборону, мобілізаційну підготовку та мобілізацію» КУпАП в стані неосудності, не тільки не підлягає адміністративній відповідальності, а й не може бути призваний проходити військову службу по мобілізації.

Щодо посадових осіб, то важко уявити ситуацію, коли особа, яка перебуває в стані неосудності, може працювати на посадах органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій незалежно від форми власності.

Проте не варто виключати випадків, коли військовозобов'язаний чи посадова особа перебувають у стані тимчасового розладу душевної діяльності. У такому разі питання про неосудність ставиться уже після вчинення адміністративного проступку у сфері порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію.

Висновки. Отже, до ознак адміністративно-карного порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію необхідно відносити:

- адміністративну протиправність;
- адміністративну караність;
- суспільну небезпеку;
- винність;
- наявність закріпленої в нормах права адміністративної відповідальності за вчинене правопорушення;
- обставини, що виключають адміністративну відповідальність військовозобов'язаного чи посадової особи органу державної влади, органу місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації за порушення законодавства про мобілізаційну підготовку та мобілізацію (крайня необхідність, необхідна оборона, неосудність).

Відповідні ознаки відіграють важливу роль під час вирішення питання щодо можливості притягнення винної особи до адміністративної відповідальності за ст. 210-1 «Порушен-

ня законодавства про оборону, мобілізаційну підготовку та мобілізацію» КУпАП.

Література:

1. Серета В.В. Адміністративне право України (у схемах та коментарях): навчальний посібник / В.В. Серета, Ю.С. Назар, К.М. Костовська. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ. – 2016. – 300 с.
2. Галуцько В.В. Адміністративне право України. Т.1. Загальне адміністративне право: навчальний посібник / [В.В. Галуцько, В.І. Курило, С.О. Короед, О.Ю. Дрозд, І.В. Гиренко, О.М. Єщук, І.М. Риженко, А.А. Іваничук, Р.Д. Саунін, І.М. Ямкова]; за ред. проф. В.В. Галуцька. – Херсон: Грінв Д.С., 2015. – 272 с.
3. Мартынов И.А. Институт исключения деликтности деяния в административном праве: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.14 – административное право; финансовое право; информационное право / И.А. Мартынов. – Москва. – 2006. – 26 с.
4. Бабич Б.А. Суспільна небезпека як категорія адміністративно-деліктного права / Б.А. Бабич // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 4. – С. 147–150.
5. Дараганова Н.В. Адміністративне право України: навчальний посібник / Н.В. Дараганова. – Київ: ВНЗ «Національна академія управління». – 2013. – 271 с.
6. Федорук Н.С. Адміністративне право України (загальна частина): навчальний посібник / Н.С. Федорук. – Чернівці: Чернівецький національний університет. – 2013. – 296 с.
7. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 07 грудня 1984 р. № 8073-Х [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>.
8. Актуальные проблемы административного права: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / М.В. Костеников, А.В. Куракин, А.М. Кононов, П.И. Кононов. – Москва: ЮНИТИ-ДАНА. – 2013. – 383 с.
9. Штанько А.О. Правопорушення як вид правової поведінки: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / А.О. Штанько // Київський національний університет внутрішніх справ. – Київ. – 2009. – 18 с.
10. Орловська Н.А. Соціальна шкідливість та суспільна небезпека: концептуальні аспекти співвідношення у контексті побудови кримінально-правових санкцій / Н.А. Орловська // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 672–680.
11. Шириков А.С. Социальная вредность и общественная опасность противоправного деяния: проблема соотношения / А.С. Шириков // Право и политика. – 2004. – № 5. – С. 21–26.
12. Колпаков В.К. Курс адміністративного права України: підручник / В.К. Колпаков. – Київ: Юрінком Інтер. – 2013. – 869 с.
13. Адміністративне право України: словник термінів: [навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів] / [Д.С. Андреева та ін.; за загальною редакцією Т.О. Коломоєць, В.К. Колпакова]. – Державний вищий навчальний заклад «Запорізький національний університет». – Київ: Ін Юре. – 2014. – 519 с.
14. Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію: Закон України від 21.10.1993 р. № 3543-ХІІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3543-12>.
15. Манжула А.А. Проступок: історія виникнення поняття, ознаки та особливості прояву в законодавстві / А.А. Манжула // Митна справа. – №4 (76). – 2011. – С. 142–148.
16. Загальна теорія держави і права: [Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін. – Харків: Право. – 2009. – 584 с.
17. Медведева С.В. Теоретические основания юридических факторов, исключающих правовую ответственность личности: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01. «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / С.В. Медведева. – Москва. – 2005. – 21 с.
18. Бурдін В.М. Осудність та неосудність (кримінально-правове дослідження): монографія / В.М. Бурдін. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка. – 2010. – 780 с.

Братковский В. М. Признаки административного нарушения законодательства о мобилизационной подготовке и мобилизации

Аннотация. Определены признаки административного нарушения законодательства о мобилизационной подготовке и мобилизации. Доказано, что административное правонарушение в сфере мобилизационной подготовки и мобилизации имеет специальные признаки, по которым оно отличается от других административных проступков.

Ключевые слова: мобилизация, административная ответственность, административный проступок, общественная вредность, военнообязанные.

Bratkovskiy V. Features of administrative violations of legislation on mobilization preparation and mobilization

Summary. Identified features of administrative violations of legislation on mobilization preparation and mobilization. It is proved that an administrative offense in the mobilization training and mobilization has special characteristics by which it differs from other administrative offenses.

Key words: mobilization, administrative responsibility, administrative offense, social harm, liable for military service.



**ТРУДОВЕ ПРАВО;
ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ**



*Островерх А. М.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри соціальних та правових дисциплін
Національної академії Національної гвардії України*

ЗДІЙСНЕННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ МІГРАЦІЙНОЇ ПОЛІТИКИ У СФЕРІ ПРАЦІ

Анотація. Стаття присвячена аналізу трудової міграції у зв'язку з міграційними процесами на основі правових позицій міжнародного права з метою інтеграції України у світову громадськість в умовах глобалізації.

Ключові слова: глобалізація, трудова міграція, міжнародні стандарти праці, легальні трудові мігранти.

Постановка проблеми. Сьогодні дискусія про міграцію втілює у собі протиріччя між економічною логікою глобалізації, з одного боку, і моральними цінностями, утвердженіми концепцією прав людини, – з іншого боку. У фокусі цих розбіжностей часто виявляються прямо протилежні погляди на те, як повинні захищатися права мігрантів, особливо тих, котрі не мають легального статусу, і те, як можуть бути забезпечені розуміння безпеки і соціальної стабільності, якщо іноземні громадяни виявляються під захистом національного законодавства.

Мета статті. Обрана тема дослідження набуває актуальності, тому що міграція завжди була принципово важливою складовою економічного розвитку і соціального прогресу в багатьох країнах.

Вклад основного матеріалу дослідження. Особливістю розвитку світової економіки нашої епохи є її глобалізація, що проявляється у вільному переливанні капіталів, матеріальних і трудових ресурсів. Міжнародна трудова міграція, масштаби та інтенсивність якої у цих умовах є значною, здійснює перерозподіл робочої сили між країнами, що впливає на ситуацію на ринках праці кожної з країн, рівень зайнятості, безробіття, розмір заробітної плати, розподіл доходів. Враховуючи несприятливу демографічну ситуацію, старіння населення, збільшення тривалості життя, наслідком чого є збільшення витрат на пенсії, що негативно впливає на бюджети промислово-розвинутих країн, вони будуть стимулювати залучення іммігрантів, зокрема і з України. Водночас численність українців також зменшується, а соціально-економічні умови змушують шукати роботу за кордоном. Отже, виникає проблема забезпеченості ринку праці України висококваліфікованими працівниками, що здатні розвивати бізнес і сприяти економічному зростанню України. [1].

Трудова міграція є основним видом світової міграції ХХІ ст. Як процес територіального міждержавного переміщення (мобільності) працівників міжнародна трудова міграція є доволі складним і неоднозначним явищем, про що свідчать офіційні міжнародні документи [2].

Відповідно до угоди з Кабінетом Міністрів України щодо співробітництва у сфері міграції, підписаної 03 грудня 1999 р. та ратифікованої 13 липня 2000 р., Міжнародна організація міграції за погодженням з урядом здійснює в Україні такі міграційні програми: сприяння розвитку потенціалу системи управління міграцією, консультативні послуги та

інші заходи технічного співробітництва з міграційних питань; інформація у галузі міграції; урегулювання міграції громадян, іноземців та осіб без громадянства; міграційна допомога біженцям, раніше депортованим особам та іншим особам, які потребують допомоги; повернення кваліфікованих людських ресурсів; інші програми [3].

Проте слід розрізняти поняття міграції та трудової міграції. Трудову міграцію визначають як переміщення особи з метою тимчасового працевлаштування, що супроводжується перетинанням державного кордону (зовнішня трудова міграція) або меж адміністративно-територіальних одиниць України (внутрішня трудова міграція). Відповідно до Європейської конвенції про правовий статус трудових мігрантів термін «трудова міграція» означає громадянина Договірної Сторони, якому інша Договірна Сторона дозволила перебувати на її території для здійснення оплачуваної роботи [4]. Тобто обов'язковою умовою трудової міграції є працевлаштування. Міграція ж є більш загальним поняттям і, крім отримання роботи, може мати й інші цілі (об'єднання родин, туризм, відвідування родичів, навчання тощо – А.О.) [5].

Крім зазначених програм, результати проведених досліджень можуть також сприяти реалізації нормативних актів, у яких затверджено соціально-економічні заходи щодо розвитку та розміщення продуктивних сил регіонів, зокрема і людських ресурсів.

Проблематика міграції, внутрішньої та зовнішньої, широко обговорюється на всіх рівнях законодавчої діяльності, але не набула однозначності в законодавчих актах через їхню недосконалість і невідповідність міжнародним нормам трудового права. Проблеми трудової міграції знайшли своє відображення у дослідженнях багатьох вітчизняних науковців: В.Н. Капитан [5], С.О. Жовнір [6], Л.Г. Лук'янова Л. [7], В.Д. Патійчук [8], С.Н. Сергєєва [9], Н.М. Філіпова [10] та інші.

Міграція є сферою, де особливо очевидна необхідність чітких правил і вивіреної політики. Тому принципово важливим є просування заснованого на правах людини підходу для забезпечення захисту мігрантів і керування міграційними процесами. Це своєю чергою вимагає формування законодавства стосовно прав людини, визнання міжнародних стандартів праці, гуманізації законів і підвищення поваги до етнічного різноманіття. Саме ці заходи є гарантією демократизації та соціалізації суспільства. Отож у процесі побудови міграційної політики України мають використовуватися єдині всесвітньо визнані права людини

Метою статті є формування законодавчої бази України через визнання прав людини в аспекті світової інтеграції. Необхідним для цього є ґрунтовне дослідження актів міжнародного права, які повинні стати основою нормативно-законодавчої бази стосовно міграційних процесів.

Суттю підходу до міграції з урахуванням прав людини є включення єдиних всесвітньо визнаних прав людини, визначених відповідними міжнародними документами, у національні міграційні законодавства всіх країн, національну міграційну політику і практику, що ґрунтуються на нормах права. Конкретне застосування цих норм визначається історичними, економічними, соціальними і культурними факторами.

Основною ідеєю концепції прав людини є визнання того, що визначені принципи застосовні до всіх людей, у яких би країнах вони не проживали і які б не були обставини їхнього економічного, політичного і культурного життя. Ці принципи сформульовані в Загальній декларації прав людини (далі – ЗДПЛ), що містить у собі норми, єдині для народів усього світу незалежно від їхніх історичних традицій та релігії.

У 1960-х рр. на підставі ЗДПЛ були розроблені дві принципові міжнародні конвенції, що визначили нормативні стандарти політичних і цивільних прав людини, а також економічних, соціальних і культурних прав. Крім того, протягом трьох десятиліть, між 1960 р. і 1990 р., було розроблено спеціальні конвенції. Це Конвенція із запобігання расизму і расової дискримінації (CERD), Конвенція проти катувань (CAT), Конвенція проти дискримінації жінок (CEDAW), Конвенція про права дитини (CRC) і Конвенція 1990 р. щодо захисту прав усіх трудящих мігрантів і членів їхніх родин (CMR).

Захист прав трудових мігрантів і членів їхніх родин у рамках існуючих норм міжнародного права забезпечується за допомогою трьох основних принципів:

1) Рівність між легальними трудовими мігрантами і національними працівниками в області зайнятості й умовах роботи.

2) Основні загально визнані права людини застосовні до всіх мігрантів незалежно від їхнього статусу.

3) Уся сукупність розроблених на міжнародному рівні стандартів в області праці та зайнятості: безпечні умови праці, що не загрожують здоров'ю, максимальне число робочих годин, мінімальна заробітна плата, недискримінація, воля професійних об'єднань, права материнства тощо – мають застосовуватися до всіх працівників.

В основу захисту прав трудящих, включаючи мігрантів, покладено ряд принципів, що були розроблені в Конституції МОП і одержали подальший розвиток у конвенціях цієї організації. Вони стосуються волі асоціацій, права на колективні переговори, захист від примусу до праці, заборони на дитячу працю, недискримінації в області зайнятості. До того ж, як говориться в Декларації МОП 1998 р. «Про основні принципи і права у сфері праці», «усі держави-учасниці, навіть якщо вони не ратифікували згадані Конвенції, мають зобов'язання, що виникають із самого факту їхнього членства в МОП, у частині поваги принципів і прав, що є предметом цих Конвенцій» (п. 2).

Міжнародні стандарти, що стосуються охорони праці, безпеки для здоров'я, умов роботи, заробітної плати, трудових інспекцій, політики в області зайнятості, захисту прав материнства, регулювання приватних і державних агентств зайнятості, а також спеціальні стандарти, застосовувані в тих галузях, де концентрується значне число трудящих-мігрантів, визнані принципово важливими для забезпечення гідної праці для всіх трудових мігрантів.

Не менше значення мають інструменти, що пропонуються МОП для забезпечення рівності прав трудових мігрантів і національних працівників в області соціального забезпечення. Стандарти МОП в галузі соціального забезпечення застосовані до всіх працівників, незалежно від їхнього громадянства; практично в усіх з них містяться вимоги рівного ставлення до іноземних і національних працівників; більшість з них включає спеціальні статті, спрямовані проти дискримінації. Кілька додаткових конвенцій, прийнятих МОП, прямо спрямовані на захист соціальних прав трудящих-мігрантів.

Через норми міжнародного права міжнародні стандарти праці впроваджено в національну політику і практику держав щодо зайнятості і працевлаштування мігрантів. У рішеннях Комітету експертів МОП із застосування конвенцій і рекомендацій постійно підкреслюється, що міжнародні стандарти праці, які стосуються умов праці, безпеки й охорони праці, тривалості робочого тижня і робочого дня, мінімальної оплати праці, недискримінації, волі асоціацій, відпустки у зв'язку з вагітністю та пологами тощо, повинні застосовуватися як до національних, так і до іноземних працівників. Комітет МОП спеціально звертає увагу на те, що всі трудящі-мігранти, незважаючи на їхній правовий статус, мають право на захист своїх інтересів через професійні асоціації.

Під час реалізації принципу рівних прав національних та іноземних працівників і принципу недискримінації часто посилаються на Конвенцію МОП про дискримінацію у сфері зайнятості № 111. Зокрема, у спеціальному рішенні Міжамериканського суду з прав людини в 2003 р. говорилося: «Суд гласно вирішує, що той факт, що людина є мігрантом, не може бути основою для того, щоб її позбавляли людських прав, зокрема трудових. Мігрант, вступаючи в трудові відносини, приймає на себе право бути працівником, що повинно визнаватися незалежно від того, є він легальним чи нелегальним мігрантом. Ці права є наслідком самого факту вступу у трудові відносини» [6].

Конвенція МОП про зайнятість 1949 р. (№ 97) установлює рівність між національними і легальними іноземними працівниками в таких сферах, як працевлаштування, умови життя і праці, доступність правового захисту, оподаткування, соціальний захист. Конвенція МОП про трудящих-мігрантів (Додаткові положення) 1975 р. (№ 143) установлює норми, спрямовані проти експлуатації і трафіка мігрантів. Вони забезпечують захист нелегальних мігрантів і створюють умови для інтеграції легальних мігрантів у приймаючому суспільстві.

Зміст конвенцій № 97 і № 143 сформував основу для формування Міжнародної конвенції про трудящих-мігрантів 1990 р., яка стала базою для визнання економічних, соціальних, культурних і цивільних прав трудових мігрантів.

Дві згадані конвенції МОП і Міжнародна конвенція 1990 р. разом складають міжнародну хартію про міграцію, пропонуючи широку нормативну базу, що визначає положення мігрантів і основи міждержавного співробітництва в керуванні міграційними процесами.

Найбільш важливі положення трьох конвенцій можна підсумовувати в нижченаведених пунктах:

1. Конвенції установлюють усеосяжну понятійну базу і правові основи для вироблення національної політики і практики, що стосується іноземних працівників і членів їх-

ніх родин. Отже, вони виступають інструментами стимулювання держав у розробці й удосконалюванні їхніх національних законодавств відповідно до міжнародних стандартів.

2. Вони пропонують чіткі орієнтири для національної політики і міждержавного співробітництва в питаннях вироблення міграційної політики, обміну інформацією, забезпечення інформацією мігрантів, сприяння поверненню мігрантів і їхньої реінтеграції тощо.

3. Міжнародна конвенція 1990 р. установлює, що трудящі-мігранти – це не просто працівники й економічні суб'єкти; вони також є соціальними суб'єктами разом зі своїми родинами і можуть розраховувати на відповідні соціальні права. Конвенція 1990 р. підсилює принципи конвенцій МОП про трудящих-мігрантів у частині рівності їхніх прав з національними працівниками в країнах прийому.

4. Конвенція МОП № 143 і Конвенція 1990 р. включають положення, спрямовані проти експлуатації мігрантів і забезпечення умов «гідної праці», що визначені міжнародними стандартами праці, і практично усі можуть бути застосовані до трудящих-мігрантів.

5. Конвенція МОП № 143 і Конвенція 1990 р. охоплюють також положення незаконних мігрантів; вони закликають вирішувати проблему незаконної трудової міграції за допомогою міждержавного співробітництва.

6. Ці конвенції заповнюють правову ланку щодо захисту нелегально працюючих іноземних громадян і членів їхніх родин, пропонуючи ввести в національні законодавства країн в'їзду і країн виїзду норми, що забезпечують мінімальний захист нелегальних мігрантів.

7. Хоча ці три конвенції стосуються трудящих-мігрантів, реалізація їхніх положень може забезпечити також захист іншим мігрантам, що знаходяться в уразливому і безправному становищі, наприклад, жертвам торгівлі людьми.

8. Конвенції написані докладно, юридичною мовою, що дозволяє безпосередньо інкорпорувати їхні положення в національне законодавство, уникаючи можливих помилок і невірних тлумачень [4].

Міграційна політика України має враховувати світовий досвід, який свідчить про отримання користі навіть від еміграції висококваліфікованих спеціалістів. Звичайно, емігранти своєю працею примножують національне багатство країни. Заробляючи пристойні гроші, мігрант має можливість переказати їх частину родичам, які залишилися на Батьківщині. Такий фактор розвитку економіки як грошові перекази надзвичайно важливий не лише для держав третього світу (в деяких з них грошові перекази в окремі роки становили до 50 % ВВП), а й ряду країн Європейського Союзу – Португалії, Греції, Ірландії, Фінляндії.

Трудова міграція в Україні набуває дедалі більших масштабів. Попри ряд певних економічних вигод від міжнародної трудової міграції як «донорської», так і «реципієнтної», домінантними все ж залишаються негативні наслідки цьо-

го соціально-економічного явища. За умов неналежного державного контролю та державної міграційної політики, неефективного нормативно-правового регулювання міграційних процесів такі негативні наслідки є потенційними каталізаторами соціальної, економічної, політичної, демографічної, релігійної, моральної криз (наприклад, європейська міграційна криза 2015 року) [11].

Міграційна проблема є глобальною. Її глобальність визначається тим, що переміщення населення між державами стосується всіх континентів земної кулі, її розв'язання можливе за умови поєднання зусиль усієї міжнародної спільноти.

Першим кроком до побудови загальної міграційної політики є формування прихильності держав відповідним міжнародним стандартам в області прав людини, зокрема принципам, проголошеним двома конвенціями МОП, що стосуються трудових мігрантів, і Міжнародною конвенцією 1990 р. про трудящих-мігрантів.

Література:

1. Європейська конвенція про правовий статус трудящих-мігрантів № 93 / Ратифікація від 16.03.2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_307
2. Жовнір С.М. Українська трудова міграція : реалії, перспективи, вектори модернізації державної політики в управлінні нею / С.М. Жовнір // Український соціум. – 2014. – № 4 (51). – С. 144–159.
3. Зовнішні трудові міграції населення / За ред. Е. М. Лібанової, О. В. Позняка В.В. – К. : РВПС України НАН України, 2002. – С. 115
4. Капітан В.Н. Трудова міграція як аспект проблеми зайнятості в Україні / В.Н. Капітан // Ефективність державного управління. – 2012. – Вип. 32. – С. 474–481.
5. Кравчук П.С. Сучасний стан трудової міграції та перспективи регламентування трудових відносин / П.С. Кравчук // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія : Право. – 2016. – Вип. 36(1). – С. 105–108 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2016_36\(1\)_25](http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2016_36(1)_25).
6. Лук'янова Л.М. Проблеми і перспективи розвитку зовнішньої трудової міграції в Україні / Л.М. Лук'янова // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zbirduk.bukuniver.edu.ua/issue_articles/10_1.pdf
7. Патійчук В.О. Українські заробітчани у сучасних міграційних європейських процесах / В.О. Патійчук [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://esnuir.eenu.edu.ua/bitstream/123456789/4904/1/Patiichuk.pdf>.
8. Петроє О.М. Міжнародна трудова міграція: аналіз ситуації та наслідків для України / О.М. Петроє, В.Т. Васильєв // Вісник НАДУ. – 2015. – № 4 – С. 93 – 100.
9. Сергєєва С.М. Нормативно-правове регулювання трудових відносин, ускладнених іноземним елементом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / С.М. Сергєєва ; Одеська Національна юридична академія. – О., 2004. – С. 14.
10. Сирочук Н.А. Міжнародна трудова міграція українців до країн Європейського союзу : фактори впливу / Н.А. Сирочук // Економічний вісник Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут». – 2014. – № 11. – С. 110–118 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/evntukri_2014_11_20
11. Філіпова Н.В. Соціальний захист трудових мігрантів у країнах ЄС та в Україні / Н.В. Філіпова // Актуальні проблеми державного управління. – 2013. – № 1(43). – С. 378–385.

Островерх А. Н. Обеспечение миграционной политики в сфере труда

Аннотация. Статья посвящена анализу трудовой миграции в связи с миграционными процессами на основе правовых позиций международного права с целью интеграции Украины в мировую общественность в условиях глобализации.

Ключевые слова: глобализация, трудовая миграция, международные стандарты труда, легальные трудовые мигранты.

Ostroverkh A. Support of migration policy in the sphere of labor

Summary. The article analyzes the migration due to migration based on the legal position of international law in order to integrate Ukraine into the world community in the context of globalization.

Key words: globalization, labor migration, international labor standards, legal migrant workers.

*Silvia Treľová,
JUDr., PhD., PhDr.
Fakulta managementu
Univerzita Komenského v Bratislave*

DEPENDENT WORK AND OBSCURATION OF EMPLOYMENT

Summary. The definition of dependent work is one of the crucial theoretical issues of the Labour law, the solution of which is of fundamental importance for the application and implementation practice. The paper is focused on dependent work, obscuration of dependent work, using the work of trader instead of employment as a problem of application practice. The competition of contractual types of Labour law, Commercial law and Civil law is not only a specific of the legal practice of the Slovak Republic. It is a current issue not only in the Member States of the European Union, but also in other countries of the world. Inspections of compliance with labour legislation are fairly frequent and the labour inspectorate penalizes the participants after proving illegal work and illegal employment.

Key words: employment, dependent work, employee, employer, trader, illegal work and illegal employment.

Introduction. The work gives a person earnings, provides the possibility of realization, diversity of life, social contacts and is a part of his personal identity. The work as a human activity is directed to earnings that enables one to secure his living conditions (food, housing, clothing) to satisfy both mental and physical needs, not only for his own, but also for all members of his family.

A person, who decides to be gainfully employed, often thinks whether to work with an employer or to start own business. The article 35 of the Act № 460/1992 Coll. Constitutional Act, as amended, provides the right to freedom of choice of the profession and its preparation, as well as the right to carry on the business and the right to engage in other gainful activity.

Most citizens of the Slovak Republic realize their statutory right to work in the form of employment relationship – employment. The employment as one of the basic employment relationships regulated by the Act № 311/2001 Coll. Labour Code, as amended (further only “Labour Code”).

Dependent work. Since not every activity is a work in the sense of Labour law, the subject of employment relationships is in general the activity of a person who performs dependent work for another. The work which is the subject of the Labour law, must meet certain legal characteristics, it must have certain typical features. Employee’s work must be human, free, dependent, non-self-employed, performed for another, remunerated and tied exclusively to the employee. Dependency is an inherent part of the job performance for the employer.

The definition of dependent work is a fundamental concept of the Labour law, which is a part of the legal orders and legal culture in almost all EU Member States, and denotes the work performed in the employment relationships. The Slovak legislation did not define the dependent work for a long time. In the past, it was true that “the employer is obliged to provide the predominant object of activity in particular by employees in employment or in a similar employment relationship” (the already annulled provision of § 7 section 4 of the Labour Code). This section has caused problems in application

practice, especially in terms of determining the predominant subject matter of the employer’s activity. The performance of dependent work was provided in other than employment relationships, and there was the obscuration of employment relationships by various contractual types of Commercial law or Civil law, which led to a reduction in the labour and social protection of persons performing dependent work. This has had a negative economic impact also in relation to tax obligations, and entrepreneurs have been deprived of any obligations arising from employment relations and obligations to pay contributions. The employers justified the problem of legal coverage of dependent work by commercial-law, respectively civil-law contractual types, among other things, by the absence of a precise definition of dependent work.

The amendment to the Labour Code deleted the abovementioned provision and with effect from 1 September 2007 has exhaustively defined the concept of “dependent work” in accordance with the generally accepted definition of dependent work within the European and world Labour law as well as within the International Labour Organization. Over the last few years, the original ten defining features of dependent work have been reduced to five, while “the gradual reduction of the features of dependent work was aimed at eliminating distortion in the labour market” [10]. It turned out that the less signs of dependent work, the more difficult it is possibility of circumventing the law. Based on the positive definition of § 1 section 2 of the Labour Code dependent work is defined as a work that is “carried out in relation to the employer’s superiority and employee subordination, personally for the employer, according to the instructions of the employer, on his behalf, in the working time determined by the employer”. Regarding the performance of work, all the above must be fulfilled. If not only one feature is fulfilled, it is not a dependent work. “Correct identification of the concept of dependent work in the labour legislation of the state is to prevent employers’ efforts to reduce a number of employees performing dependent work and to establish business relations with them” [1].

Dependent work may be performed exclusively in employment, in a similar employment relationship (eg state employment) or, exceptionally, under the conditions laid down in the Labour Code also in another employment relationship (it is understood an agreement on work performed outside of employment). On the basis of the negative definition of dependent work, the dependent work can not be performed in a contractual civil-law relationship or in a contractual commercial relationship under special regulations.

The reason for defining the term “dependent work” in the Labour Code was to remove the obscuration of employment relations by commercial relations. Defining the term “dependent work” has moved the Labour Code forward and could help to increase employee protection. As Engels says, “until now no legal system has found a clear and precise criteria under which it would be possible to seamlessly find out when it comes to the performance of dependent work” [3].

Obscuration of dependent work and its consequences. In practice, there are cases where employees are forced to change their

employment status, despite the fact these individuals continue to perform the same work. Employers are forcing employees to terminate their employment on the condition that they can continue to work as a “self-employed person” – this is called “Schwartz system” (in the Czech Republic) or “a trader from compulsion”. “There are situations where a natural person is carrying out a dependent work (for example a bricklayer who carries out construction work on the instructions of another entity) has a formal status as a trader, but the work is assigned by another entity (employer) who determines where and when to work, what work he/she is supposed to do and provides remuneration for work performed” [2]. The status of this natural person is, however, contrary to § 2 of Act № 455/1991 Coll. to regulate trades, as amended (further only “Trade Act”). The trade is a continuous activity operated independently, on its own behalf, on its own responsibility, in order to obtain a profit and under the conditions established by the Trade Act. In use of the trader’s work by the employer, the natural person does not have the character of an employee nor a pure entrepreneur.

The basic distinctive feature of employment relations from business in trade is the personal subordination and economic dependence of the employee. Unlike the employee who is guided by the employer’s instructions when performing the work, the trader carries out the trade independently, and decides alone what he will do. The employee voluntarily submits to the superior (employer), i.e. the employment relationship compared to other contractual types is not based on the principle of equality of the parties. The essence is based on the fact that the employer has the ability to manage the performance of the employee’s work and, on the other hand, the employee is obliged to follow the instructions of the employer. These facts meet the definitive features of the term “dependent work”, which can be considered as a starting differentiating criterion [5].

Based on the above facts, we can conclude that work that is a business under the Trades Act, is not dependent and a natural person doing business based on trades is an entrepreneur and not an employee.

The essence of using the work of trader is the circumventing the law in order to eliminate the fundamental rights of employees in the case of an existing employment. Among the advantages of using the work of trader are in particular:

- no social protection – no “employee benefits” are provided to the trader, eg. work breaks, holiday, subsistence allowance, overtime pay, income compensation for work obstacles;
- financial and administrative savings – no need to pay advance tax, health and social insurance premiums;
- no employment protection (eg, the protection period for dismissal, ...);
- no liability for accidents at work or occupational diseases;
- freedom of termination of contract, no severance allowance and discharge benefit;
- the reward of a trader is dependent on the result and the maturity of the invoices can be agreed;
- the liability of the trader is not limited, a trader corresponds to all of his possessions.

Securing work with commercial-law and civil-law relationships also brings disadvantages for the employer. The total costs of the trader’s work may be higher than of the employee’s. If a natural person performs a work that meets the characters of dependent work, in the case of an inspection by the Labour Inspectorate, there is a risk of reclassifying the services of the trader to the dependent work. According to Act № 82/2005 Coll. on illegal work and illegal em-

ployment, as amended, illegal work and illegal employment at the same time is considered to be a dependent work carried out by a natural person for a legal person or a natural person who is an entrepreneur and that natural person does not have a employment relationship or state employment with the entrepreneur. The consequences of the prequalification of the trader’s work on the dependent activity are the payment of the premium, the fine for non-payment of the advance payments, the fine from the Labour Inspectorate. In the case of illegal work and illegal employment, the employer is penalized for violating labour law rules imposing a fine up to 200 000 euros. There is also a threat to the employee, namely the imposition of a fine up to 331 euros.

Although many employers prefer the establishment of a commercial-law or civil-law relationship, newer labour law research increasingly confirms the benefits of entering into an employment relationship with the employee also for the employer. The possibility of intensive work disposition every hour of the working day is interesting for employers also for economic reasons. It is also cheaper for the employer to secure a permanent disposition with the employee by negotiating a stable, hierarchical contractual relationship compared with looking for a contractor for each required performance separately. In terms of control, it is easier to control employees in the performance of dependent work compared to the control of those who work in a commercial-law or civil-law relationship with the employer. Also the practice shows that the stable relationship between the performance of dependent work in the legal form of employment also positively affects the employee in increasing labour productivity [1].

While the practice shows that the work of traders continues to be used instead of employment, Olšovská said that the best definition of dependent work alone will not help unless more emphasis is placed on inspection [4]. The Report on searches and suppression of illegal work and illegal employment states that the number of work inspections carried out in 2016 to monitor compliance with the prohibition of illegal employment has risen again in comparison with the previous three calendar years. In 2016 the labour inspectors identified and demonstrated the illegal employment of 2 756 individuals, of whom 863 performed dependent work for the employer without a written closed employment relationship [6].

Conclusion. Despite the extended business in trade and the obscuration of employment relations by commercial and civil relations, most citizens of the Slovak Republic realize their legal right to work in the form of employment. The job is security, the employee is protected, he has the certainty of permanent income.

The number of working people has increased in recent years. Available data from the Statistical Office of the Slovak Republic, based on the Labour Force Survey (LFS), show that employment is rising. In 2013, there were more than 2 329 000 workers in the Slovak Republic. Year on year for the period 2014/2015 the number of working people increased from 2 363 000 to 2 424 000 persons, which is 61 000 more. A further increase was also recorded in 2016, when data show 2 494 100 workers, it means 70 000 more [8].

Practice has shown that despite the definition of “dependent work” the amendment to the Labour Code has not removed the negative state and there are still uncertainties with the application of this term. The consequence is the continued obscuration of employment relationships by other forms. [9] In my opinion, this issue should be re-evaluated in the legislative process. However, labour inspectorates need to be more vigilant and have to monitor employers’ compliance with these provisions more intensively.

Despite the advantages that brings for the employer the work in non-employment relationships, increasingly is confirmed the advantage of the employment also for the employer.

Finally, it should be emphasized, that the choice of the right contractual form depends exclusively on the content of the work performed. Whether or not it is a dependent work does not determine the name of the contract on the basis of which the work is carried out, but it is the content of the contract determining the conditions of work [7]. There is a rule that if the work has features of dependent work, the employment relationship must be concluded for the performance of such work. If the work does not have such features, the employer use the relevant contractual type of the Commercial Code or the Civil Code [11]. The performance of trader's activities, respectively activities of other entrepreneurs, will be possible only on the assumption that it is a work that shows the legal characteristics of the business. Thus, if the work has characteristics of activity under special regulations (Civil law, Commercial law), it is not a dependent work.

References:

1. Barancová H. Pojem závislá práca (Kritická analýza). In Pracovnoprávne elementy výkonu (závislej) práce. Kritika a deformácia práva. Košice 2015. S. 5–17 [Electronic resource]. – Mode of access : <https://unibook.upjs.sk/img/cms/2015/pravf/zulova-pracovno-pravne-elementy-vykonu-prace.pdf>
2. Barancová H. Aké problémy môžu vzniknúť v praxi / H. Barancová, A. Olšovská [Electronic resource]. – Mode of access : <http://dennik.hnonline.sk/servisne-prilohy/224075-ake-problemy-mozu-vzniknut-v-praxi/>.
3. Engels Ch. Subordinate Employees or Self-Employed Workers? Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies. Netherlands: Kluwer Law International, 2014. – P. 361–384.
4. (Ne)kultúra sveta práce. [Electronic resource]. – Mode of access : <https://euractiv.sk/clanky/socialna-politika/nekultura-sveta-prace-020269/>.
5. Frťalová A. Závislá práca po novele Zákonníka práce / A. Frťalová. – 2013 [Electronic resource]. – Mode of access : <http://www.epi.sk/odborny-clanok/Zavisla-praca-po-novele-Zakonnika-prace.aspx>.
6. Národný inšpektorát práce. Informatívna správa o vyhľadávani a potierani nelegálnej práce a nelegálneho zamestnávania za rok 2016 [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.nip.sk/?id_af=126&ins=nip.
7. Skičková M. Najčastejšie priestupky zamestnávateľov / M. Skičková [Electronic resource]. – Mode of access : www.ip.gov.sk/?id_fa=611&ins=nip.
8. Štatistický úrad sr. Zamestnanosť podľa výberového zisťovania pracovných síl [Electronic resource]. – Mode of access : <http://datacube.statistics.sk/TM1WebSK/TM1WebLogin.aspx>.
9. Trefová S. Konkurencia zmluvných typov pracovného práva, obchodného práva a občianskeho práva / S. Trefová // Die Stellung des Arbeitsrechts im Rechtssystem der Slowakischen Republik : Sammelband wissenschaftlicher Beiträge. – Wien : Paul Gerin, 2012. – S. 61–66.
10. Žulová J. Oslabovanie znakov závislej práce vo vybraných pracovných vzťahoch. In Pracovnoprávne elementy výkonu (závislej) práce. Kritika a deformácia práva / J. Žulová. – Košice, 2015. – S. 5–17 [Electronic

resource]. – Mode of access : <https://unibook.upjs.sk/img/cms/2015/pravf/zulova-pracovno-pravne-elementy-vykonu-prace.pdf>.

11. Act № 40/1964 Coll. Civil Code, as amended.
12. Act № 455/1991 Coll. to regulate trades, as amended.
13. Act № 460/1992 Coll. Constitutional Act, as amended.
14. Act № 311/2001 Coll. Labour Code, as amended.
15. Act № 82/2005 Coll. on illegal work and illegal employment, as amended.

Трельова С. Залежна робота та приховування зайнятості

Анотація. Визначення залежної роботи є одним із найбільш важливих теоретичних питань трудового права, вирішення якого має принципове значення для практики застосування. У статті увага зосереджена на залежній роботі, приховуванні праці, використанні праці трейдера замість працевлаштування в якості проблеми практики застосування. Конкуренція договірних видів трудового, комерційного та цивільного права є особливістю не тільки правової практики Словачької республіки. Це є сучасною проблемою не лише в країнах – членах Європейського союзу, але й в інших країнах світу. Перевірки дотримання трудового законодавства проводяться досить часто, а інспекція з охорони праці накладає штрафи на учасників після виявлення нелегальної роботи та нелегального працевлаштування.

Ключові слова: зайнятість, залежна робота, робітник, роботодавець, торговець, нелегальна робота та нелегальне працевлаштування.

Трельова С. Зависимая работа и сокрытие занятости

Аннотация. Определение зависимой работы является одним из самых важных теоретических вопросов трудового права, решение которого имеет принципиальное значение для практики применения. В статье внимание сосредоточено на зависимой работе, сокрытии зависимой работы, использовании работы торговца вместо трудоустройства в качестве проблемы практики применения. Конкуренция договорных видов трудового, коммерческого и гражданского права является особенностью не только правовой практики Словацкой республики. Это современная проблема не только стран – членов Европейского союза, но также и других стран мира. Проверки соблюдения трудового законодательства являются достаточно частым явлением, а инспекция по охране труда накладывает штрафы на участников после выявления нелегальной работы и нелегального трудоустройства.

Ключевые слова: занятость, зависимая работа, рабочий, работодатель, торговец, нелегальная работа и нелегальное трудоустройство.

ЦИВІЛЬНЕ
ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

*Івашова І. П.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін та фінансового права
Навчально-наукового інституту права
Сумського державного університету*

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ДОВІЧНОГО УТРИМАННЯ (ДОГЛЯДУ)

Анотація. Статтю присвячено аналізу правового регулювання договору довічного утримання відповідно до законодавства України. Проаналізовано правову природу, права та обов'язки сторін договору довічного утримання. Визначено особливості правового регулювання такого договору та проблеми застосування його на практиці.

Ключові слова: майнові права, договір, довічне утримання, рента, відчуження.

Постановка проблеми. Реалізація права власності може відбуватися як у речових, так і в зобов'язальних правовідносинах. Наявність різних договірних конструкцій дозволяє учасникам цивільних правовідносин обрати варіант своєї поведінки, визначити права та обов'язки сторін. Вступаючи в ті чи інші договірні відносини, сторони повинні максимально визначити зміст цих правовідносин, істотні умови, права та обов'язки сторін договору, який вони укладають. Правова необізнаність та нездатність захистити свої права призводить до неприємних наслідків. Договір довічного утримання на практиці викликає значні суперечності, і зловживати правами можуть обидві сторони. Так, з одного боку, відчужувач може зловживати своїми правами щодо прийняття виконання договору довічного утримання, а з іншого – набувач може не дотримуватись умов договору та незаконним шляхом реалізовувати предмет договору. Тому дослідження правового регулювання договору довічного утримання має важливе науково-практичне значення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Договір довічного утримання в своїх працях досліджували такі науковці, як О.В. Дзера, М.К. Галянич, В.Ф. Маслов, Є.О. Мічурін, О.С. Яворська та інші. Але сучасний розвиток цивільних правовідносин вимагає більш змістовного аналізу правового регулювання договору довічного утримання.

Метою статті є дослідження особливостей правового регулювання договору довічного утримання, виявлення науково-практичних проблем у правозастосуванні такого договору та усунення суперечностей в існуючому законодавстві.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 744 ЦК України за договором довічного утримання (догляду) одна сторона (відчужувач) передає іншій стороні (набувачеві) у власність житловий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме майно або рухоме майно, яке має значну цінність, взамін набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно. Найчастіше згідно з договором довічного утримання передається нерухоме майно, а саме житло, в якому проживає відчужувач, при чому майно передається у власність з моменту нотаріального посвідчення договору і державної реєстрації переходу речових прав на майно. У момент нотаріального посвідчення нотаріуси також накладають заборону відчуження такого майна. Тобто відчужувач позбав-

ляється права власності на житло, взамін чого набуває довічне утримання та догляд. Деякі науковці зазначають, що майно не повинно переходити в повну власність набувача, а має складати спільну сумісну власність учасників договору [1, с. 112], що, напевно, було б правильним, оскільки в спільній сумісній власності неможливо відчужити житло без нотаріально посвідченої згоди іншого співвласника.

Метою договору довічного утримання є набуття майнового утримання взамін передачі права власності на рухоме або нерухоме майно набувачеві. За своєю спрямованістю договір довічного утримання має дві взаємопов'язані цілі, які передбачають зміну власника майна і надання послуг з майнового утримання [2, с. 336]. Норми, що регулюють відносини між набувачем та відчужувачем за договором довічного утримання, в Цивільному кодексі (далі – ЦК) України структурно розташовані після ренти. У науковій літературі договір ренти розглядається як родовий правочин щодо довічного утримання. І.О. Дзера та М.К. Галянич вважають, що договір довічного утримання має свої особливості, але є різновидом договору ренти [3, с. 242]. На думку М.В. Скаржинського, відносини довічного утримання мають родові ознаки договору ренти [4, с. 15]. За російським законодавством, договір довічного утримання розглядається як різновид договору ренти. Співвідношення договору довічного утримання із суміжними договорами, такими як договір ренти, спадковий договір, договір купівлі-продажу, міни, має велике науково-теоретичне значення, що може бути предметом наших подальших наукових досліджень.

Згідно з договором довічного утримання (догляду) відчужувач має такі права:

- визначити умови забезпечення його житлом, зокрема у будинку (квартирі), що ним передано набувачу за договором;
- визначити всі види матеріального забезпечення, догляду (опікування), які надаватиме йому або третій особі набувач;
- вимагати виконання умов договору з надання утримання (догляду), зокрема безпосередньо набувачем;
- у разі потреби має право порушувати питання про заміну майна, переданого за договором довічного утримання (догляду), на іншу річ;
- розірвати договір у разі неналежного виконання набувачем своїх зобов'язань у судовому порядку.

Частиною четвертою статті 746 ЦК України передбачено, що договір довічного утримання (догляду) може бути укладений відчужувачем на користь третьої особи. Третя особа не стає самостійною стороною у договорі, а тому сам договір не перетворюється у трьохсторонній. Факт перебування такої особи в родинних стосунках з відчужувачем юридичного значення не має. Укладення такого договору можливе у разі відсутності у третьої особи, на користь якої укладається договір, коштів для проживання або ж її хворобливий стан, у зв'язку з яким вона

потребує постійного догляду, і за відсутності у неї майна, яке може бути передане за договором довічного утримання [5].

Згідно з договором довічного утримання (догляду) набувач має такі права:

- здійснювати право володіння та користування набутим майном, якщо договором не передбачено інше;

- якщо договір укладено на утримання кількох осіб, співвласників майна, переданого набувачеві, у разі смерті одного з них набувач має право на зменшення обсягу зобов'язань щодо утримання відчужувача (абз. 2 ч. 1 ст. 747 ЦК);

- за взаємною згодою з відчужувачем набувач має право вирішити питання про заміну переданого йому за договором майна на іншу річ. Заміна речі повинна відбуватися на підставі внесення змін до договору довічного утримання (догляду) з дотриманням вимог до форми цього договору;

- набувач має право визначити у заповіті спадкоємців щодо майна, яке передане йому за договором довічного утримання (до них також перейдуть його зобов'язання за цим договором);

- набувач має право на розірвання договору.

У договорі довічного утримання (догляду) передбачаються обов'язки набувача: забезпечувати відчужувача або третю особу (утриманця) відповідно до умов договору матеріальним утриманням та (або) доглядом (опікуванням) довічно; забезпечувати відчужувача або третю особу (утриманця) житлом; у разі смерті відчужувача поховати його. Набувач не має права за життя відчужувача передавати його у власність іншій особі на підставі будь-якого правочину (крім заповіту), укладати щодо нього договір іпотеки (застави). На таке майно за життя відчужувача не може бути звернене стягнення. Втрата, знищення або пошкодження майна, переданого за договором набувачу, не є підставою для припинення чи зменшення обсягу його обов'язків перед відчужувачем [5].

Основна мета договору довічного утримання (догляду) – це надання матеріального забезпечення, утримання та догляду за відчужувачем до його смерті. Термін «утримання» включає не лише матеріальне забезпечення, а і забезпечення довічного користування житлом, харчами, ліками тощо. Під час посвідчення договору нотаріус повинен детально перевірити всі істотні умови договору, а саме: зміст довічного утримання, догляду та чи не порушується право відчужувача на користування житлом. Одним із обов'язків набувача є забезпечення відчужувача житлом. Відповідно до ст. 750 ЦК України набувач за договором довічного утримання (догляду) може бути зобов'язаний забезпечити відчужувача житлом у будинку (квартирі), який йому переданий. Враховуючи те, що відчужувач позбавляється права власності на житло, то набувач зобов'язаний забезпечити його житлом, тому більшість цивілістів наголошують на тому, що в ст. 750 ЦК України словосполучення «може бути» потрібно виключити [6, с. 215]. У договорі має бути конкретно визначена житлова кімната, її розмір, місцезнаходження, освітлення та температура опалення, а також право користування допоміжними та підсобними приміщеннями. Якщо житлове приміщення надається в іншому житловому будинку або квартирі, то умови проживання не повинні бути гіршими, ніж в тих, у яких проживав відчужувач до укладення договору. До того ж слід зазначити, що витрати, пов'язані зі сплатою найму житла, житлово-комунальних послуг та утримання житла, також покладаються на набувача. За договором довічного утримання може передаватись не лише нерухоме майно, а й особливо цінне рухоме майно, але зміст обов'язку набувача щодо надання утримання, зокрема надання права користування житлом, якщо відчужувач цього потребує, залишається незмінним [7, с. 186].

Водночас постає питання: право користування житлом за договором довічного утримання має зобов'язальний чи речовий характер? З одного боку, сторони укладають договір довічного утримання (догляду), в якому передбачають всі істотні умови, зокрема визначення житлового приміщення, яке має займати відчужувач, та порядок користування житлом. Але з іншого боку, право відчужувача на користування житлом виникає на підставі закону, носить особистий характер, існує до смерті відчужувача та не припиняється зі смертю набувача, так як обов'язки за договором довічного утримання успадковуються спадкоємцями набувача. Тобто таке право на користування житлом має речовий характер і його можна вважати різновидом особистого (житлового) сервітуту.

Відповідно до ст. 755 ЦК України договір довічного утримання (догляду) може бути розірваний за рішенням суду на вимогу відчужувача або третьої особи, на користь якої він був укладений, у разі невиконання або неналежного виконання набувачем своїх обов'язків незалежно від його вини або на вимогу набувача. Договір довічного утримання (догляду) припиняється зі смертю відчужувача. У разі розірвання договору довічного утримання (догляду) у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням набувачем обов'язків за договором відчужувач набуває права власності на майно, яке було ним передане, і має право вимагати його повернення. Правовими наслідками розірвання договору довічного утримання є обов'язок повернути житло відчужувачу. Водночас витрати на утримання відчужувача набувачем не відшкодовуються. Зважаючи на це, на практиці виникає багато зловживань з боку відчужувача, який може змінити власне місце проживання без повідомлення набувача, що призводить до прострочення виконання договору довічного утримання. За таких обставин виникає питання: чи нестиме набувач відповідальність, якщо він не міг належним чином виконувати свої обов'язки у зв'язку з простроченням відчужувача. Згідно з ч. 2 ст. 613 ЦК України, якщо кредитор не вчинив дії, до вчинення яких боржник не міг виконати свій обов'язок, виконання зобов'язання може бути відстрочене на час прострочення кредитора. Це означає, що набувач може не надавати утримання протягом строку, коли відчужувач відмовляється приймати належне виконання зобов'язання, запропоноване набувачем. Водночас останній не буде нести цивільно-правову відповідальність, якщо він доведе, що пропонував належне виконання, оскільки закон дає відстрочку на період, протягом якого відчужувач відмовлявся приймати таке виконання. Виконання зобов'язання може бути відстрочене і у випадку, коли відчужувач, не повідомивши набувача, змінив своє місцеперебування, внаслідок чого набувач не міг виконувати свої обов'язки. У цьому разі відстрочка діє доти, доки набувач не довідався про нове місцезнаходження відчужувача. Слід зазначити, що такі відстрочення, враховуючи те, що договір довічного утримання (догляду) укладається на строк життя відчужувача, мають, найімовірніше, характер призупинення виконання набувачем його обов'язків [5].

Але у разі, якщо договір було розірвано за вимогою набувача у зв'язку з неможливістю подальшого виконання за обставин, що мають істотне значення, суд може встановити за набувачем право спільної часткової власності на житло з урахуванням тривалості часу, протягом якого він належно виконував свої обов'язки за договором. Також повинна враховуватись наявність іншого житла у набувача.

Майно, що належить кільком фізичним особам чи подружжю (або одному з подружжя) на праві спільної сумісної власно-

сті, може бути відчужене на підставі договору довічного утримання. Співвласники майна, а також подружжя за договором довічного утримання повинні передати набувачеві майно, останній повинен надати відчужувачам (кожному окремо) належне утримання. У разі смерті одного із відчужувачів, оскільки виконання було призначене безпосередньо особисто для відчужувача, договір припиняється. Набувач продовжує утримувати співвласника, який залишився. Припинення спільної власності подружжя здійснюється шляхом її поділу між співвласниками. Поділ спільного майна можливий за ініціативою подружжя. Договір про поділ житлового будинку, квартири, іншого нерухомого майна, а також про виділення нерухомого майна дружині, чоловікові зі складу усього майна подружжя має бути нотаріально посвідчений. У такому разі дружина, чоловік мають право укласти з іншою особою договір довічного утримання щодо своєї частки на праві спільної сумісної власності подружжя лише після її визначення та виділення в натурі [8, с. 32].

Договір довічного утримання (догляду) за своєю юридичною природою подібний до спадкового договору, який також укладається між відчужувачем, що є власником майна та набувачем, на якого покладається обов'язок виконувати розпорядження відчужувача і який у разі смерті останнього набуває право власності на його майно. Відмінність спадкового договору від договору довічного утримання (догляду) пов'язується з моментом набуття права власності. Якщо за договором довічного утримання право власності у набувача виникає з моменту посвідчення договору (у випадках, встановлених законодавством – з моменту державної реєстрації договору), то право власності за спадковим договором переходить до набувача тільки після смерті відчужувача. Набувач згідно з цим договором за життя відчужувача має лише можливість придбання права на майно в майбутньому за умови виконання вимог, зазначених у договорі.

Проаналізувавши цивільно-правові норми та основні наукові положення щодо договору довічного утримання, можна визначити такі його особливості:

– зобов'язання з довічного утримання мають особистісний характер, оскільки встановлюються щодо конкретно визначеної фізичної особи – набувача за договором;

– договір довічного утримання є алеаторним та нееквівалентним, оскільки на момент його укладення неможливо визначити строк, протягом якого буде надаватися утримання, так як він визначається тривалістю життя відчужувача, а також неможливо передбачити, якою буде вартість відчуженого майна на момент виникнення права розпорядження ним у набувача;

– майно переходить у власність набувача, проте розпоряджатися таким майном набувач за життя відчужувача не зможе, оскільки на таке майно накладається заборона відчуження;

– такий договір носить тривалий характер та вимагає від набувача постійного і систематичного виконання своїх обов'язків;

– договір довічного утримання може бути укладений на користь третьої особи (утриманця), якій набувач повинен надати довічне утримання та догляд.

Висновки і пропозиції. На підставі вищезазначеного можна зробити висновок, що договір довічного утримання має свої особливості в правовому регулюванні і може розглядатись як різновид договору ренти. Укладаючи договір довічного утримання, слід дуже ретельно визначати істотні умови договору, а саме вид, розмір, спосіб матеріального забезпечення, порядок та місце виконання договору, підстави, порядок розірвання та правові наслідки. Враховуючи те, що договір довічного утримання може мати змішаний характер, наприклад, поєднувати норми рентного договору, договору міни, купівлі-продажу, то подальші наукові дослідження співвідношення цих договорів будуть мати істотне науково-теоретичне значення.

Література:

1. Маслов В.Ф. Договори с условием пожизненного содержания / В.Ф. Маслов // Сов. государство и право. – 1954. – № 6. – С. 112–116.
2. Майданник Р.А. Аномалії в цивільному праві України / Р.А. Майданник. – К.: Юстиніан, 2007.
3. Галянтич М.К. Житлове право України: павч. посібник / М.К. Галянтич. – К.: Юрінком Інтер, 2007.
4. Скаржинський М.В. Житло як об'єкт цивільно-правових відносин: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право» / М.В. Скаржинський. – К., 2006. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www. http://nbuv.gov.ua](http://nbuv.gov.ua)
5. Роз'яснення Міністерства юстиції України від 01.04.2011 р. «Про особливості посвідчення договору довічного утримання (догляду)» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://old.minjust.gov.ua/15103>.
6. Цивільне право України: підручник у 2 т.; [за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького]. – К.: Юрінком Інтер, 2004.
7. Мічурін Є.О. Житлове право України: науково-практичний посібник / Є.О. Мічурін, С.О. Сліпченко, О.В. Соболев. – Х.: Еспада, 2004. – 318 с.
8. Горбунова Л.М. Договір довічного утримання / Л.М. Горбунова, С.В. Богачов, І.Ф. Іванчук, О.С. Цирень // Міністерство юстиції України. – К.: Поліграф-Експрес, 2006. – 41 с.

Ивашова И. П. Особенности правового регулирования договора пожизненного содержания с иждивением

Аннотация. Статья посвящена анализу правового регулирования договора пожизненного содержания за законодательством Украины. Проанализирована правовая природа, права и обязанности сторон договора пожизненного содержания. Определены особенности правового регулирования данного договора и проблемы применения его на практике.

Ключевые слова: имущественные права, договор, пожизненное содержание, рента, отчуждение.

Ivashova I. Specifications of the legal regulation of the life care contract

Summary. This article is devoted to the legal analysis of the life care contract by the legal system of Ukraine. Legal nature, rights and obligations both of sides of the life care contract have been analyzed. The specifications of the life care contract and problems of legal implementations have been determined.

Key words: property rights, contract, life care contract, rent, alienation.

Юніна М. П.,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри цивільного права та процесу

Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ПОРЯДОК, ОСОБЛИВОСТІ ТА СТРОКИ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА ВИМОГИ КРЕДИТОРІВ СПАДКОДАВЦЯ

Анотація. У статті проаналізовано порядок і строки здійснення права вимоги кредиторів спадкодавця. Досліджено питання здійснення такого права та можливі шляхи їх вирішення.

Ключові слова: кредитор, спадкоємець, спадкодавець, спадкове майно, право вимоги.

Постановка проблеми. У світлі європейських прагнень нашої держави все більш актуальним і важливим стає питання впровадження в сучасне українське право правових норм, характерних для права розвинутих країн, дія яких спрямована на охорону й захист прав та інтересів громадян. Зокрема, це стосується норм спадкового права, дія яких безпосередньо повинна бути спрямована на захист особистих інтересів і забезпечення прав суб'єктів спадкових правовідносин. Такими суб'єктами є, зокрема, кредитори спадкодавця, яким законом надана можливість звернення до спадкоємців, що прийняли спадщину, з вимогами про повернення боргу спадкодавця.

Незважаючи на наявність достатньої кількості нормативних актів, що регулюють спадкові відносини, зокрема, питання захисту прав та інтересів кредиторів у спадкових правовідносинах і визначення строків, протягом яких вони можуть захистити власні права, законодавство із цієї проблематики залишається недостатнім для комплексного й ефективного регулювання зазначених відносин і таким, що потребує подальшого вдосконалення.

Проблемі визначення строків здійснення права вимоги кредиторів спадкодавця приділяли увагу такі вітчизняні юристи, як В. Васильченко, О. Дзера, Ю. Заїка, О. Кухарев, З. Ромовська, Є. Рябоконт, Є. Фурса, С. Фурса, Є. Харитонов, Я. Шевченко, Я. Яровий та інші.

Метою статті є дослідження та правова характеристика порядку, обсягів і строків, протягом яких кредитори спадкодавця можуть захистити свої права й інтереси у спадкових правовідносинах.

Виклад основного матеріалу дослідження. Кредитори є специфічними суб'єктами спадкових відносин, наявність яких пояснюється існуванням за життя спадкодавця зобов'язальних відносин між ним і кредитором, а також тим, що спадкоємці, успадковуючи майно спадкодавця, беруть на себе не лише права, а й обов'язки померлого.

У момент відкриття спадщини у спадкоємців, які її прийняли, виникає обов'язок повідомити кредитора про смерть боржника, якщо їм було відомо про борги спадкодавця та про цього кредитора. Однак при цьому чинне законодавство не встановлює обов'язку спадкоємця з'ясувати наявність усіх боргів, які мав спадкоємець за життя, та всіх кредиторів, які мають право вимоги за такими боргами. Тобто спадкоємець, який прийняв спадщину, зобов'язаний повідомити про смерть спадкодавця лише тих кредиторів, про яких він знає, і не зобов'язаний розшукувати

інших. У той же час, як указують С. Трофимчук і Є. Музиченко, законодавством не встановлена відповідальність спадкоємця за невиконання цього обов'язку. У разі його невиконання ч. 3 ст. 1281 Цивільного кодексу лише встановлює додатковий строк в один рік, протягом якого кредитори мають право пред'явити до спадкоємця вимогу про погашення боргу [7].

Борги спадкодавця – це майнові зобов'язання, які прийняв на себе спадкодавець перед фізичними чи юридичними особами-кредиторами, що виникли за життя спадкодавця, але не виконані ним унаслідок смерті. За ст. 1281 Цивільного кодексу кредитор спадкодавця має право в шестимісячний строк із дня, коли йому стало відомо або могло стати відомо про відкриття спадщини, пред'явити свої вимоги до спадкоємців, які прийняли спадщину, незалежно від настання строку вимоги.

Слід зазначити, що відповідно до підп. 2.1 п. 2 гл. 10 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України спадкова справа заводиться нотаріусом за місцем відкриття спадщини на підставі поданої (або такої, що надійшла поштою) претензії кредиторів [3]. Тобто кредитор може заявити свої вимоги не тільки безпосередньо спадкоємцям, а й нотаріусу, який відкрив і веде спадкову справу за місцем відкриття спадщини. На нашу думку, заявляти про свої вимоги до спадкодавця нотаріусу кредитор має право тоді, коли місце проживання (реєстрації) спадкоємців йому невідомо.

Указаний вище шестимісячний строк розпочинається з дня, коли кредитору стало відомо або могло стати відомо про відкриття спадщини. Однак іноді кредитор, який пропустив указаний строк для пред'явлення вимог, може заявити про те, що в нього не було можливості дізнатися про відкриття спадщини. Наприклад, спадкоємець надіслав кредитору повідомлення про прийняття спадщини з відміткою про вручення, а кредитор, хоч і прийняв повідомлення, не ознайомився з ним. У цьому разі відмітка про вручення буде належним доказом того, що кредитор міг дізнатися про відкриття спадщини, а строк вимоги кредитора буде відраховуватися від дня вручення йому зазначеного повідомлення [7]. У таких випадках буде вважатися, що кредитор пропустив строк для пред'явлення вимог спадкоємцям, що прийняли спадщину.

Ще одним прикладом прострочення кредитора може стати справа, яка розглядалася в одному з місцевих судів Кіровоградської області. За договором позики, укладеним на один рік, настав строк повернення грошової суми. Боржник за договором помер до настання строку виконання обов'язку повернути кошти. Кредитор, знаючи про смерть боржника та маючи можливість звернутися з вимогою до його спадкоємців, не зробив цього, пропустивши шестимісячний строк, установленний законодавством. Суд, з'ясувавши всі обставини справи й мотивуючи своє рішення тим, що моментом, з якого кредитор міг дізнатися про смерть боржника та відкриття або прийняття спадщини, вважатиметься день, коли в кредитора настало

право вимоги, відмовив кредитору в задоволенні його вимог і визнав його таким, що втратив право вимоги до спадкоємців боржника.

Право кредитора пред'явити свої вимоги у встановлений законом строк незалежно від настання строку вимоги пояснюється тим, що якщо кредитор буде чекати настання строку виконання зобов'язань, це може призвести до порушення його прав і неможливості повернення боргу взагалі (наприклад, через відмову спадкоємців від прийняття спадщини взагалі або через відчуження спадкового майна спадкоємцями, що прийняли спадщину).

Винятком із загального правила, установленого ст. 1282 Цивільного кодексу, є правило, закріплене в п. 32 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин» від 30 березня 2012 р. № 5, відповідно до якого спадкоємці зобов'язані погасити нараховані відсотки й неустойку тільки тоді, коли вони нараховані позичальникові за життя. Інші нараховані зобов'язання фактично не пов'язані з особою позичальника й не можуть підлягати сплаті спадкоємцями [4]. Також при цьому слід урахувати, що згідно з положенням ч. 2 ст. 1231 Цивільного кодексу до спадкоємця переходить обов'язок сплатити неустойку (штраф, пеню) за умови, що судом було прийнято рішення про виплату певної суми на користь кредитора, але боржник (спадкодавець) не виконав цього рішення суду [7]. Саме тому кредитор спадкодавця, який пред'являє вимогу про повернення боргу з відсотками та сплату пені за невиконання або невчасне виконання обов'язку, повинен довести, що пред'явлення вказаних вимог або винесення рішення суду про стягнення неустойки відбувалося за життя спадкодавця [7].

Так, Колегія суддів судової палати в цивільних справах апеляційного суду Хмельницької області своїм рішенням у справі № 686/23880/13-ц від 18 грудня 2014 р. задовольнила апеляційну скаргу в справі лише в частині накладення на спадкоємця боржника обов'язку сплатити основну суму позики та відсотків за користування позикою в сумі, визначеній на момент смерті позичальника, та відмовила в задоволенні апеляційної скарги в частині сплати спадкоємцем боржника суми відсотків за користування позикою, яка нарахована після смерті позичальника, мотивуючи це тим, що обов'язок у сплаті відсотків у зв'язку з його смертю припинився [6].

Якщо кредитор спадкодавця не знав і не міг знати про відкриття спадщини, то в нього, як уже було вказано вище, є можливість пред'явити свої претензії до спадкоємців, які прийняли спадщину, протягом одного року від настання строку вимоги. Якщо він не зробить це протягом вказаного строку, то в подальшому він втрачає право на пред'явлення вимог до спадкоємців. При цьому, звертаючись до спадкоємців із претензіями, кредитор зобов'язаний довести свої вимоги, зокрема, надавши документи, що їх підтверджують (наприклад, розписку спадкодавця, договір позики, кредитний договір).

Ст. 1281 Цивільного кодексу щодо права кредитора пред'явити вимоги до спадкоємців померлого кореспонденту ст. 1282 Цивільного кодексу, що встановлює обов'язок спадкоємців, які прийняли спадщину, виконати ці вимоги кредитора спадкодавця. Це підтверджується також ст. 1218 Цивільного кодексу, яка встановлює, що якщо спадкоємці прийняли спадщину, то вони набувають не лише прав з управління, користування та розпорядження спадковим майном спадкодавця, але також і

зобов'язання щодо цього майна. Таким чином, спільна дія вказаних норм спрямована на максимально повне забезпечення та захист інтересів кредитора спадкодавця.

Спадкоємці за законом і за заповітом, які прийняли спадщину, за умови звернення до них кредитора спадкодавця зобов'язані задовольнити його вимоги, якщо вони ним обґрунтовані та доведені. Указані вимоги задовольняються спадкоємцями повністю, але тільки в розмірі вартості майна, одержаного в спадщину, причому кожен зі спадкоємців зобов'язаний задовольнити вимоги кредитора особисто в розмірі, який відповідає його частці у спадщині. Якщо кредиторів декілька, то їхні вимоги задовольняються спадкоємцями в порядку черговості та в межах успадкованого майна. Тобто більше шансів на повернення боргу є в тих кредиторів, про яких спадкоємці знали й мали їхні координати, або в тих кредиторів, які звернулися до спадкоємців раніше, ніж інші. Таким чином, може скластися ситуація, що вимоги одних кредиторів можуть бути задоволені повністю, інших – частково, а третім узагалі буде відмовлено в задоволенні їхніх вимог. Однак вимоги кредитора мають перевагу перед іншими вимогами (наприклад, перед заповідальним відказом, який надається відказоодержувачу лише після сплати спадкоємцями боргу спадкодавця).

Ще однією проблемою для кредитора спадкодавця може стати недостатність майна, успадкованого спадкоємцями. Зважаючи на те, що спадкоємці зобов'язані задовольнити вимоги кредиторів лише в межах вартості успадкованого майна, може трапитися так, що за умови недостатності успадкованого майна або його вартості кредитор отримає лише частину належного йому боргу у вартості наявного успадкованого майна. Звернути стягнення на особисте майно спадкоємця та вимагати від нього задоволення своїх вимог за рахунок його особистого майна кредитори не мають права.

Вимоги кредитора спадкоємці мають задовольнити шляхом одноразового платежу. Проте за домовленістю між кредитором і спадкоємцями боржника може бути встановлений інший порядок виплати боргу. Якщо такої домовленості між кредитором і спадкоємцями боржника не досягнуто, і спадкоємці не мають можливості чи бажання задовольнити вимоги кредитора шляхом здійснення одноразового платежу, кредитор вправі звернутися до суду з позовом про задоволення своїх вимог шляхом звернення стягнення на майно. Тобто наразі чинним законодавством для кредиторів не передбачена можливість одразу вимагати звернення стягнення на спадкове майно з метою задоволення своїх вимог. Така можливість надається кредиторам лише після однозначної відмови спадкоємця задовольнити вимоги одним платежем чи здійснення ним фактичних дій, що свідчать про відмову в задоволенні вимог кредитора [1]. У такому разі постає питання про практичну можливість задоволення вимог кредиторів за рахунок майна, яке спадкоємці боржника отримали в натурі, коли фактично спадщина прийнята, але свідоцтво про право на нерухоме майно ще не оформлене (ч. 1 ст. 1297 Цивільного кодексу). Судова практика в таких випадках, на жаль, є суперечливою. Так, Мелітопольський міськрайонний суд Запорізької області у своєму рішенні від 2 квітня 2014 р., залишеному без змін ухвалою апеляційного суду Запорізької області від 29 травня 2014 р., відмовив у задоволенні позову про звернення стягнення на предмет іпотеки та визнання за позивачем права власності на нежитлову будівлю. Підставою для прийняття такого рішення була вказівка суду на те, що спадкоємці іпотекодавця право власності на іпотечне нерухоме май-

но не набули, оскільки на час розгляду справи у встановленому законом порядку свідоцтво про право на спадщину за законом не отримали, право власності на це майно не зареєстрували та не визначили частки у спадковому майні. Натомість в ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 жовтня 2014 р. судом на підставі ст. ст. 1268, 1297 ЦК України, ст. 23 Закону України «Про іпотечку» зроблено висновок про те, що неотримання спадкоємцем свідоцтва про право власності на нерухоме спадкове майно, яке перебуває в іпотечці, не свідчить про неприйняття ним спадщини та не позбавляє кредитора права звернення стягнення на іпотечне майно.

На наш погляд, слід погодитись з останньою думкою, адже відсутність у спадкоємця свідоцтва про право на спадщину дійсно не може бути підставою для відмови в задоволенні вимог кредитора. Це підтверджується також правовою позицією судової палати в цивільних справах ВССУ в таких категоріях справ, де вказано, що спадкові права є майновим об'єктом цивільного права, і спадкоємець, реалізувавши їх (незалежно від отримання ним свідоцтва про право на спадщину), набуває прав на спадкове майно, зокрема нерухоме (право володіння, користування), а з моменту оформлення права власності на нерухоме майно – і право розпорядження ним [2].

Проблемою, з якою можуть стикнутися кредитори померлої особи, є також відсутність у чинному законодавстві норми, яка б закріплювала можливість стягнення зі спадкоємців еквівалента вартості успадкованого майна, коли на момент подання позову у спадкоємця ще не було в наявності успадкованого майна або за відсутності бажання в спадкоємця задовольнити вимоги кредитора шляхом реалізації успадкованого майна.

На наш погляд, слід погодитися з думкою С. Трофимчук і Є. Музиченка, які пропонують у якості вирішення цієї проблеми укласти мирову угоду між кредитором і спадкоємцем, за якою останній повертає кредитору суму боргу в грошовому еквіваленті, виходячи з оціночної вартості успадкованого нерухомого майна, що підтверджується висновком експертної установи, або оформити нотаріально завірену заяву про те, що кредитор отримав від спадкоємця грошову суму, яка відповідає сумі боргу, визнає належне виконання спадкоємцем боргового зобов'язання й відмовляється від позову [7].

У той же час застосування одного з наведених варіантів вирішення проблеми та задоволення вимог кредитора не захищає спадкоємців від вимог інших можливих кредиторів у майбутньому. У такому разі можливі два варіанти розвитку подій. По-перше, якщо сума, перерахована першому кредитору для погашення боргу, буде дорівнювати вартості успадкованого майна, то за ч. 1 ст. 1282 Цивільного кодексу задоволення вимог інших кредиторів буде неможливим. Якщо ж сума, сплачена першому кредитору, менша, ніж вартість успадкованого майна, то інші можливі кредитори можуть пред'являти вимоги лише в межах вартості спадкового майна, що залишилося [7].

Виходячи з викладеного вище, можна зазначити, що одним із механізмів захисту прав для уникнення можливих спорів із кредиторами спадкодавця для спадкоємця є можливість відмовитися від проблемної спадщини, урахувавши при цьому всі аргументи «за» і «проти».

У разі, якщо майно боржника не було прийняте спадкоємцями та перейшло у власність територіальної громади як відмерла спадщина, кредитор для задоволення своїх вимог до

спадкодавця має можливість звернутися до органів місцевого самоврядування. При цьому отримати задоволення своїх вимог кредитор може лише в межах вартості спадкового майна.

Висновки. Таким чином, можна зробити висновок про те, що незважаючи на детальне врегулювання спадкових відносин у чинному цивільному законодавстві, існує досить велика кількість проблем, зокрема щодо порядку, обсягів і черговості задоволення правонаступниками вимог кредиторів спадкодавця, урегулювання яких стає нагальною потребою.

Література:

1. Гурська А. Проблеми спадкування / А. Гурська [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/problemi-spadkuvannya.html>.
2. Правові позиції судової палати у цивільних справах ВССУ за 2015 р. від 03.06.2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.osmark.com.ua/>.
3. Про затвердження порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : наказ Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12/print1360164548359265>.
4. Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин : постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 30 березня 2012 р. № 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0005740-12>.
5. Про судову практику розгляду цивільних справ про спадкування : Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 16 травня 2013 р. № 24-753/0/4-13. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v-753740-13/page>.
6. Рішення колегії суддів судової палати у цивільних справах апеляційного суду Хмельницької області від 18 грудня 2014 р. у справі № 686/23880/13-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://scourt.info/doc/ACgslr>.
7. Трофимчук С. Особливості виконання активних кредитних зобов'язань у порядку спадкування / С. Трофимчук, Є. Музиченко // Правовий тиждень. – 2013. – № 13–15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=123051>.
8. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. станом на 02 листопада 2016 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

Юнина М. П. Порядок, особливості і строки здійснення права вимоги кредитора наследодателя

Анотація. В статтю проаналізовано порядок і строки здійснення права вимоги кредиторів наследодателя. Исследованы проблемные вопросы осуществления такого права и возможные пути их решения.

Ключевые слова: кредитор, наследодатель, наследник, наследственное имущество, право вимоги.

Yunina M. Order, features and terms of realization of right in the action of creditors of the testator

Summary. An order and terms of realization of right in the action of creditors of the testator are analyzed in the article. The questions of realization of such right and possible ways of their decision are investigational.

Key words: creditor, heir, testator, inherited property, right in an action.

Вірн С. О.,

аспірант кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету

УМОВА ПРО ЕКСКЛЮЗИВНІСТЬ У МАРКЕТИНГОВИХ ДОГОВОРАХ

Анотація. Стаття присвячена висвітленню сутності особливостей укладання маркетингових договорів, які містять у своїй структурі умову про ексклюзивність, з погляду цивільного законодавства. Проаналізовано ризики закріплення умови про ексклюзивність у маркетингових договорах. Автор акцентує увагу на наслідках застосування умови про ексклюзивність у маркетинговій сфері.

Ключові слова: ексклюзивність, маркетинговий договір, конкуренція, обмеження прав.

Постановка проблеми. З розвитком маркетингового інструментарію, тенденцій економічного розвитку та впровадження іноземного досвіду народжуються і нові варіації оформлення договірних конструкцій, що виникають у процесі діяльності суб'єктів господарювання. Так, нововведеним оформлення відносин, що виникають між суб'єктами господарювання в процесі їх підприємницької діяльності, став такий термін, як «ексклюзивність». Достатня кількість підприємств, організацій та інших суб'єктів господарювання або самі отримують ексклюзивні права в рамках цивільно-правових угод, або наділяють такими правами своїх контрагентів.

Стан дослідження. Загальнонауковою основою під час дослідження даного питання стали праці фахівців, серед яких: Є.О Харитонов, Н.О. Саніахметова, В. І. Борисова та інші. Слід зазначити, що лише поверхнево згадується таке поняття, як «ексклюзивність», а самі наукові дослідження мають загальний характер, тому вони потребують подальшого вдосконалення, незважаючи на отримані результати і накопичений досвід

Метою статті є дослідження основних аспектів умови про ексклюзивність у сфері укладання маркетингових договорів.

Виклад основного матеріалу. Структура договорів певного типу, зазвичай, більш-менш подібна: преамбула, істотні умови, положення про відповідальність, порядок врегулювання суперечок, прикінцеві положення та реквізити. Щодо змісту певних положень, то в ньому допускаються різні варіації. В окремих випадках договір може містити нестандартні для такого виду угод зобов'язання.

Залежно від характеру поведінки боржника виділяють зобов'язання з позитивним та негативним змістом. У зобов'язаннях з позитивним змістом у боржника виникають обов'язки щодо вчинення певних дій. Також в сучасному цивільному обороті досить поширені зобов'язання з негативним змістом. У процесі застосування подібних зобов'язань обов'язком боржника виступають прогилежні за змістом умови, а саме – утримання від певних дій. Необхідно зазначити, що вищезгаданий поділ зобов'язань на такі види є досить умовним, оскільки виникнення подібних зобов'язань із самостійними негативними умовами є нехарактерним для цивільного обороту. Здебільшого, обов'язок боржника утриматися від певних дій поєднується з обов'язками, що передбачають активну поведінку [3; с. 32]. Проте й

існування прямо допускається законодавством. Так, через відповідні умови особа може бути зобов'язана не тільки вчинити певні дії, але й утриматися від їх вчинення [1; п. 1 ст. 509]. Одним зі спірних питань у цьому контексті є зобов'язання не укладати з третіми особами аналогічні договори, так звана «умова про ексклюзивність договору».

Перш ніж шукати відповідні пояснення в правовому полі, на нашу думку, слід звернутися до першоджерела, а саме до словника. Ексклюзивність та його похідні (ексклюзивний, ексклюзив, ексклюзивно) загалом використовують у повсякденному житті більшість людей завдяки бажанню людей отримати більш вигідні умови під час укладання будь-якої угоди. Сучасні словники датують появу цього слова другою половиною ХХ століття [4; с. 897]. Як запозичення з англійського лексикону досліджуваний термін мав досить обмежену сферу вживання та використовувався в юриспруденції та економіці, де народилися такі поняття, як ексклюзивне право, ексклюзивний дистриб'ютор, але найбільшу поширеність цей термін знайшов у договорах, які сприяють торгівлі та рекламі. Такий правовий феномен обумовлено фактором капіталізації більшості сфер нашого життя.

У законодавстві ж України відсутнє поняття «ексклюзивність». Однак у сучасних умовах товарообігу термін «ексклюзивність» зазнав значної поширеності в такому цивільно-правовому договорі, як маркетинговий контракт. Учасники ринкових відносин у процесі укладання таких договорів користуються положеннями ст. 6 та 627 Цивільного кодексу України, де закріплено принцип свободи договору, а саме: «сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цивільного законодавства України та вимог розумності і справедливості». При цьому, аналізуючи законодавчу базу та спираючись на роботи дослідників щодо проблем свободи договору, А.В. Луць у своїх дослідженнях зробив висновок про те, що свобода договору, окрім вищевикладеного, включає також:

- вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини;
- свободу вибору сторонами форми договору;
- право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать;
- право сторін за своєю згодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору;
- визначати способи забезпечення договірних зобов'язань;
- право встановлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо [6; с. 4].

Завдяки цьому сторони мають право узгодити в договорі будь-які положення за умови, що вони відповідають загальним засадам цивільного законодавства і не суперечать імперативним нормам, що й дало необхідне підґрунтя для використання такого положення, яке може обмежити права одного з контрагентів.

Так, правова та економічна свобода сторін під час укладання подібних угод часто суперечать одна одній, тому одна зі сторін під впливом економічних чинників буде вимушена погоджуватися на запропоновані їй умови, незважаючи на її право не приймати подібну пропозицію про укладення угоди.

Також необхідно вказати, що таку умову умовно поділяють залежно від кількісної характеристики брендів на ринку [5; с. 2] на 2 види:

1. Договірні зобов'язання, що обмежують економічну конкуренцію між суб'єктами господарювання в межах одного виду товарів.

2. Договірні зобов'язання, що обмежують економічну конкуренцію між кількома брендами.

Водночас до першого різновиду належать такі зобов'язання:

- територіальні обмеження – дистриб'ютор зобов'язаний продавати товар лише в межах певної території;
- обмеження кола споживачів – дистриб'ютор зобов'язаний продавати товар лише визначеному колу споживачів;
- ексклюзивне розповсюдження – дистриб'ютор отримує право бути єдиним продавцем товару в межах певної території;
- встановлення постачальником максимальної та / або мінімальної ціни перепродажу;
- визначення об'ємної кількості та типу точок продажу (магазинів), через які дистриб'ютор зобов'язаний розповсюджувати товар.

До другого виду договірних зобов'язань належать:

- виключне придбання товарів – дистриб'ютор зобов'язаний купувати певний вид (бренд) товару лише в одного виробника, але може купувати взаємозамінні товари в інших виробників;
- зобов'язання щодо відсутності конкуренції дистриб'ютора – він зобов'язаний купувати певний вид (бренд) товару лише в одного виробника, але при цьому не може виробляти, купувати чи продавати будь-який аналогічний (взаємозамінний) товар; до того ж дистриб'ютор може зобов'язатися не розпочинати господарську діяльність, яка конкуруватиме з діяльністю постачальника, протягом певного часу після припинення дистриб'юторського договору);
- зобов'язання щодо об'ємного викупу – дистриб'ютор зобов'язаний викупити певну частку від загальної кількості товарів, вироблених постачальником;
- нав'язування додаткових умов – дистриб'ютор зобов'язаний придбати інший вид товару в разі придбання основного виду (наприклад, брендовані чашки до партії чаю).

З огляду на вищевикладену класифікацію умова про ексклюзивність дозволяє створити визначеність, передбачуваність поведінки сторони, яка пов'язана умовою про ексклюзивність. При цьому така умова значно обтяжує зобов'язану сторону і обмежує свободу договору.

Зважаючи на викладене, можливість накладення подібних об'язків на одну зі сторін договору може надати досить вагомі переваги для постачальника, який веде свою господарську діяльність в умовах значної конкуренції, що надає можливість обмежити співпрацю, а отже і конкуренцію, свого контрагента в певній сфері з іншими постачальниками. Зазвичай, умова про ексклюзивність передбачає деякі матеріальні або інші заохочення – контрагент, на якого накладається подібне зобов'язання, може отримати більш вигідні ціни, окремі бонуси, знижки тощо.

Так, на нашу думку, застосування досліджуваного пункту може суперечити нормам антимонопольного законодавства та мати негативні для кінцевого споживача наслідки.

Тому в процесі укладання договору з ексклюзивною умовою слід враховувати вимоги антимонопольного законодавства України, оскільки наявність такої умови в договорі антимонопольний орган може розцінити як порушення конкуренції. Угоди між господарюючими суб'єктами, що здійснюють продаж товарів на одному товарному ринку, якщо такі угоди призводять або можуть призвести до відмови від укладення договорів з певними продавцями чи покупцями (замовниками), вважаються картелями і забороняються законом [2; ст. 8]. Через це договори з умовою про ексклюзивність можуть бути визнані судом недійсними.

Оскільки надання ексклюзивного права тягне за собою прийняття стороною зобов'язання не укладати договори з третіми особами, то, крім антимонопольних заборон, слід враховувати і спеціальні обмеження, передбачені для компаній, що реалізують свої товари, роботи або послуги на умовах публічного договору (ст. 633 Цивільного кодексу). Комерційна організація не має права надавати перевагу одній особі перед іншим щодо укладення публічного договору, крім випадків, передбачених законом та іншими правовими актами.

Водночас, на наш погляд, обов'язок не укладати аналогічні договори з третіми особами не слід розглядати як обмеження правоздатності, оскільки: по-перше, особа добровільно взяла на себе це зобов'язання, тому є відповідність волевиявленню і, по-друге, обмеження завжди має часовий, а інколи – територіальний характер.

Отже, доречним буде, щоб цей обов'язок був:

- 1) якнайбільш деталізованим (посиланням – щодо предмету договору, сторін та можливих істотних умов об'язку утриматись від укладення договорів);
- 2) мав у своїй структурі пункт щодо обмеження в часі дії договору, а за можливості й обмеження щодо певної території дії договору (районом, містом, областю тощо);
- 3) відплатним, тобто передбачав заохочення сторони, на яку покладається цей обов'язок (отримання грошового, майнового або іншого заохочення).

Висновки. Досліджувана нами умова вкрай важлива та поширена в договірних конструкціях сфери маркетингу, але не отримує належного захисту та належної кодифікації, що спричиняє деякі непорозуміння в області правового застосування цивільного та конкурентного законодавства.

Через це сторонам слід мати на увазі, що, закріплюючи в договорі умову про ексклюзивність, вони несуть ризики визнання договору недійсним. За відсутності законодавчого регулювання ексклюзивності у договорах дистрибуції необхідно максимально детально врегулювати всі питання, що стосуються ексклюзивності, зокрема слід закріпити відповідний статус дистриб'ютора, визначити обсяг прав в рамках такої ексклюзивності, її територіальні межі тощо.

Враховуючи викладене, варто закріпити таку норму в цивільному законодавстві України та узгодити її із законодавством щодо захисту економічної конкуренції.

Література:

1. Цивільний кодекс України (Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 40–44. – Ст.35
2. Закон України «Про захист економічної конкуренції» (Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2001. – № 12. – Ст.64
3. Климник І.І. Правознавство : навч. посіб. / [І.І. Килимник, Т.А. Коляда, А.В. Науменко]; Харк. нац. ун-т. міськ. госп-ва ім. О.М. Бекетова. – Х. : ХНУМГ, 2014. – 308 с.
4. Современный словарь иностранных слов : толкование, словоупотребление, словообразование, этимология / Л.М. Баш, А.В. Боброва и др. – М. : Цитадель-трейд, Рипол классик, 2003. – 960 с.

5. Дмуховський Б. Антимонопольне право: Ексклюзивно для бізнесу / Богдан Дмуховський // «Український юрист» [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://jurist.ua/?article/249>.
6. Луць А.В. Свобода договору в цивільному праві України : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / А.В. Луць. – Київ, 2001. – 13 с.

Вирт С. О. Умови об ексклюзивності в маркетингових договорах

Анотація. Стаття посвячена розгляду особливостей укладання маркетингових договорів, що містять в своїй структурі умову об ексклюзивності, з точки зору громадянського законодавства. Проаналізовані ризики закріплення умови об ексклюзивності в маркетингових договорах. Автор акцентує увагу

на наслідках застосування умови об ексклюзивності в маркетинговій сфері.

Ключові слова: ексклюзивність, маркетинговий договір, конкуренція, обмеження прав.

Virt S. Exclusive condition in marketing agreements

Summary. The article is devoted to highlighting the essence of the features of marketing agreements, which contain in their structure a condition of exclusivity in terms of civil law. Risks of fixing conditions for marketing exclusivity agreements are analyzed. The author focuses on the effects of the conditions of exclusivity in the marketing field.

Key words: exclusivity, contract marketing, competition, restriction of rights.

Облакова О. С.,

здобувач кафедри міжнародного права

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРАВОВІ ПИТАННЯ ДІЙНОСТІ АРБІТРАЖНОЇ УГОДИ ПРО ПЕРЕДАЧУ СПОРІВ ДО МІЖНАРОДНОГО СПОРТИВНОГО АРБІТРАЖНОГО СУДУ

Анотація. У статті досліджуються питання дійсності арбітражної угоди про передачу спорів до Міжнародного спортивного арбітражного суду, які пов'язані із визнанням і виконанням іноземними судами рішень зазначеної арбітражної інституції. Обґрунтовуються підстави юрисдикції спортивного арбітражу, підтверджується остаточність його рішень. Визначається сфера дії арбітражної угоди та відповідність положенням міжнародного права та німецького законодавства механізму інкорпорації арбітражного застереження до спортивного контракту. Йдеться про вплив судової практики на подальше формування і розвиток правових засад організації міжнародного спортивного арбітражу.

Ключові слова: Спортивний арбітражний суд, Верховний федеральний суд Швейцарії, Верховний федеральний суд Німеччини, арбітражне застереження, спортивний контракт, спортивний спір, юрисдикція, недійсність арбітражної угоди, апеляція на рішення Міжнародного спортивного арбітражу.

Актуальність теми. Міжнародний спортивний арбітражний суд (англ. Court of Arbitration for Sport, надалі – CAS) як ефективний механізм вирішення спорів між учасниками спортивного руху ґрунтовно увійшов до практики суб'єктів міжнародної спортивної діяльності та став вищою судовою інстанцією у цій сфері. Але практика міжнародного спортивного арбітражу залишається відомою лише вузькому колу фахівців. Попри те, що невпинно зростає значення спортивного юрисдикційного органу, компетенція якого за певних умов може поширюватися на спори, що стосуються будь-яких питань у сфері спорту, поки національне законодавство України не містить окремого закону про міжнародний спортивний арбітраж. Питання, пов'язані з діяльністю Спортивного арбітражного суду, непрямо регулюються Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (1994 р.) [1], Законом України «Про третейські суди» (2004 р.) [2], Законом України «Про міжнародне приватне право» (2005 р.) [3] тощо. З огляду на те, що ефективність захисту прав учасників спортивних відносин прямо залежить від чіткості та визначеності законодавчого регулювання способів такого захисту, від однаковості у судовій практиці та відповідності підходів українських судів тим позиціям, що були напрацьовані судами інших держав та широко визнаються у світі, актуальним та необхідним стає звернення до практики вирішення спортивних спорів іноземними державними судами, а також дослідження арбітражної угоди, яка є підставою виключення юрисдикції державного суду та визначення компетенції CAS.

Аналіз останніх досліджень і публікацій показує, що тема Міжнародного спортивного арбітражного суду є порівняно новою. Загалом цій темі присвячували свої роботи А.М. Бріліантова, «Спортивний арбітраж як спосіб розгляду спорів у галузі про-

фесійного спорту (порівняльно-правовий аспект)» (2004 р.) [4], В.В. Кузін, «Енциклопедія олімпійського арбітражу» (2005 р.), М.Є. Кутьопов «Міжнародний спортивний арбітраж» (2002 р.) [6], В.М. Нестреляєва, «Процес розгляду спорів у Міжнародному спортивному арбітражному суді в Лозанні» (2015 р.) [7], Д. Мавроматі, «Практика Верховного федерального суду Швейцарії з розгляду апеляцій на рішення Спортивного арбітражного суду» (2014 р.) [8], Ф. Гонсалес де Коссіо, «Моральна шкода та спортивний арбітраж» (2016 р.) [9], М. Бернасконі «Арбітражний розгляд спорів у сучасному спортивному світі» (2014 р.) [10] тощо. Важливе місце серед досліджень зазначеної теми займає монографія А.Ю. Бордюгової «Міжнародний спортивний арбітраж: засади та особливості діяльності» (2016 р.) [11].

Окремо арбітражній угоді як підставі компетенції Спортивного арбітражного суду приділялось недостатньо уваги як у зарубіжній, так і у вітчизняній літературі.

Виклад основного матеріалу. Як автономне явище, що забезпечує достатні гарантії сторонам спортивних правовідносин, щоб не звертатись до державного суду, міжнародний спортивний арбітраж є оригінальною системою, вільною від державних процесуальних вимог, важливим елементом якої є арбітражна угода. Ця порівняно самодостатня система та її елементи врегульовуються переважно міжнародними актами ненормативного характеру, розробленими Міжнародним олімпійським комітетом та іншими міжнародними спортивними організаціями.

До них належать, насамперед, Олімпійська хартія МОК [12], стаття 61 якої встановлює виключну компетенцію CAS стосовно спорів, пов'язаних із Олімпійськими іграми; Всесвітній антидопінговий кодекс [13], стаття 13 якого містить арбітражне застереження щодо юрисдикції CAS як останньої інстанції у справах щодо допінгу; Кодекс спортивного арбітражу [14] та Керівництво з арбітражу [15], яке включає декілька типових арбітражних застережень, що можуть бути враховані у спортивних контрактах або регламентних документах будь-якої спортивної організації.

Так, серед примірних арбітражних застережень, що містяться у Керівництві з арбітражу, є положення для включення в статут або регламент спортивної федерації, яке викладено таким чином: «Будь-який спір, що витікає із застосування норм цього статуту або регламенту <...> федерації, який не може бути врегульований мирним шляхом, повинен бути вирішений в останній інстанції трибуналом, сформованим відповідно до Статуту та Регламенту CAS, окрім судів загальної юрисдикції. Сторони зобов'язуються дотримуватися вказаних Статуту та Регламенту і добровільно виконувати ухвалене таким трибуналом рішення й не ухилятися від його виконання» [11, с. 74].

Впродовж останніх десятиліть юрисдикцію CAS визнали всі міжнародні олімпійські федерації та більшість національних олімпійських комітетів шляхом включення до своїх стату-

тів відповідного арбітражного застереження. Кожен контракт між федерацією та спортсменом, як правило, передбачає відсилку до статуту федерації та / або її правилам, що означає інкорпорацію арбітражного застереження до тексту контракту. Підписуючи контракт, спортсмен автоматично погоджується на вирішення можливих спорів CAS [16].

У процесі вирішення юрисдикції CAS спорів, які виникають із спортивних відносин, питання дійсності та імплементації арбітражної угоди стають центральним моментом.

Узагальнюючи два найбільш вдалих визначення поняття арбітражної угоди, наведеної у статті 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» [1] та статті 2 Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень [17], таку угоду можна розуміти як погоджену волю сторін про передачу спору між ними до арбітражу, що укладена у письмовій формі, є обов'язковою для сторін та визначає компетентність арбітражу, виключаючи компетенцію державного суду.

Угода про арбітражний розгляд спорів, які можуть виникнути в майбутньому та яка є складовою договору (контракту) є арбітражним застереженням [18, с. 310].

Стосовно юридичної практики у спортивній сфері проблематика арбітражної угоди полягає у збереженні її дійсності та визначенні межі достатньої волі сторін передати спір до арбітражного суду. Так, вже неодноразово арбітражне застереження у спортивному контракті заперечувалось саме на підставі відсутності волі сторін про вилучення спору із компетенції державного суду.

Цікавими для нашого дослідження є позиції німецьких державних судів різних інстанцій у справі Клаудії Пехштайн, п'ятикратної олімпійської чемпіонки та німецької ковзанярки, яка, вичерпавши усі допустимі «спортивною юстицією» правові засоби захисту (апеляції до Спортивного арбітражного суду та до Верховного федерального суду Швейцарії – *О.О.*), звернулася до національних судів загальної юрисдикції із позовом про притягнення (як співвідповідачів на підставі статті 6 Конвенції Лугано 2007 р. [19] – *О.О.*) Міжнародного союзу ковзанярського спорту (англ. International Skating Union, надалі - ISU) та Федерації ковзанярського спорту Німеччини до цивільно-правової відповідальності за неправомірну дискваліфікацію та порушення її права на звернення до суду і справедливий публічний судовий розгляд, який закріплено у пункті 1 статті 6 Європейської конвенції з прав людини [20].

Справа є особливою через те, що під час її розгляду були продемонстровані вкрай протилежні підходи судової практики щодо вирішення питання про дійсність арбітражного застереження у спортивному контракті.

Для врегулювання цього спору суди першої та другої інстанцій німецької судової системи визнавали арбітражну угоду, укладену між спортсменкою та спортивними організаціями, незаконною, а рішення, прийняті CAS на її підставі такими, що суперечать публічному порядку [21, с. 28–29]. Так, Мюнхенський апеляційний суд у своєму рішенні № U 1110/14 від 15 січня 2015 р. [22] постановив, що арбітражна угода між спортсменкою та ISU порушувала положення статті 19 німецького закону проти обмеження конкуренції [23]. На погляд апеляційного суду, ISU, здійснюючи економічну діяльність на відповідному ринку (бізнес у сфері ковзанярського спорту – *О.О.*) та монопольно володіючи правом організації міжнародних чемпіонатів із зазначеного виду спорту, зловживав своїм монопольним становищем, незаконно вводячи обов'язок підписання арбітражної угоди усіма спортсменами [21, с. 29]. Загалом суди

нижчих інстанцій підтримували посилання сторони на те, що арбітражне застереження було підписано внаслідок примусу.

Проте Верховний федеральний суд Німеччини (надалі – Верховний суд) у своєму рішенні № KZR 6/15 від 07 липня 2016 р. [24] підтвердив дійсність арбітражної угоди відповідно до положень німецького законодавства (стаття 1025 параграф 2 та стаття 1032 параграф 1 німецького процесуального кодексу [25] – *О.О.*) та визнав єдиним компетентним судом CAS.

Верховний суд зазначив, що коли спортивна федерація надає право участі у своїх змаганнях за умови укладання арбітражної угоди на користь CAS згідно зі Світовим антидопінговим кодексом [13], це не зловживання своїм домінуючим положенням, тому що обидві сторони, спортсмени та федерації, завжди мають спільний інтерес, вони разом поділяють ціль «спорт вільний від допінгу» та мають потребу в ефективному механізмі вирішення спорів, що забезпечує однакові стандарти та рівне ставлення до усіх спортсменів з усього світу у допінгових справах [24].

Дослідивши всі обставини справи, Верховний суд дійшов висновку, що спортсменка уклала арбітражну угоду добровільно. Тому що не можна визначити підписання арбітражного застереження як вимушену відмову від своїх конституційних прав чи як результат психічного або фізичного насильства, шахрайства, «нестатку декларування намірів». Той факт, що спортсменка не хотіла підписувати арбітражне застереження, не означає, що вона була змушена це зробити. До того ж із контенту договору випливало, що обидві сторони приймали на себе взаємні обов'язки [21, с. 34].

Верховний суд визнав рішення, видане Спортивним арбітражем, що знаходиться у Лозані, остаточним та вказав на можливість його виконання як у Швейцарії, так і в іноземній державі відповідно до положень Нью-Йоркської Конвенції про визнання та виконання арбітражних рішень 1958 р. [8], яка ратифікована 156-ма приймаючими у ній участь державами [21, с. 30].

Крім того, Верховний суд підкреслив широку сферу дії арбітражної угоди між спортсменкою та міжнародною спортивною організацією, яка відповідно до статті 26 Статуту Міжнародного союзу ковзанярського спорту [26] поширювалася на будь-які спори між ними. Це означає, що позови про відшкодування шкоди були підсудні і Спортивному арбітражному суду, а не тільки звичайному суду. Тим самим Верховний суд спростував висновок Мюнхенського апеляційного суду і в тій частині, де йдеться про те, що арбітражна угода, підписана сторонами, охоплює лише специфічні питання – спори, пов'язані з допінгом, та не поширюється на позови про відшкодування шкоди [21, с. 33].

Отже, у зазначеній справі посилання сторони на те, що арбітражне застереження у спортивному контракті було підписано внаслідок примусу, знаходило підтримку німецьких державних судів нижчих інстанцій. Однак Верховний суд відхилив такі твердження як недоведені і недостатні для того, щоб позбавити рішення Спортивного арбітражного суду, прийняте на основі арбітражної угоди, юридичної сили. У такий спосіб Верховний суд створив прецедент для подальшого правового обґрунтування юрисдикції спортивного арбітражу.

Ми вважаємо, що питання, вирішені Верховним федеральним судом Німеччини у зазначеній справі, мають важливе значення для подальшого формування і розвитку правових засад організації міжнародного спортивного арбітражу в цілому. Аналогічно «знаковими для долі CAS» [27, с. 778] були преце-

дентні рішення Верховного федерального суду Швейцарії від 15 березня 1993 р. у справі № 119 II 271 «E. Gundel проти Міжнародної федерації кінного спорту» [28], коли Федеральний суд визнав CAS повноправним арбітражним судом, та від 27 травня 2003 р. у справі № 129 III 445 «Данилова / Лазутіна проти Міжнародного олімпійського комітету» [29], коли було надано оцінку незалежності CAS.

Взагалі, у сучасній іноземній літературі та судовій практиці сформувалася презумпція дійсності арбітражної угоди, а вимоги дійсності договору, визначені цивільним законодавством, не застосовуються до арбітражної угоди з огляду на її змішану правову природу і принцип відокремленості арбітражної угоди [30, с. 98].

Однак поширення цієї презумпції на арбітражні угоди у спортивних контрактах та відповідність вимогам закону фактично «виключної юрисдикції» спортивних «судових» органів, яка встановлюється шляхом підписання «обов'язкової» для участі у спортивних змаганнях арбітражної угоди, залишається дискусійним питанням, яке потребує подальшого теоретичного дослідження.

Висновки. Аналіз теоретичних досліджень, нормативної бази та конкретної судової практики дозволяє зробити висновок, що арбітражна угода є правовою підставою і правовим джерелом набуття Міжнародним спортивним арбітражним судом своєї компетенції розглядати конкретний спортивний спір, умовою дійсності та юридичної сили арбітражного рішення, винесеного у цьому спорі.

Визнання арбітражної угоди недійсною унеможливає арбітражний розгляд, а винесення арбітражного рішення на основі недійсної арбітражної угоди є підставою для скасування цього рішення або для відмови у його визнанні і виконанні.

При цьому необхідно також наголосити, що сучасна судово-практика схиляється до визнання «виключної юрисдикції» спортивного арбітражу з розгляду спортивних спорів. А відсутність волі спортсмена на вилучення спору із компетенції державного суду, яке відбувається шляхом підписання арбітражного застереження, інкорпорованого до статуту спортивної організації, не є підставою визнання арбітражної угоди недійсною.

Література:

1. Алексеев С.В. Международное спортивное право [Текст] : учебник / Сергей Викторович Алексеев; под ред. П.В. Крашенинникова. – М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2016. – 895с.
2. Бордюгова А.Ю. Міжнародний спортивний арбітраж : засади й особливості діяльності та словник найуживанішої лексики: / А.Ю. Бордюгова. – К. : АВІАЗ, 2015. – 160 с.
3. Бриллиантова А.М. Спортивный арбитраж как способ рассмотрения споров в сфере профессионального спорта (сравнительно-правовой аспект) / А.М. Бриллиантова // Теория и практика физической культуры. – Выпуск 6. – 2004 г.
4. Бриллиантова А.М. Энциклопедия олимпийского арбитража / [А.М. Бриллиантова, В.В. Кузин, М.Е. Кутёпов] – М., 2005. – 346 с.
5. Всесвітній антидопінговий кодекс, 2003 р. (чинна редакція 2015 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/wada-2015-world-anti-doping-code.pdf>.
6. Європейська конвенція з прав людини від 03.09.1953 р. (чинна редакція 2010 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_UKR.pdf.
7. Європейська конвенція про введення одноманітного закону про арбітраж [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_679.
8. Закон ФРН проти обмеження конкуренції від 26.08.1998 р. (чинна редакція 2016 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/BJNR252110998.html>.
9. Керівництво з арбітражу, 1991 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.tas-cas.org/en/arbitration/standart-clauses>.

10. Кодекс спортивного арбітражу, 1994 р. (чинна редакція 2013 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html>.
11. Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень від 10.06.1958 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 45.
12. Конвенція про юрисдикцію, визнання та приведення до виконання судових рішень у цивільних та комерційних справах від 30.10.2007 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ec.europa.eu/world/agreements/downloadFile.do?fullText=yes&reatyTransId=13041>.
13. Кравченко К.И. Основания подсудности спортивных споров национальной инстанции (арбитража) / К.И. Кравченко // Молодой учёный. – 2015. – № 11.2 – С.16–19.
14. Кутёпов М.Е. Международный спортивный арбитраж / М.Е. Кутёпов. – М., 2002. – С. 21.
15. Мальський М.М. Арбітражна угода : теоретичні та практичні аспекти : [монографія] / М.М. Мальський. – Львів : Літопис, 2013. – 374с.
16. Міжнародне приватне право : підруч. / за ред. проф. В.П. Жушмана та доц. І.А. Шуміло. – Х. : Право, 2012. – 320 с.
17. Нестреляева В.М. Процесс рассмотрения споров в Международном спортивном арбитражном суде в Лозане / В.М. Нестреляева // Молодой ученый. – № 6. – 11 (91). – 2015. – С. 31–34.
18. Олімпійська хартія МОК, 1894 р. (чинна редакція 2015 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://stillmed.olympic.org/Documents/olympic_charter_en.pdf.
19. Прес-реліз Верховного федерального суду ФРН № 97/2016 щодо рішення № KZR 6/15 від 07.07.2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f2a2659ccb3c144cc6c354efcc9926&nr=74892&linked=pm&Blank=1>.
20. Про міжнародне приватне право : Закон України № 2709-IV від 23.06.2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1701-15>.
21. Про міжнародний комерційний арбітраж : Закон України № 4002-XII від 24.02.1994 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>.
22. Про третейські суди : Закон України № 1701-IV від 11.05.2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1701-15>.
23. Рішення Верховного федерального суду Швейцарії № 129 III 445 27.05.2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F%129-III-445%3Ade.
24. Рішення Мюнхенського апеляційного суду № U 1110/14 від 15.01.2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.jurion.de/urteile/olg-muenchen/2015-01-15/u-1110_14-kart.
25. Статут Міжнародного союзу ковзанярського спорту [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://static.isu.org/media/1017/constitutions-and-general-regulations-2016.pdf>.
26. Цивільно-процесуальний кодекс ФРН від 12.09.1950 (чинна редакція 2016 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dejure.org/gesetze/ZPO>.
27. Швейцария деловая. Федеральный суд Швейцарии спасает арбитражную оговорку [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://business-swiss.ch/2013/06/zwischen-fifa-uefa/>.
28. Bernasconi M. Arbitrating Disputes in Modern Sports World. 5th Conference & SAV/FSA Lausanne 2014/7 / Michele Bernasconi // Editions Weblaw. – Bern. – 2016. – 272 p.
29. Gonzalez de Cossio F. Moral damage and sports arbitration / Francisco Gonzalez de Cossio // CAS Bulletin. – 1. – 2016. – P. 7–14.
30. Massimo Coccia. The jurisprudence of the Swiss Federal Tribunal on challenges against CAS awards / Coccia Massimo // CAS Bulletin. – 2. – 2013. – P. 2–18.
31. Mavromati D. The Legality of the Arbitration Agreement in favour of CAS under German Civil and Competition Law / The Pechstein Ruling of the German Federal Tribunal (BGH) of 7 June 2016 / Despina Mavromati // CAS Bulletin. – 1. – 2016. – P. 27–61.
32. Recueil des sentences du TAS : 1986–1998. – Berne : Editions Staempfli SA, 1998. – 119 II 271.
33. Thomassen W. Arbitration and the European Convention on Human Rights / Wilhelmina Thomassen // CAS Bulletin. – 2. – 2015. – P. 31 – 39.

Облакова Е. С. Правовые вопросы действительности арбитражного соглашения о передаче споров в Международный спортивный арбитражный суд

Аннотация. В статье исследуются вопросы действительности арбитражного соглашения о передаче спора на разрешение Международного спортивного арбитражного суда, которые связаны с признанием и исполнением иностранными судами решений указанной арбитражной инстанции. Обосновываются основания юрисдикции спортивного арбитража, подтверждается окончательность его решений. Определяется сфера действия арбитражного соглашения и соответствие механизма инкорпорации арбитражной оговорки в спортивный контракт положениям международного права и немецкого законодательства. Отмечается влияние судебной практики на дальнейшее формирование и развитие правовых основ организации международного спортивного арбитража.

Ключевые слова: Спортивный арбитражный суд, Верховный федеральный суд Швейцарии, Верховный федеральный суд Германии, арбитражное соглашение, спортивный контракт, спортивный спор, юрисдикция, недействительность арбитражного соглашения, апелляция на решение Международного спортивного арбитража.

Oblakova O. The Legalistic Issues of Validity of the Arbitration Agreement in favour of Court of Arbitration for Sport

Summary. The article examines the issues of validity of the arbitration agreement in favour of Court of Arbitration for Sport, which are connected with the recognizing and enforcing of the highlighted above arbitral institution's awards by the foreign courts. The bases of jurisdiction of the sports arbitration are argued; the finality of sports arbitral ruling is proved. The scope of arbitration agreement and the legality of the mechanism of arbitration clause' incorporation under international and German law are determined. The influence of the jurisprudence for further formation and development of the legal principles of CAS organization are specified.

Key words: Court of Arbitration for Sport, Swiss Federal Tribunal, German Federal Tribunal, arbitration agreement, sports contract, sports-related dispute, jurisdiction, invalidity of the arbitration agreement, appeal against CAS decision.

Кондратенко Д. Ю.,

аспірант кафедри земельного та аграрного права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОБЛІКУ ЗЕМЕЛЬ

Анотація. У статті аналізуються питання сучасного правового забезпечення обліку земель в Україні. Обґрунтовується доцільність легального закріплення категорії «облік земель», ведення розширеної форми обліку земельних ділянок, обліку земель за агроландшафтами. Акцентовано увагу на модернізації чинного земельного законодавства з метою вдосконалення процедури збирання, зберігання, оновлення і використання інформації про земельні ділянки та про стан використання земельних ресурсів в Україні, що стосується реалізації принципу документування відомостей Державного земельного кадастру. Виділено правові форми екологізації земельно-кадастрових відносин. Наголошується на доцільності запозичення міжнародного позитивного законодавчого досвіду щодо обліку земель та адаптації до нього чинного вітчизняного законодавства.

Ключові слова: земельне право, облік земель, облік земельних ділянок, облік земельних прав.

Постановка проблеми. Ефективний облік земель (земельних ділянок та прав на них) як важлива передумова проведення реєстрації земельних прав виступає підґрунтям раціонального використання, охорони та відтворення земельних ресурсів, а також управління ними й загалом успішного функціонування ринку землі. Основу обліково-реєстраційної системи земель в Україні складає Державний земельний кадастр. Саме в ньому відображається суб'єктивна інформація щодо земельних ділянок, яка нагромаджується у результаті проведення обліку земель. Така інформація необхідна, насамперед, для здійснення державного контролю за використанням, відтворенням та охороною земель. Тому питання правового забезпечення кадастрового обліку земель було і залишається досить актуальним. Тільки законодавчо унормований та впорядкований процес здійснення обліково-реєстраційної діяльності у сфері земельних відносин може стати запорукою запровадження та функціонування прозорого механізму обігу земель та прав на них у ринкових умовах, а також дієвого механізму управління ними. У цьому аспекті важливо зауважити, що необхідно розрізняти облік земельних ділянок у власному розумінні й облік земельних прав (як більш ширшої категорії порівняно з першою – Д.К.).

Стан дослідження. У науковій юридичній та землевпорядній літературі відсутнє комплексне дослідження питання правового регулювання обліку земель в Україні. Однак існують наукові нароби, присвячені окремим аспектам здійснення обліково-реєстраційної діяльності. Наведену проблематику досліджували такі представники земельно-правової та землевпорядної науки, як Д.І. Бабміндра, М.М. Бахуринська, Д.В. Буша, І.В. Дегтярьов, І.О. Іконичька, М.О. Ільїна, Н.В. Ільків, Т.М. Лебедева, А.Г. Мартин, Р.І. Марусенко, А.С. Чешев та інші.

Мета цієї статті полягає у визначенні ключових проблем правового забезпечення обліку земель та земельних прав і встановленні основних способів удосконалення чинного законодавства в зазначеній сфері земельних відносин.

Виклад основного матеріалу. В Україні відсутнє законодавче визначення обліку земель. Однак у науковій літературі зустрічаються пропозиції різних теоретичних визначень цього терміну. Зокрема, І. В. Дегтярьов робить висновок, що «облік земель – це перш за все їх кількісне відображення та якісна характеристика, тобто будь-який облік, зокрема й земельний, дає кількісний вираз явищ, для яких характерна визначена якість» [1, с. 71]. Автор бере за основу кількісні та якісні показники земель. А.С. Чешев та І.П. Фесенко визначають земельний облік «як державний захід щодо накопичення, систематизації й аналізу різноманітних відомостей про кількість, розміщення, природний стан, господарське положення й використання земельних ресурсів» [2, с. 83]. Вони акцентують увагу переважно на кількісних характеристиках земельних ресурсів. До того ж у літературі висловлюється думка, що «облік земель є збором, систематизацією, зберіганням та поновленням відомостей про наявність, стан та використання земельного фонду» [3, с. 85]. Т.М. Лебедева вважає, що «облік земель – це дії уповноваженого органу державної влади із внесення в державний земельний кадастр, оброблення, систематизації та поновлення юридично значимих відомостей у системі державного земельного кадастру» [3, с. 235]. Т.М. Ситнік вказує, що «обліком земель населених пунктів, зайнятих зеленими насадженнями, є відображення у відомостях і документах даних, які характеризують кожен земельну ділянку в межах населених пунктів, на якій розміщені деревна, чагарникова, квіткова, трав'яна рослинність та інші об'єкти рослинного світу природного і штучного походження, за площею, природними та набутими властивостями, що впливають на їх продуктивність, економічну й природну цінність, а також розподіл цих земель за власниками і землекористувачами» [4, с. 277].

Узагальнюючи вищевведені тлумачення поняття «облік земель», можна зробити висновок, що облік земель – це діяльність спеціально уповноважених державних органів щодо збору, накопичення, оброблення, систематизації, зберігання та оновлення інформації з приводу кількісних та якісних характеристик земельних ділянок, що вноситься до системи державного земельного кадастру.

В Україні правову основу обліку земель складає низка чинних нормативно-правових актів, які регулюють ті чи інші питання, пов'язані з обліком земель. Розглянемо деякі з них.

Насамперед, слід зазначити, що принципів положення, які стосуються обліку земель як правової категорії, закріплені в Земельному кодексі України [5]. Так, ст. 203 Земельного кодексу, що має назву «Облік кількості та якості земель», включена до глави «Державний земельний кадастр». І це не випадково, оскільки облік земель – обов'язкова складова Державного земельного кадастру. Глава 34 включена до Розділу VII Земельного кодексу України, який акумулює норми, присвячені регламентації управлінських відносин у галузі використання і охорони земель.

Згідно зі ст. 203 Земельного кодексу України облік кількості земель – це відображення у відомостях і документах даних, які характеризують кожну земельну ділянку, а також землі за площею та складом земельних угідь, розподіл земель за власниками, землекористувачами, а облік якості земель – відображення у відомостях і документах даних, які характеризують земельні угіддя за природними і набутими властивостями, що впливають на їх продуктивність та економічну цінність, а також за ступенем техногенного забруднення ґрунтів [5].

Деталізацію та конкретизацію положень щодо обліку земель, закріплених Земельним кодексом України, здійснює Закон України «Про Державний земельний кадастр», який визначає правові, економічні та організаційні основи діяльності у сфері Державного земельного кадастру [6]. Призначення цього Закону полягає в забезпеченні необхідною інформацією органів державної влади та органів місцевого самоврядування, зацікавлених підприємств, установ і організацій, а також громадян з метою регулювання земельних відносин, раціонального використання та охорони земель, визначення розміру плати за землю і цінності земель у складі природних ресурсів, контролю за використанням і охороною земель, економічного та екологічного обґрунтування бізнес-планів та проєктів землеустрою.

Згідно зі ст. 3 Закону України «Про Державний земельний кадастр» Державний земельний кадастр базується на таких основних принципах:

- обов'язковості внесення до Державного земельного кадастру відомостей про всі його об'єкти;
- єдності методології ведення Державного земельного кадастру;
- об'єктивності, достовірності та повноти відомостей у Державному земельному кадастрі;
- внесення відомостей до Державного земельного кадастру виключно на підставі та відповідно до цього Закону;
- відкритості та доступності відомостей Державного земельного кадастру, законності їх одержання, поширення і збереження;
- безперервності внесення до Державного земельного кадастру відомостей про об'єкти Державного земельного кадастру, що змінюються;
- документування всіх відомостей Державного земельного кадастру [6].

Облік земель проводиться згідно з державними стандартами, нормами і правилами спеціально уповноваженими органами державної виконавчої влади або місцевого самоврядування з питань земельних ресурсів. Державні стандарти, норми і правила з кадастрового обліку земель розробляються спеціально уповноваженими органами виконавчої влади з питань земельних ресурсів відповідно до Закону України від 05 червня 2014 р. «Про стандартизацію» [7] і узгоджуються зі спеціально уповноваженими органами виконавчої влади з питань статистики, аграрної політики, містобудування і екології та природних ресурсів. В Україні облік кількості земель інтегровано у систему державних статистичних спостережень, а нормативною основою для її ведення став Закон України від 17 вересня 1992 р. № 2614-ХІІ «Про державну статистику» [8] та наказ Держкомстату України від 05 листопада 1998 р. № 377 «Про затвердження форм державної статистичної звітності із земельних ресурсів та Інструкції із заповнення державної статистичної звітності з кількісного обліку земель (форми №№ 6-зем, ба-зем, бб-зем, 2-зем)», зареєстрований в Міністерстві Юстиції України 14 грудня 1998 р. за № 788/3228 (який нині не діє). Нормативні

документи щодо ведення обліку якості земель в Україні у наразі відсутні. А.Г. Мартин слушно зазначає, що в сучасних умовах облік якості земель, очевидно, необхідно проводити з урахуванням ДСТУ 4362:2004 «Якість ґрунту. Показники родючості ґрунтів» [9].

Наказом Державного комітету земельних ресурсів України «Про первинний облік земельних ділянок на основі застосування кадастрових номерів та стандарту бази даних автоматизованої системи ведення державного земельного кадастру» від 12 жовтня 2000 р. № 133 облік земельних ділянок на основі кадастрових номерів було запроваджено у складі державного земельного кадастру. Однак вивчення практики свідчить про наявні проблеми з реалізацією деяких з вищезазначених принципів. Так, наприклад, повнота відомостей про земельні ділянки у Державному земельному кадастрі поки що не сягає 100 %. За твердженням фахівців, у матеріалах Державного земельного кадастру немає офіційної інформації про майже 70% наявних земельних ділянок, на які оформлені правовстановлюючі документи. Не всі межі земельних ділянок мають координати поворотних точок, що свідчить про некоректність формування земельних ділянок як об'єктів права. Під час визначення меж земельних ділянок використовувалися різні системи координат, що сьогодні не дозволяє узгодити отримані дані між собою; не збігаються місця розташування земельних ділянок на кадастрових планах і на місцевості тощо. У юридичній літературі слушно зазначається, що повноту обліку земель потрібно розглядати у двох розуміннях – як наявність відомостей про всі земельні ділянки в межах території України та як наявність усіх передбачених законом відомостей про кожну конкретну земельну ділянку [10, с. 54].

Важливою вадою земельного кадастрового обліку, що існує зараз у державі, треба вважати його статистичний характер (ще з радянських часів актуалізація кадастрових відомостей піднімалася веденням статистичної звітності з кількісного обліку земель за формами № 6-зем, ба-зем, 2-зем – Д.К.), які сьогодні не діють. Ними недостатньо чітко та ретельно обліковувалися просторові характеристики земельних ділянок. Ще одним недоліком у сфері обліку земель виявляється процедура збирання інформації про земельні ділянки та стан використання земельних ресурсів, що стосується реалізації принципу документування всіх відомостей Державного земельного кадастру. Дискретність кадастрових даних також вважається серйозною вадою чинної земельно-кадастрової системи.

Отже, сьогодні в органах Держгеокадастру спостерігається відсутність необхідної та повної інформації про значну частину українських земель. Водночас деякі наявні відомості про земельні ділянки є спотвореними. Про це свідчить Єдиний державний реєстр судових рішень, який містить низку судових рішень у справах, зокрема щодо виправлення певних помилок. Аналіз Розділу VII Закону України «Про Державний земельний кадастр» свідчить, що Законом фактично визнається масштаб проблеми, адже у Прикінцевих та Перехідних положеннях цього Закону навіть передбачено певний механізм для виправлення помилок, які зустрічаються на момент запровадження кадастру.

У 2012 р. було прийнято постанову Кабінету Міністрів України «Про затвердження порядку проведення інвентаризації земель» від 23 травня 2012 р. [11], яка є чинною і дотепер. Однак треба зазначити, що правові підстави і процедура інвентаризації земель існували й раніше, але бракувало їх реалізації, механізм якої було передбачено, наприклад, у Положенні про земельно-кадастрову інвентаризацію земель населених пунк-

тів, затвердженому наказом Держкомзему № 85 від 25 серпня 1997 р., яке діяло лише до 2013 р., а потім втратило чинність, та у Тимчасових методичних вказівках з кадастрового землеустрою (інвентаризації земель), затверджених першим заступником голови Держкомзему України 04 серпня 1999 р. тощо.

У сучасних умовах зростає проблема актуальності, своєчасності оновлення інформаційного змісту топографічних карт і планів усіх масштабів. Зокрема, в Концепції Державної цільової науково-технічної програми розвитку топографо-геодезичної діяльності та національного картографування на 2011–2015 рр., схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 29 грудня 2010 р. № 2354-р [12], на жаль, відсутній ефективний механізм оновлення геопросторових даних, місцеві системи координат населених пунктів не були прив'язані до Державної геодезичної мережі, геопросторові дані не відповідали вимогам міжнародних стандартів у сфері географічної інформації / геоматики. Зі змісту розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції Державної цільової науково-технічної програми розвитку топографо-геодезичної діяльності та національного картографування на 2014–2018 рр.» від 29 грудня 2010 р. № 2354-р [13] випливає, що станом на 2013 р. суттєво ситуація не змінилася, а перелік проблем навіть збільшився. Поряд з усіма вищезазначеними проблемами наразі наявні ще й такі:

1) відсутня ефективна постійно діюча система проведення геоінформаційного моніторингу місцевості та оновлення геопросторових даних;

2) рівень геоінформаційної продукції відстає від темпів розвитку і застосування інформаційних і телекомунікаційних технологій.

Після видання наказу Служби безпеки України «Про затвердження Змін до Зводу відомостей, що становлять державну таємницю» від 25 листопада 2009 р. № 755 в Україні нарешті скасовано режим секретності щодо геопросторової інформації і точних планово-картографічних матеріалів. Це створює передумови до забезпечення в майбутньому публічності та доступності кадастрових планів і карт, а також ортофотопланів та індексних карт і системного підвищення якості та відкритості кадастрових даних. До 2009 р. такі дані були державною таємницею. Також у результаті виконання постанови Кабінету Міністрів України від 22 вересня 2004 р. № 1259 «Деякі питання застосування геодезичної системи координат» в Україні з 1 січня 2007 р. формально впроваджено Державну геодезичну референтну систему координат УСК-2000, яка відповідає сучасним вимогам до впровадження єдиної високоточної координатної основи картографування території із застосуванням новітніх технологій, створено базовий набір геопросторових даних на території України [10, с. 55, 56].

Згідно з п. 5 ст. 33 Закону України «Про Державний земельний кадастр» відомості щодо кількості та якості земель узагальнюються центральним органом виконавчої влади з питань земельних ресурсів. Узагальнена інформація про кількість та якість земель безкоштовно надається органам державної влади та органам місцевого самоврядування відповідно до Порядку ведення Державного земельного кадастру. Це важливе нововведення, оскільки велика частина органів місцевого самоврядування під час розпорядження землями діють фактично всліпу, не маючи жодних систем обліку земель. Закритість відомостей про землі, насамперед, перешкоджає визначенню необхідних природоохоронних заходів та перспектив розвитку місцевостей [14, с. 298]. Також слід зазначити, що значним кроком на шляху

вдосконалення облікової діяльності та розвитку процесу безперервного оновлення інформації в електронній системі ведення Державного земельного кадастру стало закріплення на законодавчому рівні вимог до змісту, структури і технічних характеристик електронного документа у постанові Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2012 р. № 1051 «Про затвердження Порядку ведення Державного земельного кадастру» [15], яких у попередній редакції зазначеного Порядку ще не було.

За період дії Закону України «Про землеустрій» із 52 стандартів ДБН, які повинні бути розроблені, розроблено лише три. Це зумовлено відсутністю загальнодержавної програми і, як наслідок, передбачених бюджетних коштів на розробку технічної документації [16]. Тобто нагальною проблемою залишається відсутність чіткого механізму проведення ефективного обліку земель, який має бути детально прописаний у відповідних підзаконних нормативно-правових актах та реалізований на практиці.

Також слід зауважити, що наразі згідно з чинним вітчизняним законодавством в Україні залишаються розділеними між двома органами державної влади та двома реєстраційними системами функції ведення кадастру та функції реєстрації прав на землю, в той час як у більшості країн світу здійснюється інтеграція обох реєстрів в універсальну кадастрово-реєстраційну систему, яка об'єднує функції обліку нерухомості (кадастру) та реєстрації прав на землю (юридичну), відомості якої мають багатоцільове призначення та використання. Фактично, незважаючи на проведену реформу, в Україні продовжує діяти двокомпонентна (дуальна) кадастрово-реєстраційна система, що, як підкреслюється в літературі, призводить до консервації притаманих нашій державі проблем: по-перше, дублювання функцій здійснення обміну інформацією, використання різного програмного забезпечення призводять до підвищення вартості утримання кадастрово-реєстраційної системи, збільшують строки державної реєстрації та знижують оперативність актуалізації інформації у двох різних базах даних; по-друге, в умовах притаманного Україні низького рівня виконавчої дисципліни, координації і взаємодії державних відомств, їх боротьба за контроль над фінансовими потоками та отримання адміністративної ренти призводять до фактичної недієздатності нової системи державної реєстрації прав на землю [17, с. 11].

Окрім вищенаведених недоліків правового регулювання обліку земель, існують і деякі інші. Йдеться, зокрема, про застарілість деяких актів законодавства щодо обліку та реєстрації земельних ресурсів та наявність неузгодженості між окремими їх положеннями.

Як вірно зауважує Н.В. Ільків, з аналізу змісту чинного земельного законодавства випливає, що об'єктом земельного права є землі як виробничий ресурс. Зокрема, ст. 22 Земельного кодексу України свідчить, що законодавець основну увагу звертає на економічну роль земель. Але ж усі землі – категорія «еколого-економічна», тобто вони є частиною навколишнього природного середовища, яка перебуває у постійній екологічній рівновазі і характеризується нерозривним зв'язком і взаємодією її елементів між собою, що теж необхідно враховувати [14]. Саме тому значну увагу необхідно приділяти екологізації правового регулювання обліку та реєстрації земель. Так, наприклад, можна погодитися з думкою Т.М. Лебедевої та запропонувати розширену форму обліку земельних ділянок. Окрім того, що вже існує, повинен також здійснюватися облік земель за агроландшафтами, при цьому межі кварталів мають співпадати з межами землекористувань.

З урахуванням норм земельного законодавства України можна виділити такі наявні правові форми екологізації право-

вого регулювання земельно-кадастрових відносин, які повинні бути не лише закріплені на папері, а й застосовуватися на практиці. Серед них:

- запровадження у земельно-правових нормах обліку природних характеристик землі як природного об'єкту та природного ресурсу;

- закріплення у земельному законодавстві системи спеціальних органів, які здійснюють регулювання використання земель, їх охорону і відтворення;

- визначення у земельному законодавстві певного кола суб'єктів права на використання земельних ділянок, які своїми життєзабезпечувальними функціями неминуче впливають на стан земель;

- чітка регламентація правил землекористування з урахуванням екологічних особливостей землі;

- закріплення у земельному законодавстві природоохоронних норм і заходів з раціонального використання земель, а також економічних заходів забезпечення;

- встановлення юридичної відповідальності за неправомірне і неналежне використання земельних ділянок [14, с. 299].

Цікавим видається досвід проведення обліку та реєстрації земель у деяких зарубіжних країнах. Слід зазначити, що взагалі основи сучасного земельного кадастру в більшості країн світу закладені в останні десятиріччя. Він включає детальну характеристику ґрунтового покриву, класифікацію земель, рекомендації щодо використання земель для посівів конкретних сільськогосподарських культур, застосування добрив, проведення меліорації, охорони ґрунтів тощо. Найбільш досконалими вважаються земельні кадастри США, Канади, Франції та деяких інших держав. Так, французький земельний кадастр як один із найбільш досконалих серед кадастрів європейських країн являє собою чітку систему обігу кількості і якості земель з метою оподаткування. Процес реєстрації земель у Франції передбачає вирішення трьох груп завдань: технічних (складання кадастрових планів), земельних (ідентифікація та опис земельних ділянок, встановлення їх власників), податкових (оцінка землі й визначення обґрунтованої норми земельного податку). Поновлення та переоцінка землі здійснюється через кожні п'ять років. Поновлення і перевірка земельного кадастру покладаються на постійну державну службу земельної власності, що включає центральне, регіональне і департаментське відомства [18, с. 109]. Слід зауважити, що у Франції, на відміну від України, існує облік якості земель не лише на папері, а й на практиці обліковуються якісні характеристики земельних ділянок, до того ж не лише сільськогосподарських. У цій країні законодавством передбачено дієвий механізм реалізації усіх аспектів обліку та реєстрації земель.

Під час дослідження питання правового регулювання обліку земель може виникнути хибна думка, що саме значна кількість нормативно-правових актів, які регулюють різні аспекти одного питання обліку та реєстрації земель, виступає перешкодою для ведення ефективної облікової діяльності. У зв'язку з цим може бути запропоновано створити єдиний зведений законодавчий акт з цього питання. Однак не кількість, а якість нормативно-правових актів впливає на ефективність правового забезпечення обліку земель. Наприклад, у Боснії та Герцеговині питанням обліку та реєстрації земель присвячено 10 законодавчих актів, а в провінції Онтаріо, що знаходиться в Канаді, таким питанням присвячено 14 нормативно-правових актів [19]. Законодавство кожної з наведених вище країн щодо відносин з обліку земель є узгодженим, а широка розгалуженість

правового регулювання свідчить про детальне нормативне забезпечення усіх аспектів обліку земель.

Наразі Україною зроблено перший суттєвий крок у цьому напрямку. Створена за сприяння Світового Банку кадастрова система відповідає сучасним вимогам. Тепер на порядку денному актуалізуються два паралельних завдання: наповнювати кадастр новими достовірними даними, підтримувати рівень їх актуальності та вдосконалювати законодавство щодо єдності кадастрово-реєстраційної системи та забезпечення фінансової сталості Національної кадастрової системи [20].

Висновки. Отже, на основі проведеного вище дослідження правового регулювання обліку земель можна зробити висновок про необхідність та актуальність удосконалення законодавства з приводу обліку та реєстрації земель. По-перше, нагальним видається законодавче визначення поняття обліку земель. По-друге, законодавство у сфері облікової діяльності щодо земельних ресурсів має постійно оновлюватися, окремі нормативно-правові акти та їх положення не повинні суперечити один одному. По-третє, зміни до законодавства повинні носити комплексний та систематичний характер. По-четверте, практичної важливості набуває запозичення міжнародного позитивного законодавчого досвіду щодо обліку земель та його адаптація до сучасних умов розвитку української держави. По-п'яте, у законодавстві повинен бути передбачений чіткий дієвий механізм ведення обліку та реєстрації земельних ділянок. І, нарешті, не менш важливим видається питання, яке стосується використання науково обґрунтованого методу ведення облікової діяльності щодо земельних ресурсів, що підвищить рівень наповненості даних обліку земель у Державному земельному кадастрі та зведе до мінімуму їх недостовірність.

Література:

1. Бабміндра Д.І. Удосконалення системи ведення державного земельного кадастру в Україні шляхом адаптування до законодавства країн-лідерів / Д.І. Бабміндра, Д.В. Буша, М.О. Ільїна // Вісник Запорізького національного університету. Економічні науки. – 2013. – № 4. – С. 106–110.
2. Бахуринська М.М. Новели правового регулювання державної реєстрації прав на земельні ділянки / М.М. Бахуринська // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2013. – № 7. – С. 5–13.
3. Дегтярєв І.В. Земельное право и земельный кадастр / И.В. Дегтярєв, Л.И. Осипов. – Москва, 1986. – 240 с.
4. Земельний кодекс України : від 25 жовт. 2001 р. № 2768-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3/4. – Ст. 27 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2768-14>.
5. Ільків Н.В. Державний земельний кадастр в Україні : еколого-правові аспекти / Н.В. Ільків // Форум права. – 2012. – № 2. – С. 295–300.
6. Калиніченко Ю., Сай В. Концептуальні засади правового регулювання земельних відносин / Ю. Калиніченко, В. Сай // Сучасні досягнення геодезичної науки та виробництва. – 2014. – Вип. 1. – С. 62–66 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/sdgn_2014_1_16.pdf.
7. Лебедева Т.М. Облік земель: правовий аспект / Т.М. Лебедева // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 2. – С. 229–236.
8. Мартин А.Г. Проблеми державного земельного кадастру в Україні / А.Г. Мартин // Землеустрій і кадастр. – 2011. – № 3. – С. 33–50 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.myland.org.ua/userfiles/file/AGMartyn_cadastre.pdf.
9. Марусенко Р.І. Погляд на запровадження Державного земельного кадастру крізь призму принципів останнього / Р.І. Марусенко // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2012. – Вип. 92. – С. 53–58.
10. Нагорна О. Наскільки український кадастр відповідає європейським стандартам. Матеріали круглих столів з питань земельної ре-

форми. / О. Нагорна // Державна служба України з питань геодезії, картографії та кадастру [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://land.gov.ua/kadastr-i-reiestratsiia/104162-naskilky-ukrainskyi-kadastr-vidpovidaie-ievropeiskym-standartam.html>.

11. Про Державний земельний кадастр : Закон України від 07.07.2011 р. № 3613-VI // Офіційний вісник України. – 2011. – № 60. – Ст. 2405.
12. Про державну статистику : Закон України від 17.09.1992 р. № 2614-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 43. – Ст. 608.
13. Про затвердження Порядку ведення Державного земельного кадастру : постанова Кабінету Міністрів України від 17.10.2012 р. № 1051 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 89. – Ст. 3598.
14. Про затвердження Порядку проведення інвентаризації земель : постанова Кабінету Міністрів України від 23.05.2012 р. № 513 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 44. – Ст. 1701.
15. Про стандартизацію : Закон України від 05.06.2014 р. № 1315-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 31. – Ст. 1058.
16. Про схвалення Державної цільової науково-технічної програми розвитку топографо-геодезичної діяльності та національного картографування на 2011–2015 роки : розпорядження Кабінету Міністрів України від 29.12.2010 р. № 2354-р. // Офіційний вісник України. – 2011. – № 1. – Ст. 40.
17. Про схвалення Концепції Державної цільової науково-технічної програми розвитку топографо-геодезичної діяльності та національного картографування на 2014–2018 роки : розпорядження Кабінету Міністрів України від 29.12.2010 № 2354-р. // Офіційний вісник України. – 2011. – № 1. – Ст. 158.
18. Ситнік Т.М. Деякі правові аспекти обліку земель населених пунктів, зайнятих зеленими насадженнями / Т.М. Ситнік // Часопис Київського університету права. – 2015. – № 2. – С. 276–279.
19. Чешев А.С. Земельный кадастр : учебник / А.С. Чешев, И.П. Фесенко. – Москва : ПРИОР, 2000. – 362 с.
20. Study on Key Aspects of Land Registration and Cadastral Legislation. Part 1 of 2. – Her Majesty's Land Registry London. May 2000 [Electronic resource]. – Available at : http://www.spatial.maine.edu/~onsrud/Courses/SIE526/wpla_inv2_pl.pdf.

Кондратенко Д. Ю. О правовом обеспечении учета земель

Аннотация. В статье анализируются вопросы современного правового обеспечения учета земель в Украине. Обосновывается целесообразность легального закрепле-

ния категории «учет земель», ведение расширенной формы учета земельных участков. Акцентируется внимание на модернизации действующего земельного законодательства с целью совершенствования процедуры сбора, хранения, обновления, использования информации о земельных участках и о состоянии использования земельных ресурсов в Украине, что касается реализации принципа документирования сведений Государственного земельного кадастра. Выделены правовые формы экологизации земельно-кадастровых отношений. Отмечается целесообразность заимствования международного положительно-го законодательного опыта по учету земель и адаптации к нему действующего отечественного законодательства.

Ключевые слова: земельное право, учет земель, учет земельных участков, учет земельных прав.

Kondratenko D. On the issue related to legal coverage of land accounting

Summary. The article analyzes the issues related to modern legal coverage of land accounting in Ukraine. The reasonableness of legal establishment of the category “land accounting”, maintenance of the broad form of land plot accounting, land accounting according to cultivated lands are substantiated. The attention is drawn to modernization of the applicable land legislation in order to improve the procedure for collection, storage, renewal and use of information about land plots and the state of land resources use in Ukraine with regard to implementation of the principle of documentation of data from the State land cadastre. Determined legal forms of ecologization of the land cadastral relations. Emphasized reasonableness of assimilation of the international positive legislative experience related to land accounting and adaptation of the applicable national legislation to it.

Key words: land law, land accounting, land plots accounting, land rights accounting.

Пузирьов М. С.,

кандидат юридичних наук, головний науковий співробітник
науково-дослідного центру з питань діяльності органів та установ
Державної кримінально-виконавчої служби України
Академії Державної пенітенціарної служби

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ЗАСТОСУВАННЯ ПРОГРЕСИВНОЇ СИСТЕМИ ВИКОНАННЯ ПОКАРАННЯ У ВИГЛЯДІ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ НА ПЕВНИЙ СТРОК В УКРАЇНІ ТА НОРВЕГІЇ

Анотація. У статті наведено порівняльний аналіз застосування прогресивної системи виконання покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк в Україні та Норвегії. Установлено, що з трьох форм прогресивної системи виконання покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк, що наявні в Україні (зміна умов тримання засуджених до позбавлення волі, заміна невідбутої частини покарання більш м'яким, умовно-дострокове звільнення від відбування покарання), у Норвегії застосовуються лише дві – зміна умов тримання засуджених до позбавлення волі й умовно-дострокове звільнення від відбування покарання.

Ключові слова: позбавлення волі на певний строк, прогресивна система, виправлення, зарубіжний досвід.

Постановка проблеми. На сучасному етапі розвитку вітчизняної юриспруденції актуальність проведення порівняльних досліджень у сфері кримінально-виконавчого права зумовлена стрімкими процесами реформування кримінально-виконавчої системи України (у зв'язку з ліквідацією 18 травня 2016 р. Державної пенітенціарної служби України [1] і передачею її повноважень Міністерству юстиції України [2]) і вдосконалення кримінально-виконавчого законодавства, зокрема в частині адаптації правового статусу засудженого до європейських стандартів [3]. Ці поступальні тенденції потребують відповідного наукового обґрунтування, зокрема проведення всебічних порівняльно-правових досліджень із пенітенціарної проблематики.

Одним із таких напрямів, поставлених на порядок денний вітчизняною пенітенціарною наукою, є проблема застосування прогресивної системи виконання покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк, яка корелює не лише з досягненням мети виправлення й ресоціалізації засуджених, а й запобігання вчиненню ними нових злочинів, як під час відбування покарання, так і після звільнення. У силу того, що проблеми виправлення й ресоціалізації засуджених в аспекті застосування прогресивної системи виконання покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк властиві не лише Україні, а й більшості цивілізованих зарубіжних країн, вони можуть підлягати функціональному порівнянню [4, с. 131].

Теоретичною основою написання статті стали праці вітчизняних і зарубіжних учених, присвячені порівняльно-правовим засадам виконання та відбування покарань, застосування прогресивної системи виконання покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк. Серед них праці К.А. Автухова, З.А. Ас-темірова, Л.В. Багрій-Шахматова, С.Л. Бабаяна, В.А. Бадири, О.М. Бандурки, І.Г. Богатирьова, О.І. Богатирьової, І.В. Бод-

нара, Є.М. Бодюла, М.Л. Грекова, В.І. Гуржія, Т.А. Денисової, О.М. Джужі, В.О. Жабського, Ю.В. Калініна, В.В. Кареліна, О.Г. Колба, Н.В. Коломієць, В.Я. Конопельського, О.М. Крєвсуна, В.О. Меркулової, М.П. Мелєнтьєва, І.С. Михалко, Г.О. Радова, А.Ф. Сизого, А.Х. Степанюка, М.О. Стручкова, В.М. Трубнокова, М.І. Хавронюка, С.В. Царюка, Ю.В. Шинкарьова, О.О. Шкути, В.П. Шупілова, Д.В. Ягунова, І.С. Яковець та ін.

Названі вчені зробили вагомий внесок у вирішення проблем пенітенціарної теорії й практики, проте недостатньо розробленими залишаються порівняльно-правові аспекти виконання покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк в Україні та зарубіжних країнах, зокрема, що стосуються застосування прогресивної системи виконання покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк. Зважаючи на вимоги до обсягу наукової статті, нами буде здійснено порівняльний аналіз застосування прогресивної системи виконання покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк на основі кримінально-виконавчого законодавства двох країн – України та Норвегії.

Метою статті є порівняльний аналіз застосування прогресивної системи виконання покарання у виді позбавлення волі на певний строк в Україні та Норвегії.

Виклад основного матеріалу дослідження. Основним нормативно-правовим актом, що регламентує виконання покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк у Норвегії, є Закон «Про виконання покарань» («The Execution of Sentences Act») [5], який був прийнятий 18 травня 2001 р. і набрав чинності з 1 березня 2002 р. Реалізація кримінально-виконавчої політики через виконання покарань та інших заходів кримінально-правового характеру в Норвегії покладена на Виправну службу (Службу тюрем і пробачії), яка є агенцією в складі Міністерства юстиції та громадської безпеки [6].

Аналіз кримінально-виконавчого законодавства Норвегії дав можливість установити, що на підставі ч. 1 ст. 10 Закону «Про виконання покарань» тюрми поділяються на три види:

- закриті (з високим рівнем безпеки);
- відкриті (з більш низьким рівнем безпеки);
- так звані «перехідні» тюрми («halfway house»).

Крім того, ч. 1 ст. 10 названого Закону передбачає такі форми виконання покарання у вигляді тюремного ув'язнення та спеціальних заходів кримінально-правового характеру:

- за межами тюрми в порядку, передбаченому ст. 16;
- застосування умовно-дострокового звільнення в порядку, передбаченому ч. 2 ст. 43.

Також ч. 2 ст. 10 Закону передбачає, що в тюрмах із високим рівнем безпеки можуть створюватися відділення з особливо високим рівнем безпеки [5, с. 4].

Ст. 11 Закону Норвегії «Про виконання покарань» регламентує підстави й порядок направлення засуджених до закритих і відкритих тюрем. Так, Виправна служба має одразу направляти засудженого до тюрми з високим рівнем безпеки, якщо на підставі цього Закону не прийняте інше рішення. Засуджений має, наскільки це доцільно й практично можливо, відбувати покарання поблизу свого місця проживання (ч. 1).

Відповідно до ч. 4 ст. 11 цього Закону, якщо засудженому призначено покарання у вигляді тюремного ув'язнення на строк до 2 років, Виправна служба має розглянути питання про те, чи може засуджений одразу бути направлений до тюрми з більш низьким рівнем безпеки. Рішення про направлення до такої тюрми не може бути прийнято, якщо це суперечить меті покарання або міркуванням безпеки, або якщо є підстави вважати, що засуджений спробує ухилитися від відбування покарання. В особливих випадках до тюрми з більш низьким рівнем безпеки можуть направлятися засуджені, яким призначено покарання у вигляді тюремного ув'язнення на строк більше 2 років.

Згідно з ч. 5 ст. 11 Закону Виправна служба має розглянути питання про те, чи може засуджений до тюремного ув'язнення на строк до 1 року одразу бути направлений до «перехідної» тюрми («halfway house»). Під час прийняття такого рішення аналогічно діє норма другого речення ч. 4 цієї статті. Особливий порядок направлення стосується й неповнолітніх засуджених. Так, відповідно до ч. 6 ст. 11 Закону Норвегії «Про виконання покарань» щодо кожного засудженого молодше 18 років Виправною службою має бути розглянуто питання про те, чи може засуджений одразу бути направлений до тюрми з більш низьким рівнем безпеки або до «перехідної» тюрми («halfway house») [5, с. 4].

На підставі викладеного можемо узагальнити, що кримінально-виконавче законодавство України [7], порівняно з Норвегією, передбачає більший (окрім строку призначеного покарання) обсяг підстав направлення засуджених до виправних колоній за рівнями безпеки (ч. 2 ст. 18 Кримінально-виконавчого кодексу України (далі – КВК України)). Неповнолітні, засуджені до покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк, в імперативному порядку (на підставі ст. 19 КВК України) направляються для відбування покарання до виховних колоній. Крім того, аналіз норвезького досвіду виконання покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк дав можливість виявити таку специфічну форму організації установ виконання покарань, як «перехідна» тюрма («halfway house»).

Нами встановлено, що так звані «перехідні» тюрми («halfway house») схожі на звичайні гуртожитки, тому вони часто називаються «перехідне житло». Воно розташовується в містах, засуджені ходять на роботу, а ввечері повертаються до установи; навчання відбувається за межами тюрми. Перехідне житло – це створення таких умов відбування покарання, що ставлять за мету зменшення контрасту між тюрмою й волею [8, с. 27, 29].

Краще зрозуміти правову природу норвезьких установ виконання покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк (порівняно з вітчизняними установами) дає можливість аналіз норм Закону Норвегії «Про виконання покарань» щодо переведення засуджених до тюрми з менш суворим режимом.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 15 Закону Норвегії «Про виконання покарань» засуджені з відділення з особливо високим рівнем безпеки можуть бути переведені до тюрми з високим рівнем безпеки, якщо це не суперечить вимогам безпеки й нема підстав вважати, що засуджений буде ухилитися від відбування

покарання. Виправна служба має не рідше, ніж раз на 6 місяців, розглядати питання про можливість переведення засуджених із відділення з особливо високим рівнем безпеки до тюрми з високим рівнем безпеки.

На підставі ч. 2 ст. 15 після відбуття частини строку покарання в тюрмі з високим рівнем безпеки засуджений може бути переведений до тюрми з більш низьким рівнем безпеки. Засуджений не може бути переведений, якщо переведення суперечить меті покарання чи вимогам безпеки, або якщо є підстави вважати, що засуджений буде ухилитися від відбування покарання. Адміністрація тюрми має розглянути питання про можливість переведення до тюрми з більш низьким рівнем безпеки, коли залишається один рік до умовно-дострокового звільнення засудженого.

Згідно з ч. 3 ст. 15 цього Закону після відбуття частини строку покарання в тюрмі з високим або більш низьким рівнем безпеки засуджений може бути переведений до «перехідної» тюрми («halfway house»). Засуджений не може бути переведений, якщо переведення суперечить меті покарання чи вимогам безпеки, або якщо є підстави вважати, що засуджений буде ухилитися від відбування покарання. Переведення має сприяти досягненню позитивних змін і запобіганню новим злочинам [5, с. 5].

На підставі викладених положень щодо класифікації норвезьких тюрем за рівнями безпеки можемо встановити, що:

- а) норвезьким відділенням з особливо високим рівнем безпеки відповідають вітчизняні приміщення камерного типу виправних колоній максимального рівня безпеки;
- б) тюрмам із високим рівнем безпеки – звичайні жилі приміщення виправних колоній максимального рівня безпеки;
- в) норвезьким тюрмам із більш низьким рівнем безпеки відповідають вітчизняні виправні колонії середнього рівня безпеки та виправні колонії мінімального рівня безпеки із загальними умовами тримання;
- г) найближчим аналогом норвезьких «перехідних» тюрем («halfway house») є такі вітчизняні установи, як виправні колонії мінімального рівня безпеки з полегшеними умовами тримання, дільниці соціальної реабілітації виправних колоній середнього рівня безпеки та мінімального рівня безпеки із загальними умовами тримання, дільниці соціальної адаптації виховних колоній, а також кримінально-виконавчі установи відкритого типу (виправні центри).

При цьому суттєво відрізняється порядок переведення засуджених до місць позбавлення волі в Норвегії порівняно з тим, що має місце в Україні, зокрема:

- по-перше, відповідно до ч. 1 ст. 101 КВК України засуджені, які стають на шлях виправлення, переводяться з приміщень камерного типу в звичайні жилі приміщення колонії максимального рівня безпеки або в колонію середнього рівня безпеки (курсив наш – М. П.). У Норвегії, згідно з ч. 1 ст. 15 Закону «Про виконання покарань», засуджені з відділення з особливо високим рівнем безпеки можуть бути переведені до тюрми з високим рівнем безпеки (курсив наш – М. П.). Також, як бачимо, різняться підходи законодавця до визначення правової природи зазначених переведень: в Україні це право засуджених, у Норвегії – законний інтерес. Відмінність указаних переведень простежується й щодо строків: в Україні – після фактичного відбуття не менше однієї четвертої призначеного судом строку покарання, у Норвегії питання про можливість переведення засуджених розглядається не рідше, ніж раз на 6 місяців;

- по-друге, у Норвегії засуджений може бути переведений до тюрми з більш низьким рівнем безпеки, коли до умовно-до-

строкового звільнення йому залишається один рік. При цьому норвезький законодавець не визначає, що ж таке «більш низький рівень безпеки». Натомість в Україні щодо максимального рівня безпеки «більш низькими» є середній і мінімальний рівні. Також український законодавець під час вирішення вказаного питання не робить прив'язки до дати умовно-дострокового звільнення, а визначає частину строку покарання, який має відбуватися засудженим, аби до нього було застосоване переведення, передбачене ч. 1 ст. 101 КВК України;

– по-третє, щодо переведень засуджених, передбачених ч. 3 ст. 15 Закону Норвегії «Про виконання покарань», то в цій країні засуджені можуть бути переведені до «перехідних» тюрем як із тюрем із високим рівнем безпеки, так і з установ із більш низьким рівнем безпеки. При цьому, як нами вже зазначалося вище, норвезьким «перехідним» тюрем в Україні відповідають виправні колонії мінімального рівня безпеки з полегшеними умовами тримання, а також дільниці соціальної реабілітації виправних колоній середнього рівня безпеки та мінімального рівня безпеки із загальними умовами тримання. Водночас вітчизняне кримінально-виконавче законодавство не передбачає «перестрибування» з максимального рівня безпеки одразу на мінімальний або на дільницю соціальної реабілітації в межах середнього рівня. Більше того, вважаємо недоглядом норвезького законодавця те, що ч. 3 ст. 15 Закону «Про виконання покарань» не встановлює частину строку покарання, після відбуття якого засуджений може бути переведений до «перехідної» тюрми. За цим напрямом кримінально-виконавче законодавство України є більш деталізованим і таким, що, на відміну від норвезького, зменшує для адміністрації установ виконання покарань можливість зловживати повноваженнями.

Отже, порівняльно-правовий аналіз інституту переведення до тюрми з менш суворим режимом (передбаченого ст. 15 Закону Норвегії «Про виконання покарань») і вітчизняного інституту зміни умов тримання засуджених до позбавлення волі (ст. ст. 100, 101 КВК України) надав можливість дійти таких висновків-узагальнень:

1) в Україні переведення засуджених до позбавлення волі в частині пом'якшення режиму є правом засуджених, у Норвегії – законним інтересом;

2) кримінально-виконавче законодавство України більшою мірою деталізує формальну підставу застосування таких переведень (відбуття засудженим визначеної частини строку покарання);

3) простежується відмінність щодо визначення підстави застосування зміни умов тримання засуджених до позбавлення волі в частині пом'якшення режиму, а саме: в Україні це досягнення засудженим ступеня виправлення «стає на шлях виправлення», у Норвегії – оцінка ризику й потреб засудженого.

Щодо вітчизняного інституту прогресивної системи у формі заміни невідбутої частини покарання більш м'яким (коли покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк замінюється покаранням у вигляді обмеження волі, і засуджений переводиться з виправної колонії до виправного центру), відзначаємо відсутність аналогу таких дій у Норвегії через те, що система покарань цієї скандинавської країни не передбачає покарання у вигляді обмеження волі.

Щодо умовно-дострокового звільнення від відбування покарання, то ця форма прогресивної системи застосовується як в Україні, так і в Норвегії. Водночас нами виявлено низку відмінностей за цим напрямом. Зокрема, умовно-дострокове звільнення за законодавством Норвегії (ч. 1 ст. 42 Закону «Про

виконання покарань») надається після відбуття 2/3 строку покарання (не менше 60 днів), включаючи строк попереднього ув'язнення. Перешкодою своєчасній реалізації зазначеного законного інтересу засудженого є порушення умов відбування покарання та ризик учинення нового злочину протягом іспитового строку (ч. 5 ст. 42 Закону). Ч. 1 ст. 43 передбачає, що передумовою умовно-дострокового звільнення є невчинення звільненим нового злочину протягом іспитового строку. Також названий Закон містить норму щодо тривалості іспитового строку; він закінчується тоді, коли закінчилося б відбування призначеного покарання, якби воно відбувалося повністю (ч. 8 ст. 42 Закону) [5, с. 14].

Таким чином, підстави умовно-дострокового звільнення за законодавством Норвегії істотно відрізняються від тих, що передбачені вітчизняним законодавством. Зокрема, щодо формальної підстави (строку відбуття покарання), то вона за норвезьким законодавством не диференціюється залежно від тяжкості вчиненого злочину, форми вини та особи засудженого, як це має місце за ч. 3 ст. 81 КК України. А от матеріальна підстава умовно-дострокового звільнення визначена дещо в іншому аспекті порівняно з вітчизняним законодавством. Так, якщо за ч. 2 ст. 81 КК України підставою умовно-дострокового звільнення є виконання позитивного обов'язку (тобто сумлінна поведінка й ставлення до праці), то за законодавством Норвегії – негативного обов'язку (тобто утримання від порушення умов відбування покарання). На нашу думку, такий порядок не може бути сприятливий вітчизняною системою кримінальної юстиції, оскільки не стимулюється виконання позитивного обов'язку засудженого у формі сумлінної поведінки й ставлення до праці.

Крім того, у Норвегії, порівняно з Україною, відрізняється й суб'єкт прийняття рішення про звільнення особи від відбування покарання умовно-достроково. Якщо в Україні прийняття остаточного рішення є прерогативою суду, то в Норвегії, як встановлено дослідниками, таке рішення приймає директор тюрми [9, с. 214].

Висновки. Таким чином, порівняльний аналіз застосування прогресивної системи виконання покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк в Україні та Норвегії дав можливість виокремити такі відмінності:

1) із трьох форм прогресивної системи виконання покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк, що наявні в Україні (зміна умов тримання засуджених до позбавлення волі, заміна невідбутої частини покарання більш м'яким, умовно-дострокове звільнення від відбування покарання), у Норвегії застосовуються лише дві – зміна умов тримання засуджених до позбавлення волі й умовно-дострокове звільнення від відбування покарання. Відсутність у Норвегії такої форми прогресивної системи, як заміна невідбутої частини покарання більш м'яким (коли покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк замінюється покаранням у вигляді обмеження волі, і засуджений переводиться з виправної колонії до виправного центру), пояснюється тим, що система покарань цієї скандинавської країни не передбачає покарання у вигляді обмеження волі;

2) різняться підходи законодавця до визначення правової природи зміни умов тримання засуджених до позбавлення волі в частині пом'якшення режиму: в Україні це право засуджених, у Норвегії – законний інтерес;

3) простежуються відмінності щодо визначення формальної та матеріальної підстав застосування зміни умов тримання засуджених до позбавлення волі й умовно-дострокового звільнення від відбування покарання;

4) різняться суб'єкти прийняття рішення про умовно-досрокове звільнення від відбування покарання; якщо в Україні прийняття остаточного рішення є прерогативою суду, то в Норвегії таке рішення приймає директор тюрми.

Література:

1. Деякі питання оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади системи юстиції : постанова Кабінету Міністрів України від 18 травня 2016 р. № 343 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kmu.gov.ua/control/uk/cardnpd?docid=249066305>.
2. Питання Міністерства юстиції : розпорядження Кабінету Міністрів України від 22 вересня 2016 р. № 697-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kmu.gov.ua/control/uk/cardnpd?docid=249357900>.
3. Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо адаптації правового статусу засудженого до європейських стандартів : Закон України від 8 квітня 2014 р. № 1186-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 23. – Ст. 869.
4. Пузырьов М.С. Види досліджень у порівняльному кримінально-виконавчому праві / М.С. Пузырьов // Проблеми реформування Державної кримінально-виконавчої служби України : матеріали науково-практичних семінарів ; гол. ред. О.І. Олійник. – Чернігів : Чернігівський юридичний коледж Державної пенітенціарної служби України, 2013. – С. 128–132.
5. Act relating to the execution of sentences etc. (The Execution of Sentences Act). – 19 p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://img3.custompublish.com/getfile.php/2018208.823.ytdxsvbtbe/Straffegjennomforingsloven+engelsk.pdf?return=www.kriminalomsorgen.no>.
6. Norway // World Prison Brief data [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.prisonstudies.org/country/norway>.
7. Кримінально-виконавчий кодекс України від 11 липня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 3–4. – Ст. 21.
8. Богунов С.О. Пенітенціарні системи України та Норвегії: порівняльно-правовий аналіз : [посібник] / С.О. Богунов., І.М. Копотун, М.С. Пузырьов. – К. : Державна пенітенціарна служба України, 2012. – 52 с.
9. Жабский В.А. Наказания по уголовному законодательству зарубежных стран: теоретико-прикладное исследование : дисс. ... доктора юрид. наук : 12.00.08 / В.А. Жабский. – Рязань, 2011. – 416 с.

Пузырьов М. С. Сравнительный анализ применения прогрессивной системы исполнения наказания в виде лишения свободы на определенный срок в Украине и Норвегии

Аннотация. В статье дан сравнительный анализ применения прогрессивной системы исполнения наказания в виде лишения свободы на определенный срок в Украине и Норвегии. Установлено, что из трех форм прогрессивной системы исполнения наказания в виде лишения свободы на определенный срок, имеющихся в Украине (изменение условий содержания осужденных к лишению свободы, замена неотбытой части наказания более мягким, условно-досрочное освобождение от отбывания наказания), в Норвегии применяются только две – изменение условий содержания осужденных к лишению свободы и условно-досрочное освобождение от отбывания наказания.

Ключевые слова: лишение свободы на определенный срок, прогрессивная система, исправление, зарубежный опыт.

Puzyrov M. Comparative analysis for implementation of progressive system while executing imprisonment for a fixed term in Ukraine and Norway

Summary. The article presents a comparative analysis for implementation of progressive system while executing imprisonment for a fixed term in Ukraine and Norway. The author has made a conclusion that penitentiary law and practice in Ukraine have three forms of progressive system while executing imprisonment for a fixed term (the change of conditions for serving imprisonment, the replacement of an unserved part of punishment to more lenient type of punishment, conditional release). While in Norway, there are only two forms of progressive system while executing imprisonment for a fixed term – the change of conditions for serving imprisonment and conditional release.

Key words: imprisonment for a fixed term, progressive system, correction, foreign experience.

Березовський А. А.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
голова громадської організації
«Центр громадського контролю, захисту демократії і прав людини в Україні»

КРИМІНОЛОГІЧНЕ ВИВЧЕННЯ РЕФОРМУВАННЯ СУДОВОЇ ГІЛКИ ВЛАДИ В УКРАЇНІ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ: НЕОБХІДНІСТЬ ПРОТИДІЇ НЕГАТИВНИМ ПРОЯВАМ

Анотація. У статті досліджено сучасний стан реформування судової гілки влади в Україні. Виявлено суспільно-небезпечні прояви судової реформи на сучасному етапі, внесено пропозиції з їх нейтралізації та усунення.

Ключові слова: кримінологічне вивчення, реформування судової гілки влади, конкурс до Верховного Суду України, суспільна небезпечність.

Постановка проблеми. З розбудовою України як правової та демократичної держави безпосередньо пов'язана проблема реформування судової гілки влади, що вимагає фокусування уваги широкого загалу (науковців, представників громадських об'єднань, державних та політичних діячів, правників загалом) на негативних, зокрема суспільно-небезпечних її проявах.

Теза про необхідність кримінологічного вивчення суспільно-небезпечних проявів життя суспільства вже давно не викликає суттєвих заперечень. Як зазначає відомий норвезький кримінолог Нілс Крісті: «Поняття безпеки – одне з найважливіших у кримінології» [1]. Отже, кримінологічному вивченню підлягають соціальні процеси, які проявляються як суспільно небезпечні, тобто заподіюють шкоду або створюють загрозу заподіяння шкоди певним суспільним відносинам тощо.

Зрозуміло, що розмаїття соціального життя наповнено палітрою різних за оцінкою проявів – від позитивних до негативних, від соціально корисних до шкідливих. У діапазоні цих проявів є й нейтральні, які не завдають суттєвої шкоди суспільству, але й не приносять користі. Однак для цілісності уявлень і суджень вони теж підлягають вивченню та оцінці.

На основі такого методологічного підходу здійснюється кримінологічне вивчення судової реформи в Україні на сучасному етапі.

Метою статті є виявлення суспільно-небезпечних проявів судової реформи в Україні на сучасному етапі та вироблення пропозицій з їх нейтралізації та усунення.

Виклад основного матеріалу. Одним із методів, що використовувались нами під час здійснення кримінологічного вивчення судової реформи в Україні, є включене спостереження («із введенням суб'єкта спостереження «усередину» відносин та умов, у яких функціонує емпіричний факт» [2, с. 105] – А.Б.): автор взяв участь у конкурсі на зайняття 120 вакантних посад суддів касаційних судів у складі Верховного Суду України, оголошеного Вищою кваліфікаційною комісією суддів України (далі – ВККСУ) 7 листопада 2016 року.

До того ж автором статті в площині громадської діяльності ініційовано обговорення результатів сучасного етапу судової реформи в Україні [3]. Власні думки і пропозиції з приводу об-

говорення актуальних проблем реформування судової влади в Україні покладено в основу статті.

Судова реформа в Україні відбувається на основі «оновленого» законодавства: і змін до Конституції України (розділ VIII «Правосуддя») [4], і Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [5] тощо. Одразу зазначимо, правове регулювання певних суспільних відносин, пов'язаних із формуванням суддівського корпусу та судової влади загалом, компетенцією ВККСУ тощо, на нашу думку, не позбавлене недоліків. Ці «недоліки» правового регулювання за різних обставин відіграють роль як фонових явищ, так і криміногенних факторів.

Відразу відзначимо позитивну атмосферу, що панує у Вищій кваліфікаційній комісії України. Це стосується дій, пов'язаних з прийомом документів, реєстрацією учасників конкурсу, перевіркою даних, безпосередньо проведенням етапів кваліфікаційного оцінювання тощо.

Водночас є певні аспекти, які викликають занепокоєння.

Актуалізація позитивних та негативних аспектів судової реформи в Україні, і з цим не можна не погодитись, наразі необхідна.

У висловленні суджень, що стосуються судової реформи, ми намагатимемося бути коректними, запобігати негативним оцінкам. Також висловимо сподівання, що наші раціональні, можливо, десь критичні, думки будуть сприйняті неупереджено і стануть підґрунтям для діяльності з удосконалення чинного законодавства та практики його реалізації, що стосується реформування судової гілки влади в Україні.

Недоліки правового регулювання певних суспільних відносин, пов'язаних із формуванням суддівського корпусу та судової влади загалом, компетенцією ВККСУ тощо мають прямі витoki у практичну сферу. Зокрема, як у сторонніх спостерігачів, так і у осіб, які безпосередньо брали участь у конкурсі, склалося враження, що ВККСУ не вдалося забезпечити прозорість усіх процедур, пов'язаних з конкурсом до Верховного Суду України. Насамперед, це стосується кваліфікаційного оцінювання кандидатів – проведення анонімного письмового тестування та практичного завдання і встановлення їх результатів.

Широкому загалу не зрозуміло, чому ВККСУ, володіючи значним організаційним та технічним потенціалом (а це впливає із аналізу звітів ВККСУ, її структури, кількості працівників, бюджетного фінансування тощо), не оприлюднила одразу матеріали анонімного письмового тестування та матеріали виконаного практичного завдання. Питання про оприлюднення як виконаних тестів, так і практичних завдань до цих пір є відкритим (наразі мова йде не про оприлюднення результатів (оцінки) тестів та виконаних практичних завдань – це було зроблено). Не знаходить раціонального обґрунтування позиція про підста-

ви ненадання можливості широкому загалу відразу ознайомитися з матеріалами кваліфікаційного оцінювання – сканування і оприлюднення як виконаних тестів, так і практичних завдань (судових рішень касаційної інстанції) не зайняло б багато часу. Розміщення на офіційному веб-сайті ВККСУ виконаних тестів і практичних завдань зняло б значну частину домислів щодо об'єктивності оцінювання та підстав прийнятих рішень.

До того ж аналіз актів ВККСУ не формує чіткого розуміння методики оцінювання виконаних практичних завдань. Вважаємо (а досвід обговорення в мережі Інтернет, зокрема в соціальних мережах, дискусійних аспектів проведення конкурсу до Верховного Суду України є цьому прямим підтвердженням – А.Б.) як учасники конкурсу, так й інші правники проявили б значний інтерес до аналізу матеріалів виконаних практичних завдань, а також до аналізу результатів оцінювання – кількості балів за кожне конкретне рішення у модельній справі.

Із розміщеного на офіційному сайті ВККСУ відеоінтерв'ю з Анастасією Заріцькою про методику та хід перевірки й оцінювання виконаних практичних завдань випливає, що матеріали виконаних практичних завдань були відскановані і передані кожному члену ВККСУ для перевірки й оцінювання. Тобто кожен член ВККСУ надавав свою персональну оцінку кожному виконаному практичному завданню. Означений підхід закономірно породжує запитання про об'єктивну зможу кожного члена ВККСУ (наявність значного об'єму знань у правовій сфері – майже всіх галузей законодавства України, міжнародно-правових актів тощо – А.Б.) надати таку оцінку. Зважаючи на це, додаткової актуалізації набуває питання про методику оцінювання виконаних кандидатами на посади суддів касаційних судів у складі Верховного Суду України практичних завдань.

Також, якщо і матеріали виконаних тестів, і матеріали виконаних практичних завдань було відскановані, то чому все ж таки ВККСУ зайняла позицію їх неоприлюднення?

Вважаємо, що незабезпечення прозорості проведення кваліфікаційного оцінювання ВККСУ підсилює «зневіру» широкого загалу щодо необхідності та ефективності здійснення не тільки судової реформи, а взагалі соціальних перетворень в Україні.

Коли спостерігається не тільки небездоганне правове регулювання, а й небездоганна правова реалізація у сфері реформування судової влади в Україні, зазначимо:

- не всі дії ВККСУ у зв'язку з проведенням судової реформи є професійними (наприклад, в соціальних мережах широко обговорювались помилки, допущені під час формулювання питань анонімного письмового тестування, а ці «помилки» були затвердженні в установленому законодавством порядку згідно із спеціальними процедурами ВККСУ – А.Б.);

- певна «невизначеність» з критеріями оцінювання результатів практичного завдання відкриває шлях до зловживань;

- сама система оцінювання, коли визначальними критеріями добору суддів (за сумою балів – 210:790) є не професійні якості (знання, практичні навички тощо), а інші якості, дозволяє реалізувати суб'єктивні устремління певних «зацікавлених» осіб;

- аналіз правового регулювання та практика проведення конкурсу до Верховного Суду України, коли: по-перше, певні правила проведення окремих заходів були невідомі під час оголошення конкурсу (це системна проблема, яка, мабуть, обумовлена проведенням конкурсу вперше – А.Б.); по-друге, певні правила змінювались під час проведення конкурсу (наприклад,

можливість використання «інформаційних листів судів» (п. 5 глави 3 Порядку проведення іспиту та методики встановлення його результатів у процедурі кваліфікаційного оцінювання) під час виконання практичного завдання була частково обмежена вже перед самим виконанням практичного завдання – А.Б.); по-третє, певні правила формувались безпосередньо в ході конкурсу, – свідчить, очевидно, як про часткову невизначеність з концептуальними засадами проведення конкурсу, так і про фрагментарне бачення їх реалізації.

Власне, на нашу думку, питання, пов'язані із встановленням усіх інших якостей особистостей кандидатів на посади суддів касаційних судів у складі Верховного Суду України, повинні були передувати кваліфікаційному оцінюванню, а так частково складається ситуація, коли іншими заходами ВККСУ намагається усунути прогалини у виявленні професійного рівня кандидатів.

Зокрема, як під час проведення кваліфікаційного оцінювання ВККСУ було встановлено знання та навички кандидатів, необхідні їм у судовому провадженні – «здатність здійснювати правосуддя...» (пп. 2.1.5 п. 2.1. розділу 2 «Методика кваліфікаційного оцінювання» Порядку та методології кваліфікаційного оцінювання судді) тощо? Як встановлювалось, що кандидат на посаду судді Верховного Суду України здатен здійснювати аналіз судової практики та її узагальнення (пп. 3 ч. 1 ст. 38 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»)?

Невже ці та інші знання і навички, які мають бути притаманні суддям Верховного Суду України – професіоналам, повинні виявлятися не під час кваліфікаційного оцінювання, а в інший, нерегламентований у законодавстві спосіб?

Як уже зазначалося вище, питання анонімного письмового тестування було сформульовано неякісно – йдеться не тільки про випадки використання під час формулювання запитань застарілої нормативно-правової бази, а й про правопис слів, розділові знаки тощо.

Постає питання: чи зроблено відповідні висновки з цієї практики? Якщо так, то які?

Значне занепокоєння також викликає проблема дискримінації науковців, які виявили бажання брати участь у конкурсі до Верховного Суду України. Це і певні положення законодавства, і дискримінаційна практика.

Так, згідно зі ст. 38 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» суддею Верховного Суду може бути особа, яка відповідає вимогам до кандидатів на посаду судді, за результатами кваліфікаційного оцінювання підтвердила здатність здійснювати правосуддя у Верховному Суді, а також відповідає одній із таких вимог: має науковий ступінь у сфері права та стаж наукової роботи у сфері права щонайменше десять років.

Тогочасна редакція ст. 69 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» у частині визначення поняття «стаж наукової роботи» не дозволила науковцям, які отримали науковий ступінь у наукових установах, брати участь в оголошеному конкурсі.

По-друге, незважаючи на всі рівні умови, перевага під час призначення на посаду судді надається судді, а не науковцю.

На жаль, дискримінація має прояви не тільки в законодавстві, але і в практиці, про що свідчить аналіз деяких співбесід з кандидатами-науковцями, які пройшли передбачені законодавством етапи кваліфікаційного оцінювання, набрали високі бали і змушені були під час співбесіди відповідати на такі запитання: «Чи були Ви у суді?», «А з якого боку сидить прокурор (обвинувач), а з якого адвокат?» Ці питання є не тільки прихизливими, а й такими, що виходять за межі предмету співбе-

сіді (виявлення знань та навичок повинно було відбуватися на етапі кваліфікаційного оцінювання, а не співбесіди!).

Отже, підводячи підсумки, ми можемо зробити такі **висновки:**

1. Головною проблемою під час здійснення судової реформи в Україні є незабезпечення прозорості здійснюваних процедур, зокрема, пов'язаних з проведенням конкурсу до Верховного Суду України.

2. Значною мірою формуванню ситуації, пов'язаної з незабезпеченням прозорості конкурсу до Верховного Суду України, сприяли недоліки правового регулювання як на законодавчому рівні, так і на рівні актів, прийнятих ВККСУ. До того ж у процесі проведення судової реформи в Україні на сучасному етапі спостерігається невідповідна правовій регламентації практика. Незабезпечення прозорості проведення кваліфікаційного оцінювання ВККСУ підсилює «зневіру» широкого загалу щодо необхідності та ефективності здійснення не тільки судової реформи, а взагалі соціальних перетворень в Україні.

3. Реалізація певних етапів судової реформи в Україні показала, що з самого початку склалася ситуація часткової невизначеності з концептуальними засадами проведення конкурсу до Верховного Суду України, а також фрагментарним баченням їх реалізації.

Література:

1. Кристи Нилс. Опасные государства / Нилс Кристи. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.index.org.ru/journal/13/crist1301.html>.
2. Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології : теорія і практика / А.П. Закалюк. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. – 424 с. – (Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки).
3. Запрошення до дискусії : доповідь А.А. Березовського для участі у конференції «Судова реформа в Україні: здобутки та прорахунки» / А.А. Березовський. – Офіційний сайт громадської організації «Центр громадського контролю, захисту демократії і прав людини

в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pbc-control.od.ua/?p=281>.

4. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. – Офіційний портал Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
5. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. – Офіційний портал Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>.

Березовский А. А. Криминологическое изучение реформирования судебной ветви власти в Украине на современном этапе: необходимость противодействия негативным проявлениям

Аннотация. В статье изучено современное состояние реформирования судебной ветви власти в Украине. Выявлено общественно-опасные проявления судебной реформы на современном этапе, внесены предложения по их нейтрализации и устранению.

Ключевые слова: криминологическое изучение, реформирование судебной ветви власти, конкурс в Верховный Суд Украины, общественная опасность.

Berezovskyi A. Criminological Study of Reforming of the Judicial Branch of Power in Ukraine at the Present Stage: the Need to Counteract Negative Developments

Summary. The article examines the current state of reforming the judicial branch of power in Ukraine. The socially dangerous developments of judicial reform at the present stage have been revealed, suggestions have been made for their neutralization and elimination.

Key words: criminological study, reformation of the judicial branch of power, competition to the Supreme Court of Ukraine, social insecurity.

*Іскандеров Ф. Ш.,**старший викладач кафедри кримінального права
Національний університет «Одеська юридична академія»*

ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЯ ПОКАРАННЯ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ РЕСПУБЛІКИ ГРЕЦІЯ

Анотація. Проблема нормативного визначення індивідуалізації покарання як принципу призначення покарання, особливостей та етапів індивідуалізації за пенальним законодавством республіки Греція розглядається у даній роботі. На основі компаративного аналізу розглянуто поняття, зміст та види індивідуалізації покарання. Зроблено пропозиції, щодо гармонізації кримінального законодавства України згідно тенденціям розвитку законодавства у пенальному законодавстві та грецькій кримінально-правовій доктрині.

Ключові слова: призначення покарання, індивідуалізація покарання, диференціація покарання, види індивідуалізації покарання, пенальний кодекс Греції.

З огляду на власний ресурсний, інтелектуальний та промисловий потенціал, Україна є великою європейською країною. Історично і географічно Україна є частиною Європи, а тому цілком природною уявляється стратегічна перспектива її інтеграції до всіх європейських структур. Але так само як інші значні європейські держави Україна не може обмежуватися лише власними інтересами, а має також значну сферу зацікавленень в інших регіонах світу і насамперед у країнах її найближчого оточення. Враховуючи значущість Кавказько-Балканського регіону у сучасних взаємовідносинах, та актуальність комплексної протидії злочинності у ньому, відкритість кордонів та глобалізацію злочинності, виникає питання оптимізації кримінально-правового впливу у країнах Причорноморського анклаву (Азербайджан, Армєнія, Молдова, Румунія, Болгарія, Туреччина, Грузія, Греція та південні області європейської частини Російської Федерації).

Співробітництво у сфері оптимізації кримінальної політики у цьому регіоні має забезпечити стабільну політичну, соціальну та економічну безпеку держави за рахунок розширення міжнародних контактів на всіх рівнях. Початок боротьби з тероризмом, анексія Криму також суттєво вплинули на підвищення інтересу до Чорноморського регіону як перехрестя торгово-транспортних та осей «Схід – Захід» та «Північ – Південь».

Виникають питання визначення єдиних рис політики контролю над злочинністю та поведження з правопорушниками. Вибір засобів впливу на злочинця не може бути довільним в правовій державі, він повинен бути індивідуально визначеним і підкорятися правилам, критеріям і закономірностям. Більш того, за умов продовження процесів інтеграції, він взагалом повинен бути уніфікованим, чи мати можливість характеризуватися за допомогою єдиних спільних рис. Серед них особливе місце посідають проблеми, пов'язані із індивідуалізацією відповідальності та покарання суб'єкта злочину. Компаративний аналіз свідчить, що зміна підстав індивідуалізації відбувається за рахунок розвитку диференціації суб'єктних ознак правопорушника (корупційні злочини, тероризм), що, в свою чергу, свідчить про стійку законодавчу тенденцію до спеціалізації

підстав кримінальної відповідальності у регіоні. Вказані обставини свідчать про актуальність обраної теми і необхідність узагальнення теоретичної бази, нормативного матеріалу та судової практики індивідуалізації покарання у окремих країнах регіону.

Теоретичною основою статті є положення засновані на доктринальних ідеях [1-12], згідно яким індивідуалізація покарання є інститутом кримінального права, який, сприяє виконанню функцій покарання, а з іншого, – має власні функції, реалізація яких впливає на кримінально-правові та кримінально-виконавчі відносини. Отже положення щодо дуалізму правового значення ознак індивідуалізації покарання є центральним у формулюванні нашої гіпотези.

Згідно висунутій гіпотези, індивідуалізація це і принцип інституту призначення покарання, відповідно до якого суд, на основі оцінки ряду загальних і спеціальних критеріїв, зазначених у законі, визначає особі, яка вчинила злочин, справедливий міру покарання, спрямовану на досягнення цілей виправлення засудженого і приватної превенції, а також сприяє досягненню інших цілей, поставлених перед покаранням; а також принцип відбування покарання, що застосовується у процесі правореалізації при визначенні індивідуальних особливостей відбування покарання та протидії злочинності.

Визначені нами основні тенденції розвитку вчення про індивідуалізацію покарання у сучасній доктрині кримінального права свідчать, що, виходячи з позицій законодавства більшості країн Причорноморського басейну, індивідуалізація покарання при його призначенні – це принцип інституту призначення покарання, відповідно до якого суд, на основі оцінки ряду загальних і спеціальних критеріїв, зазначених у законі, визначає особі, яка вчинила злочин, справедливий міру покарання, спрямовану на досягнення цілей виправлення засудженого та приватної превенції, а також інших цілей, поставлених національною доктриною та законодавством перед покаранням. Проблема відбування покарання ті процесу індивідуалізації у доктрині досліджуваних країн, як правило не розглядалася.

Досвід окремих країн свідчить про нормативне закріплення принципу індивідуалізації, визначення його як окремого інституту кримінального права (КК Туреччини, КК Молдови, КК Армєнії, тощо). Це може стати орієнтиром і допоможе впровадити судову практику і в Україні. У нормативному визначенні знайшли відображення найбільш значущі риси індивідуалізації покарання: враховано її місце в системі принципів кримінального права і призначення покарання.

Однак чи буде ефективною така зміна, якщо з усієї підсистеми принципів призначення покарання в законі буде враховано тільки принцип індивідуалізації, адже принципи справедливості і законності на етапі призначення покарання звернені також до практики і їх вираження і повинні бути (як свідчить досвід законодавця суміжних країн) присутні серед загальних засад призначення покарання.

Індивідуалізація покарання обов'язково пов'язується із здійсненням щодо засуджених державного виправного, виховного впливу, а також громадського впливу і виховання.

Суспільство зацікавлене в тому, щоб особа, яка вчинила злочин, надалі не була небезпечною. Ось чому і органи держави, що виконують покарання, і громадськість докладають максимум зусиль для виправлення засуджених.

Розглянемо деякі кримінально-правові проблеми, які виникають у процесі індивідуалізації покарання, та відповідних заходів карального і виховного впливу на кримінальних правопорушників у республіці Греція. На жаль, у діючій кримінально-правовій доктрині, працях з порівняльного кримінального права, питання характеристики кримінального права республіки Греція практично не розглядалося. Існують праці, присвячені історії питання [13], компаративному аналізу змісту грецької доктрини стосовно відповідності загальним принципам характеристики Германської правової школи [14-16], окремим положенням сучасного кримінального права Греції [17]. Однак загальна характеристика грецького кримінального закону, та, відповідно, принципу індивідуалізації покарання, не велася.

Стосовно тематики нашої роботи зазначимо дві важливі риси ідеології сучасного кримінального права Греції.

Перша, – загальнохристиянська, православна спрямованість більшості інститутів публічного права. Вочевидь, це пов'язане з тим, що Конституція Греції прямо встановлює залежність від православного віровчення. Це надає можливість застосування базових положень православної християнської релігії при визначенні та індивідуалізації покарання. «Людина вчиняє зло, яке хоче, і терпить зло, якого не хоче», – казав Св. Августин. Саме ця позиція врахування свободи волі та закону Божого при визначенні міри та виду покарання чи інших заходів кримінально-правового впливу є центральною для кримінально-правової доктрини Греції. Це також пов'язане з тим, що після отримання незалежності у Греції діяв Кримінальний кодекс, заснований на ідеях Ансельма Фейербаха, втілених у Баварському КК 1813 р. Чинний грецький Пенальний кодекс (далі ПК) був прийнятий в 1950 році законом (Актом Парламенту) 1492/1950 і вступив в силу 1 січня 1950 р. З моменту свого введення ПК було кілька разів змінено, але жодної з них не було пов'язано з конститутивними проблемами. Вочевидь ПК 1950 р зберіг основні антропоцентричні характеристики германської школи, пов'язані із диференціацією кримінальної відповідальності на заходи безпеки та покарання.

При чому усі кримінально-правові заходи можуть признаватися окремо, та виконуватися самостійно.

З цим також пов'язана друга характерна риса ідеології сучасного кримінального кодексу: пенальна спрямованість.

Кримінальний кодекс Греції є за назвою та змістом основних інститутів Пенальним кодексом.

Це означає, що інститут покарання, його призначення, диференціації та індивідуалізації відповідальності за кримінальне правопорушення є центральним у кримінально-правовій доктрині. Право та обов'язок держави карати та призначити покарання за діяння, що не відповідають нормативно усталеній системі відносин, посягають на людські та суспільні блага, є невід'ємним обов'язком християнської держави. Обов'язок покарання за посягання на суспільні блага є елементом відтворення суспільного порядку та соціальної справедливості, заснованої на загальнохристиянських цінностях. Покарання класифікуються на основні та додаткові. Окремо існують заходи безпеки та заходи кримінально-правового впливу неповнолітніх. Традиційно

для германської системи покарання військовослужбовців встановлено у самостійних нормативно-правових актах [14, 18].

Так, на додаток до ПК існує ряд спеціальних кримінальних законів. Більшість з них регулюють інші питання, але в тому числі й кримінальні. Основними спеціальними кримінальними законами є: Військовий кримінальний кодекс (Закон 2287/1995, особливо статті 1 – 166); Кодекс ринкових правил (закон 146/1946); Кодекс правил дорожнього руху (Закон 2696/1999); Митний кодекс (Закон 1168/1918); закони про контроль над обігом наркотиків (Закон 1729/1987), про старовину (Закон 5351/1932 р.); про захист навколишнього середовища (Закон 1650/1986); про ухилення від сплати податків (Закон 2523/1997 р.), тощо.

Існує також низка окремих нормативних укладень щодо неповнолітніх правопорушників, які встановлюють відокремлені компетентні судові органи та процедури розгляду справ неповнолітніх, обмеження публічних слухань, врахування додаткових факторів при призначенні покарання та заходів виправного впливу.

Мінімальний та максимальний вік, за якими правопорушник розглядається як неповнолітній передбачені ст. 121 ПК, яка говорить, що неповнолітні, визначаються як особи між початком семи років та до завершення сімнадцятирічного віку. Особи у віці до дванадцяти років визначаються як діти, а у дванадцять-сімнадцять як підлітки. Злочин, вчинений дитиною, не підлягає покаранню. Суди застосовують освітні або терапевтичні заходи. У випадках скоєння злочину у віці від 13 до 17 років може бути застосоване поміщення дитини у відповідну виправну установу в залежності від ступеня тяжкості злочину, фізичних, психічних та психіатричних характеристик особистості, які впливають на її виховання.

Пенальний кодекс містить певні загальні положення про винесення вироків та індивідуалізацію покарання. Зокрема, закон встановлює, що суд постановляє вирок у межах, встановлених нормами Особливої частини ПК або спеціальних кримінальних законів.

Ключовою статтею про винесення вироків є стаття. 79 ПК, який передбачає, що суд бере до уваги: а) тяжкість злочину було скоєно, і б) особистість злочинця.

При оцінці ступеню тяжкості злочину суд аналізує яка шкода, заподіяна злочинцем, оцінює безпеку характеру і предмету злочину, а також всі обставини часу, місця, вчинених збитків, особливостей підготовки або виконання, характеристик злочинного наміру, або ступеня недбалості злочинця. Наприклад, враховуючи збитки від злочину, та у випадку встановлення незаконно отриманого прибутку суд вправі окрім з позбавлення волі, та накладати додатково штраф, навіть якщо закон не передбачає штраф в грошах за злочин. У разі, якщо санкція статті передбачає за цей злочин лише штраф, суд може збільшити штраф у три рази залежно від суми незаконно отриманого прибутку.

Поруч з цим при визначенні розміру штрафу суд встановлює його з урахуванням економічних умов життя засудженого та членів його сім'ї. Суд також може накладати поруч зі штрафом і інші передбачені санкцією покарання, якщо він вважає, що тільки одного з них мало, щоб утримати злочинця від вчинення іншого злочину.

При оцінці особистості правопорушника суд зважає, зокрема, ступінь кримінального настрою, який виказав злочинець в акті правопорушення. Для того, щоб точно діагностувати це Пенальний закон рекомендує суду обов'язково розглянути наступні питання:

а) причини, що сприяли скоєнню злочину,
 б) причина попереднього стану і цілями злочинної активності
 в) характер і ступінь розвитку індивіду
 г) соціальні обставини і попереднє життя особистості
 д) поведінку злочинця під час скоєння злочину і після його закінчення особливо діяльне каяття та готовність виправити наслідки свого вчинку;

е) вчинення злочину за мотивами національної, расової чи релігійної ненависті, через нетрадиційну сексуальну орієнтацію жертви.

Пом'якшуючі обставини, що розглядаються судом при індивідуалізації покарання пов'язані зокрема:

а) з даними про те, що злочинець не допускав правопорушень раніше, жив чесно в особистому, сімейному, професійному та суспільному житті в цілому;

б) що злочинний акт був обумовлений від принижуючих причин або від злиднів, або під впливом примусу;

с) з тим, що дії були зумовлені неадекватною поведінкою потерпілого або образою чин насильницькими діями, нечесною практикою;

д) з дійовим каяттям та відшкодуванням шкоди потерпілому;

е) з тим, що порушник поведився добре протягом щодо тривалого часу після злочинного акту.

Для звичаєвих та рецидивних злочинців покарання може бути підвищене. Те ж саме стосується злочинів, які вчинено у співучасті. Заслуговує на увагу також досвід криміналістів Греції щодо можливості встановлення зниженого покарання особам у віці з 18 до 21 року, що свідчить про послідовну гуманізацію кримінальної відповідальності, та має бути враховане українським законодавцем у майбутньому.

Таким чином, можемо зробити висновок про те, що пенальне законодавство Греції достатньо конкретно виписує основні характеристики та алгоритм індивідуалізації покарання. Отже відповідно до принципу індивідуалізації при призначенні покарання враховуються ступінь тяжкості злочину, особа винного, в тому числі обставини, що пом'якшують і обтяжують покарання, взаємовідносини з потерпілим, вплив призначеного покарання на виправлення засудженого і на умови життя його сім'ї та оточення, а також інші критерії передбачені Пенальним Кодексом, чи окремими кримінальними законами.

Література:

- Анденес И. Наказание и предупреждение преступлений (пер. с англ.). [Текст] – М.: Прогресс, 1979.
- Кузнецова Н.Ф., Куринов Б.А. Отягчающие и смягчающие обстоятельства, учитываемые при определении меры наказания // Применение наказания по советскому уголовному праву. [Текст] – М. 1958. – С. 92.
- Карпец И.И. Индивидуализация наказания по советскому уголовному праву. [Текст] – М., 1961.
- Куц В. М. Деякі аспекти вдосконалення національної кримінально-правової політики [Текст] / В. М. Куц // Кримінально-правова політика держави : теоретичні та практичні аспекти проблеми : [матеріали міжнар. наук. конф., Донецьк, 17–18 листоп. 2006 р.]. – Донецьк : ДЮІ ЛДУВС, 2006. – С. 47–52.
- Лопашенко Н. А. Основы уголовно-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика [Текст] / Лопашенко Н. А. – СПб. : Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – 339 с.
- Ной И. С. Сущность и функции уголовного наказания в советском государстве: политико-юридическое исследование [Текст] / Ной И. С. – Саратов : Сарат. гос. ун-т, 1973. – 192 с.
- Стрельцов Е. Л. Проблемы реформирования криминального права [Текст] / Е. Л. Стрельцов // Теоретичні та прикладні проблеми

кримінального права України : матеріали II міжнар. наук.-практ. конф., Луганськ, 19–20 квіт. 2012 р. / упоряд. : С. О. Письменський, Ю. Г. Старовойтова ; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2012. – С. 484–488.

- Тацій В. Я. Проблемы сближения европейских правовых систем как условия гармонизации законодательства Украины [Текст] / В. Я. Тацій, Ю. М. Грошевий // Проблемы гармонизации законодательства Украины с международным правом : материалы наук.-практ. конф. – К. : Ін-т закон-ва ВРУ, 1998. – С. 53–57.
- Борисов В. И. Системный подход при назначении подстав кримінально-правової заборони [Текст] / В. И. Борисов // Методологічні проблеми правової науки : матеріали міжнар. наук. конф., Харків, 13–14 груд. 2002 р. – Х. : Право, 2003. – С. 287–289.
- Багрий-Шахматов Л. В. Уголовная ответственность и наказание. [Текст] Минск: Вышэйш. шк., 1976.
- Гальперин И. М. Наказание: социальные функции, практика применения. [Текст] М., 1983.
- Туляков В.О., Макаренко А.С. Призначення покарання – [Текст] // Вісник Асоціації кримінального права України 20131 – С. 208–227.
- Иконому, В. К. Реакционная сущность уголовного права Греции после второй мировой войны – [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. К. Иконому. – Ташкент, 1967.
- Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації. Монографія / М.І. Хавронюк. – К.: Юрисконсульт, 2006. – 1048 с.
- Есаков Г.А. Уголовное право зарубежных стран / Г.А. Есаков, Н.Е. Крылова, А.В. Серебряникова. – М.: Проспект, 2009. – 336 с.
- Есаков Г.А. Основы сравнительного уголовного права: Монография / Г.А. Есаков. – М.: ООО «Издательство “Элит”», 2007. – 152 с.
- Карибов, С. И. Уголовный кодекс Греции: история развития и современные проблемы / С. И. Карибов.//Юрист Юга России. – 2011. – № 1. – С. 20–31.
- Greek Penal Code [electronic resource] – / mode of access: <http://www.c00.org/p/greek-penal-code.html>.

Искендеров Ф. Ш. Индивидуализация наказания по законодательству Республики Греция

Аннотация. Проблема нормативного определения индивидуализации наказания как принципа назначения наказания, особенностей и этапов индивидуализации в соответствии с пенальным законодательством Республики Греция рассматривается в данной работе. На основе сравнительного анализа рассмотрены понятие, содержание и виды индивидуализации наказания. Сделаны предложения по гармонизации уголовного законодательства Украины согласно тенденциям развития пенального законодательства и греческой уголовно-правовой доктрины.

Ключевые слова: назначение наказания, индивидуализация наказания, дифференциация наказания, виды индивидуализации наказания, пенальный кодекс Греции.

Iskenderov F. Sh. Individualization of punishment under Republic of Greece legislation

Summary. The problem of legal definition of individualization of punishment as a sentencing principle, characteristics and stages of individualization under Greek penal legislation is considered in this paper. Proposals based on comparative analysis of the notion, content and type of individualization of punishment were made with the aim to harmonize criminal legislation of Ukraine according to trends of legislation in Greek penal legislation and modern doctrine.

Key words: punishment, individualization of punishment, punishment differentiation, types of punishment individualization, Greek Penal Code.

Бойченко В. П.,

асистент кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

МОРАЛЬНЕ І ЗЛОЧИННЕ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

Анотація. У статті показано, що антропологічний вимір сучасного розуміння злочину від сучасних дослідників пропагує зосередження не тільки на проблематиці догматичного аналізу кримінальної заборони, чи аксіологічної оцінки існування та буття норми (моральна адекватність), але й інтегративного динамічного аналізу сутності та буття норми в загалом як самоорганізованого правового явища. З'ясовано, що моральні заборони кореспондують із поширеністю дисциплінарних практик лише частково. Тільки відповідність кримінально-правової заборони оцінці такої заборони у населення робить закон ефективним, в іншому разі справа йде про конфлікт між моральними оцінками і правом.

Ключові слова: антропологія злочину, злочини проти моральності, інтегративний підхід, моральність, злочин.

Співвідношенню «морального» і «злочинного» в теорії права та кримінального права приділяється неабияка увага.

Дослідження кримінально-правової охорони моральності як соціально та історично детермінованого явища антропогенезу є складним процесом щодо вивчення соціальних передумов криміналізації злочинів проти моральності, особливостей формування сучасної концепції кримінально-правової охорони та перспектив удосконалення відповідних норм. Наявність численних наукових позицій, які іноді є протилежними з приводу окремих дискусійних питань щодо регламентації кримінально-правової охорони моральності в часи культурного релятивізму, вказує як на актуальність проблематики, так і на значні ускладнення у процесі кваліфікації злочинів, які посягають на відповідні об'єкти.

Проте, формування методологічного плюралізму у теорії права надає нові шанси для кримінальної політики загалом. У цьому сенсі велике значення мають роботи філософів-антропологів та правознавців Б.Г. Ананьєва, Н.М. Амосова, В.В. Завальнюка, С.А. Гудимова, А.А. Козловського, К.Н. Любутіна, С.І. Максимова, Б.В. Маркова, Ю.М. Оборотова, В.Т. Пуляєва, П.М. Рабіновича, В.В. Шаронова, Т.В. Холостова та ін. Загальна проблематика моральності як об'єкта кримінально-правової охорони досліджувалася в працях таких учених, як: Ю.В. Александров, П.П. Андрушко, В.О. Владіміров, П.І. Гришаєв, П.Ф. Гришанин, І.М. Даньшин, В.Т. Дзюба, С.Ф. Денисов, О.С. Капінус, І.Я. Козаченко, В.С. Комісаров, О.І. Коробєєв, О.В. Куделіч, В.В. Кузнецов, В.М. Куц, І.П. Лановенко, В.А. Ломако, Г.І. Піщенко, Ю.Є. Пудовочкін, П.П. Сердюк, М.І. Трофимов, А.П. Тузов, В.І. Тютюгін, А.Є. Шалагін, С.С. Яценко та ін. Відомо, що відносна неефективність кримінально-правової науки сьогодення пов'язана також і з вадами методологічного інструментарію позитивного права. На жаль, саме цим обумовлюється відсутність у сучасній кримінальній доктрині України досліджень ефективності кримінально-правового впливу, бо неможливо прорахувати соціальні процеси, керуючись лише юридико-догматичними методами пізнання.

З точки зору теорії криміналізації можливо це пов'язане із пануванням класичної методології позитивно-правових дослі-

джень. Однією з основних проблем філософії кримінального права сьогодні є не стільки проблема покарання, його обсягу та мети, скільки проблема заборони діяння КК, межа кримінальної протиправності, фактично – координат меж кримінального правопорушення. Моральна та когнитивна адекватність правової заборони стає трендом. На підтвердження цієї позиції можна навести висловлювання А.В. Наумова: «кримінальна заборона покладає на громадян обов'язок утриматись від вчинення злочину, і тому покликана регулювати поведінку людей в суспільстві» [1; 7].

У дослідженні проблем злочину с моральних позицій правової антропології добре зарекомендував себе аксіологічний підхід. Основним поняттям аксіології є поняття цінності. До категорії цінностей у контексті розвитку процесуальної та системної складової належать як їх складові та продукти їх інтеграції: певні одиниці, а також комплекси, що утворюються в процесі синтезу інформації, знань, когнитивної переробки (інтеріорізації) інформації та/або відповідних норм і правил. До останніх слід відносити і одиничні дані (вербальні, невербальні знаки та символи) або їх сукупності (мова, твори, знання, релігія, досвід, традиції тощо), і їх носії (книги, електронні та будь-які інші носії, зокрема досвід і свідомість, електронні ЗМІ, соціальні мережі, інформаційний простір та суспільство). Саме через них, настанови та образи за допомогою інструментів соціалізації, соціально-психологічних засобів маніпулювання та управління свідомістю (зараження, наслідування, та ін.) визнаються та фіксуються у людській поведінці типові паттерни.

Таким чином, з одного боку моральність суспільства, окремих страт та груп, повинна бути відображеною у кримінальному законі. З другого боку, моральність людської активності описує певні табу та загальнолюдські заборони, що пов'язано лише частково із сатисфакційним процесом. Віра та релігійні норми, інші соціокультурні артефакти також мають флер моральності, але не характеризують злочин. Адитивність моральної заборони як адитивність кримінального права. В структурі соціальних норм кримінальне право доповнює систему публічно-правових дозволів та охороняє них, суспільна мораль лише підкріплює певні кримінальні заборони [2, 242-247].

Тому, на нашу думку, виключно моральні норми, вочевидь, не можуть бути первинною основою формування кримінально-правових заборон, а лише частково доповнюють впорядковані системи кримінальної відповідальності за порушення правил управління соціумом. Саме на таких обмеженнях сформувалося поняття злочину, як вчинку, який є крайнім проявом негативної активності по відношенню до суспільних цінностей та суспільства. Моральні заборони за неписані засуджувані суспільством негативні вчинки є первинними у визначенні караного, але логіка суспільного розвитку свідчить про певну аморальність сучасних кримінальних законів. Держава має обов'язок карати задля соціального спокою, але цей обов'язок нівелюється цілою купою обмежень та балансів виконавчої та

законодавчої влади. Так, морально визнаний захист права на життя кореспондує легітимному насильству з боку правоохоронних органів, збройних сил тощо, та праву на повстання та революційному терору. Отже позбавлення життя є тяжким злочинном, актом крайньої необхідності, відповіддю на акт агресії, актом громадянської доцільності всупереч незаконній законності. Правові форми змінюються, моральний осуд – лише в залежності від пануючої системи цінностей.

У традиційних суспільствах законодавчий інструмент служив, перш за все, встановлення якогось природного стану речей.

У сучасну епоху (починаючи з XIX століття) він використовується для встановлення того порядку, якого суспільство хоче досягти, який воно визначає в своїх ідеологіях, програмах і проектах. Цінності, які закріплюють сучасні закони, глибоко відрізняються від цінностей традиційних суспільств.

Громадські свідомість, менталітет людей різних товариств, стереотипи, закладені в них, обумовлюються цінностями і соціальними нормами, встановленими кожним із цих товариств відповідно до специфіки свого розвитку чи специфіки розуміння цих елементів у соціальних мережах. Тому оцінка будь-яких діянь як злочинних, визначення тяжкості відповідного діяння, пріоритети в захисті саме цих, а не інших відносин встановлювалося суспільством на основі специфіки розвитку даного суспільства. При цьому в основі зміни закону іноді лежить суб'єктивна оцінка діяння, різного роду інтереси «еліти» (не завжди суспільно небезпечні і шкідливі), оцінка подій випадкового характеру з точки зору потреб еліти, а не загального правового ландшафту основних прав та фундаментальних свобод особистості [3, 109-115]. За таких умов кримінально-правова норма не обумовлена суспільними потребами і внутрішньою необхідністю, що призводить до конфлікту між суспільною свідомістю (або установками окремих індивідів) і кримінально-правовими заборонами, масовій аномії, самосудам, правовому нігілізму.

В теорії кримінального права існують два підходи до формулювання загального визначення злочину:

1) Формально-юридичний (нормативний). Суть підходу полягає в забороні протиправної поведінки під загрозою покарання. Даний підхід, відповідаючи на питання: «Що вважати злочином?», проте не дає відповіді: «Чому?».

2) Матеріальний. Даний підхід заснований на виявленні шкідливості діяння, а визначення злочину ідеологізовано і позбавлене нормативності. Злочинність встановлюється державою шляхом введення заборони на вчинення певного кола діянь і встановлення за порушення заборони найсуворішою з усіх видів відповідальності. Діяння визначається як злочинне на підставі ступеня суспільної небезпеки визначеній у аморальності та протиправності. Цей критерій дозволяє відмежувати злочин від інших форм соціальних відхилень. Однак цей критерій можна віднести до формальних, оскільки оцінка будь-якого діяння як злочину виходить прив'язаною до певного місця і часу і змінюється зі зміною цих умов (одного з них). Наприклад, в умовах командно-адміністративної економіки СРСР спекуляція визнавалася суспільно небезпечним діянням, а в умовах ринкової економіки України подібна діяльність є підприємницькою. Нерідко склади злочинів, характерні для однієї епохи розвитку, навіть з теоретичної точки зору не можуть бути сприйняті правом інший. Так, безліч дій, які вважалися злочинами в минулому, ні один сучасний суд злочинними не назве (насилання псування, чаклунство, союз з дияволом). І навпаки, багато діянь, які визнаються злочинними будь-яким сучасним законодав-

ством, що не вважалися такими в попередні епохи історичного розвитку суспільства.

Соціальна обумовленість визнання діяння злочинним дуже відносна. На практиці не все, що заборонено законом, становить загрозу для суспільства, нерідко зазначені заборони захищають інтереси незначної частини суспільства. Кримінальна карність діяння – одна з ознак визнання його злочином. Однак каральні заходи за вчинення злочину на протязі всієї історії розвитку людства, як правило, носили виборчий характер (і носять до сих пор). Не дивлячись на те, що ступінь суспільної небезпеки злочинів представників нижчих верств суспільства є не найвищою, вся мідь системи покарання обрушується саме на них. Кримінальні представники суспільства, як правило, залишаються безкарними (феномен корупційної і організованої злочинності). Таким чином, можна з достатнім ступенем впевненості говорити про різні рівні соціальної реальності, які детермінують процес криміналізації (визнання того чи іншого діяння суспільно небезпечним, злочинним, кримінально карним).

Феномен злочину, як складного соціального явища, що трансформується під впливом розвитку суспільства і видозміною суспільних відносин і соціальних відношень. «Кримінальна заборона сьогодення, – як вказує В. О. Туляков, аналізуючи проблеми відродження ефективної динаміки кримінального права України, – яка реалізується у правозастосуванні, знаходиться в постійному розвитку. Водночас і стабільна заборона минулого, що пов'язана із позитивним кримінальним правом, так само знаходиться у розвитку. У першому випадку мова йде про необхідність постійної корекції законодавства та практики його застосування відносно нових заборон (комп'ютерні злочини, наприклад), нових колізійних ситуацій, що зумовлено політичними процесами, прийняттям та ратифікацією відповідних міжнародних договорів та конвенцій, рішеннями Європейського суду з прав людини тощо. У другому випадку маються на увазі інтерпретаційні процеси у достатньо інерційному кримінальному законодавстві, які дозволяють, використовуючи аналогію права *sui generis* (призначення заходів безпеки та соціального захисту в КК, звужене чи поширене тлумачення кримінально-правової норми Верховним Судом України чи Вищим касаційним судом з розгляду цивільних та кримінальних справ), розповсюджувати дію старих норм на нові види відносин» [4, 7].

Панівна соціальна теорія (школа кримінального права) знаходить своє визначення у відповідних кримінально-правових нормах. За таких умов ми спроможні описати співвідношення кримінально-правових заборон з іншими нормами, визначити буття кримінально-правової норми як у сфері права, так і закону з урахуванням панівної соціальної теорії та лише стосовно поточного історичного моменту. Найяскравіше це проявляється в існуючих концептах пунітивної юстиції, ресторативної юстиції і віджилантізму (аболіціонізму).

Відомо і традиційно зрозуміло, що захист суспільства від злочинців повинен здійснюватися за допомогою застосування до останніх жорстких і невідворотних покарань (пунітивний підхід). Відповідні зміни у суспільній свідомості висунули на перший план проблему «юстиції причетних», у межах якої воля потерпілого посідає центральне місце. Проблема ролі «відновлювальної юстиції» (*restorative justice*) у взаємовідносинах правопорушника і його жертви, а також у процесі профілактики злочинів була однією із центральних тем X і XI Конгресів ООН з попередження злочинності і поведіння із правопорушниками (2000, 2005 pp.).

Згідно із даним підходом, ідея взаємної відповідальності громадянина і держави реалізується тоді і остільки, коли і оскільки держава не просто захищає громадян системою правових приписів-регуляторів, але і несе відповідальність, якщо хто-небудь такі приписи порушив. Це надає можливість здійснити системний аналіз злочинів та моральності саме з'ясовуючи роль та місце антропогенних факторів в етіології та детермінації відповідних злочинів. Нема сумнівів, що такий підхід має рацію з точки зору виявлення ефективності кримінально-правової форми. Сутність кримінального права визначається характером суспільно-економічного ладу і політичної структури держави; на його розвиток впливають також панівні ідеологія, традиції тощо; а змістоутворюючі фактори трансформуються у право через волю соціальних груп, класів чи народу в цілому. З огляду на тенденції метамодерністського розвитку у світі і відповідно в Україні виникає потреба у чіткому формуванні нових суспільних відносин й забезпеченні правом системи цінностей, притаманних такому суспільству. Однак сьогодні система цінностей інформаційного суспільства в Україні застаріла, орієнтована на суспільство індустріальне, а інколи – аграрне. Водночас нова система цінностей, близька сучасній людині, фактично, поза увагою кримінального права. Вона нерегульована і небезпечена від будь-яких посягань [5, 134-136].

Система правосуддя буксує, суди переповнені справами, правоохоронні органи незалежно від рівня злочинності завжди працюють на межі можливого, зростає рівень призонізації населення.

У цих умовах виникає третя сила – рух, спрямований на необхідність самостійного відправлення правосуддя, на легалізацію самосудів і обмеження застосування норм кримінального права як єдиного регулятора системи найнебезпечніших девіацій (аболіціонізм), зміну моральної складової системи злочинів.

Насправді жоден з цих підходів не існує у чистому вигляді. Ефект «майданів» та «врадівки» саме підтверджує це.

Дисфункції соціальних інститутів у сфері забезпечення природних прав і свобод людини і громадянина є катализаторами активації права на повстання та легалізації самосуду.

Виникає ситуація, прозоро визначена Пітрімом Сорокіним 100 років тому. «Фактично майже у будь-якому суспільстві акти, що вважаються злочинними з юридичної... точки зору, зовсім не є такими з точки зору всіх членів суспільства; так само юридичний захист через покарання тих чи інших злочинців не рівнозначний захисту усього суспільства, а являє собою лише захист його привілейованої частини..., захист, який для інших елементів суспільства суцільно постає простими утисками, насильством, і, якщо завгодно, злочином» [6, 79].

Підтвердженням для цього слугуватимуть фундаментальні розбіжності, які існують між суспільними відносинами, – громадським порядком та моральністю, – що становлять предмет кримінально-правової охорони окремого розділу Особливої частини КК [7, 33-35]. Вирішення цього завдання має на лише теоретичне, а й практичне значення, оскільки повинно призвести до поліпшення кримінально-правової охорони таких відносин. Фахівці підкреслюють, що стан ескалації аномії в українському суспільстві зумовлює щорічне вчинення в Україні сотень тисяч злочинів. Особливо демонстративним є збільшення кількості злочинів явно аморального змісту [8], проти основних устоїв суспільства. Це демонструється активним приростом і поширенням у ЗМІ інформації про злочини та злочинність аномійного типу формуванням почуття безкарності,

культивуванням насильства та жорстокості. Тиражування інформації щодо руйнування могил, пам'ятників, розбещення неповнолітніх і втягнення їх у злочинну діяльність, зокрема через ЗМІ, до публічних безпідставних обвинувачень представників влади у вчиненні злочинів і руйнівних впливів на символи суверенітету – прилюдного знищення національного прапора України та посягань на інформаційний простір Президента України. Вказані злочинні вияви шляхом поширення масової дистанційної комунікації охоплюють свідомість необмеженої кількості реципієнтів інформації, внаслідок чого у суспільній свідомості формується уява про відсутність не лише цінностей, а й відповідальності за вчинення суспільно небезпечних діянь, спрямованих на них. На тлі «розмивання» норм моралі, пропаганди насильства, жорстокості й правового нігілізму у суспільстві спостерігається фактично «побутове» ставлення до порушення авторського права і суміжних прав, культу насильства та жорстокості, зокрема у ЗМІ, Internet, поблажливість до втручання в роботу комп'ютерних систем, зокрема платіжних, які є злочинами. Спостереження за продажем неліцензованих DVD і CD продуктів, можливістю «зачування» з мережі Internet усупереч волевиявленню авторів та їх правонаступників об'єктів авторського права, як і поширення у Internet порнографічних і продуктів, що культивують насильство та жорстокість, розсилка «посилає» на такі продукти, навіть на молодіжні та дитячі web-сайти, свідчить, що це стає повсякденним явищем [9, 133].

Як вже було казано – самостійно у рамках позитивної школи права кримінальна наука з такими явищами не зможе впоратися. Отже виникає потреба в інших методах пізнання, перш за все, юридичної антропології.

Література:

1. Российское уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Спарк, 2000. – С. 7.
2. Панчишин, Р. І. Функції юридичної антропології в розрізі знання про закономірності взаємовідносин права та людського індивіда / Р. І. Панчишин // Проблеми законності : зб. наук. праць. 1976. – 2011. – Вип. 116. – 273 с. – С. 242-247.
3. Пуховська, А. С. Права людини в контексті правової антропології / А. С. Пуховська // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2014. – №9. – С. 109-115.
4. Туляков В. О. Кримінальне право сьогодення: ренсанс моделі сталого розвитку // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2014. – № 2(3) – С. 1-19. – С. 7.
5. Савинова Н. А. Совершенствование научного уровня уголовно-правовой политики в условиях информационного общества / П. Л. Фрис, Н. А. Савинова // Заходи кримінально-правового впливу: проблеми нормативної регламентації та ефективності застосування: Матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Одеса, 7 лютого 2014 р. — С. 134—136
6. Питирим Сорокин. Наказание и кара, подвиг и награда. Социологический этюд о формах общественного поведения и морали. – С.Пб., 1914. – С. 79.
7. Кузнецов В. В. Визначення суспільної моральності самостійним об'єктом кримінально-правового захисту / В. В. Кузнецов // Філософські, методологічні та психологічні проблеми права [текст] : матер. II Всеукр. наук.-теорет. конф. (Київ, 31 січня 2009 р.) / Ред. кол.: Є.М. Моїсєєв, О.М. Джужа, М.В. Костицький [та ін.]; передмова О.М. Джужі. – К. : Київський нац. ун-т внутр. справ, 2009. – С. 33–35.
8. Бочаров В.В. Правосознание и закон. От Африки к России // Манифестация. – 2001. – № 6.
9. Савінова Н. А. Кримінально-правова політика забезпечення розвитку інформаційного суспільства в Україні / Н. А. Савінова : Дис... докт. юрид. наук: 12.00.08. – Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – С. 133.

Бойченко В. П. Нравственное и преступное в уголовном праве

Аннотация. В статье показано, что антропологическое измерение современного понимания преступления сосредотачивается не только на проблематике догматического анализа уголовного запрета, или аксиологической оценки существования и бытия нормы (моральная адекватность), но и интегративного динамического анализа сущности и бытия нормы в целом как самоорганизованного правового явления. Выяснено, что моральные запреты коррелируют с распространённостью дисциплинарных практик лишь частично. Только соответствие уголовно-правового запрета оценке такого запрета у населения делает закон эффективным, иначе дело идет о конфликте между моральными оценками и правом.

Ключевые слова: антропология преступления, преступления против нравственности, интегративный подход, нравственность, преступление.

Boychenko V. Moral and criminal in penal law

Summary. The article shows that the anthropological dimension of modern crime understanding from contemporary researchers focuses not only on the problems of dogmatic analysis of the criminal prohibition, or the axiological assessment of the existence of the norm (moral adequacy), but also the integrative dynamic analysis of the essence and existence of the norm as a whole self-organized legal phenomenon. It has been found that moral prohibitions correspond only with the prevalence of disciplinary practices partially. Only the compliance with the criminal prohibition of the assessment of such a ban in the population makes the law effective, otherwise it is a matter of conflict between moral judgment and law.

Key words: crime anthropology, crimes against morality, integrative approach, morality, crime.

*Наджафов Э. Р.,
докторант отдела уголовного права и уголовного процесса
Института философии и права
Национальной академии наук Азербайджана*

ШПИОНАЖ В СИСТЕМЕ ПРЕСТУПЛЕНИЙ, ПОСЯГАЮЩИХ НА БЕЗОПАСНОСТЬ ГОСУДАРСТВА ПО УГОЛОВНОМУ КОДЕКСУ АЗЕРБАЙДЖАНСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

Аннотация. Статья посвящена анализу шпионажа со- гласно уголовному законодательству Азербайджанской Ре- спублики. В статье рассмотрены понятие государственной безопасности, также система преступлений, посягающих на безопасность государства. Автор детально проанализировал состав рассматриваемого в статье преступления. В итоге автор представил свои предложения и рекоменда- ции по данной проблематике.

Ключевые слова: уголовное право, безопасность го- сударства, преступление, система, шпионаж, анализ.

Введение. Одним из основных условий естественного и гармоничного развития человека и общества является ста- бильное развитие государства, предполагающее множество взаимосвязанных факторов, важнейшим из которых является его безопасность. Безопасность государства – понятие ком- плексное. Говорить о ее обеспечении можно только в случае научного осмысления различных аспектов функциониро- вания и развития государства: политических, экономических, социальных, правовых, идеологических, военных, информа- ционных, экологических, международных. В самом общем виде под безопасностью государства как одного из главных условий нормального развития человека и общества понима- ется защищенность качественного состояния общественных отношений, обеспечивающих прогрессивное развитие чело- века и общества в конкретных исторических и природных условиях от опасностей, источником которых являются вну- тренние и внешние противоречия [3, с. 6].

Смысл понятия безопасности является многогранным, сложным и дифференцированным. Трудности раскрытия его содержания связаны с тем, что определяемое им явление рассматривается авторами в различных понятийно-терми- нологических системах. Сказанное относится и к понятию «безопасность государства». В традиционном понимании безопасность государства – это состояние защищенности жизненно важных интересов государства от внутренних и внешних угроз. Для изучения явлений, связанных с безопас- ностью государства, понятийный аппарат теории националь- ной безопасности содержит такие категории, как, например: защищенность, угроза (потенциальная и реальная), условия и факторы (создающие опасность жизненно важным интере- сам личности, общества и государства), опасность, интересы и др. [2, с. 23-25].

Сущность категории «государственная безопасность» рассматривают через понятие «государственный интерес», которое является одной из фундаментальных категорий государства, поскольку от соответствующего по-

нимания данной категории зависит интерпретация всех социальных явлений, так или иначе связанных с феноме- ном государства и государственной власти, в том числе правового закрепления государственных интересов и ор- ганизационно-правовых форм и методов их реализации в сфере обеспечения правопорядка, так как коренные вопро- сы публичного права – это правовое опосредование устоев общества, устройства государства и власти, гарантии прав граждан [4, с. 14].

С появлением термина «национальная безопасность» некоторые авторы начали доказывать, что термин «государ- ственная безопасность» является устаревшим и либо должен быть заменен термином «национальная безопасность», либо государственную безопасность, наряду с общественной без- опасностью, следует признавать составной частью националь- ной безопасности [1, с. 9].

Иная группа авторов, наоборот считает, что использова- ние понятия «национальная безопасность» является след- ствием непрофессионального перевода понятия «national security», которое широко используется в американских источниках. где слово «national» означает не «нацию» или «национальность», а «народ», «государство». Поэтому пра- вильным считается перевод «государственная безопасность» [5, с. 327].

Постановка задач. Преступления, посягающие на безо- пасность государства, являются некой подсистемой, входя- щей в состав системы преступлений против основ консти- туционного строя и безопасности государства. Перечень преступлений против основ конституционного строя и безопасности государства закреплен в гл. 31 (ст. 274–285) Уголовного кодекса Азербайджанской Республики (принят 30 декабря 1999 г, вступил в силу 1 сентября 2000 г, далее – УК АР).

В качестве видового объекта всех преступлений, вхо- дящих в гл. 31 УК АР, выступают безопасность (внешняя и внутренняя), нормальное функционирование конституци- онного строя и суверенитет Азербайджанской Республики. В некоторых составах преступлений против основ консти- туционного строя и безопасности государства такой признак как предмет преступления приобретает самостоятельное зна- чение. К таким составам можно отнести, например ст. 276, 285 и т.д. В них сведения или документы, содержащие в себе государственную тайну, являются предметом преступления, и имеют самостоятельное значение для квалификации деяния.

Объективная сторона большинства преступлений, входя- щих в гл. 31 УК АР, характеризуется действиями субъекта, но вместе с тем такие составы, как предусмотренные в ст.

284, 285, могут быть совершены также бездействием субъекта преступления.

Субъективная сторона рассматриваемых преступлений, как правило, характеризуется прямым умыслом. Но опять-таки некоторые составы, например, утрата документов, содержащих государственную тайну, характеризуются неосторожной формой вины. Кроме того, некоторые составы в системе рассматриваемых преступлений обусловлены обязательным признаком субъективной стороны – специальной целью (например, ст. 280, 282). Мотив также может выступать в качестве конструктивного признака субъективной стороны некоторых преступлений, входящих в систему анализируемых преступлений (например, ст. 277 – мотив мести за служебную или иную политическую деятельность).

Субъект рассматриваемых преступлений – физические, вменяемые лица, достигшие 16-летнего возраста. Но в некоторых составах обусловлено участие специального субъекта. Так, например, в ст. 274 УК АР специальным субъектом является гражданин Азербайджанской Республики, в ст. 275 УК АР, наоборот, специальным субъектом является иностранец или лицо без гражданства.

Пути решения проблемы. Взяв за основу классификации преступлений, предусмотренных в гл. 31, их непосредственный объект, эти преступления можно разделить на две группы:

1. Преступления, посягающие на безопасность государства:

- государственная измена;
- использование Вооруженных Сил АР и иных вооруженных формирований, предусмотренных законодательством АР, против азербайджанского народа или конституционных государственных органов;
- шпионаж;
- вооруженный мятеж;
- диверсия.

2. Преступления, посягающие на основы конституционного строя:

- посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля;
- насильственный захват власти или насильственное удержание власти;
- создание не предусмотренных законодательством вооруженных формирований и групп;
- публичные призывы, направленные против государства;
- возбуждение национальной, расовой, социальной или религиозной ненависти и вражды;
- разглашение государственной тайны;
- утрата документов, содержащих государственную тайну.

Теперь более детально рассмотрим состав шпионажа (ст. 276 УК АР).

Шпионаж связан с посягательством на безопасность государства со стороны иностранных граждан и лиц без гражданства. Внешняя безопасность, суверенитет и территориальная целостность государства являются непосредственными объектами данного преступления.

Объективная сторона шпионажа состоит в действиях, направленных на передачу, собиране, похищение или хра-

нение с целью передачи иностранному государству, иностранной организации или их представителям сведений, составляющих государственную тайну, а также передача или собиране по заданию органов спецслужб иностранных государств иных сведений для использования их в ущерб внешней безопасности Азербайджанской Республики.

Оконченный состав образует любое из указанных в диспозиции действий.

Понятие государственной тайны нормативно закреплено в Законе Азербайджанской Республики «О государственной тайне» от 7 сентября 2004 г. Согласно ст. 1.0.1. упомянутого Закона государственная тайна – это защищаемые государством сведения, связанные с военной, внешнеполитической, экономической, разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельностью, распространение которых может нанести ущерб безопасности Азербайджанской Республики.

Перечень сведений, составляющих государственную тайну, закреплен в ст. 5 Закона АР «О государственной тайне». Согласно положениям указанной нормы государственную тайну составляют следующие сведения в военной области:

- о содержании стратегических и оперативных планов, документов боевого управления по подготовке и проведению операций, стратегическому, оперативному и мобилизационному развертыванию Вооруженных Сил Азербайджанской Республики, других вооруженных соединений, других войск, предусмотренных законодательством, об их боевой и мобилизационной готовности, о создании и об использовании мобилизационных ресурсов;
- о планах строительства Вооруженных Сил Азербайджанской Республики и других вооруженных соединений, созданных в соответствии с законодательством Азербайджанской Республики, направлениях развития вооружения и военной техники, о содержании и результатах выполнения целевых программ, научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ по созданию и модернизации образцов вооружения и военной техники;
- о тактико-технических характеристиках и возможностях боевого применения образцов вооружения и военной техники, о свойствах, рецептурах или технологиях производства новых видов веществ военного назначения;
- о дислокации, назначении, степени готовности, защищенности объектов, представляющих особую важность с точки зрения национальной безопасности и обороны, об их строительстве и эксплуатации, а также об отводе земель, недр и акваторий для этих объектов;
- о дислокации, действительных наименованиях, об организационной структуре, численности личного состава и их боевом обеспечении, а также о военно-политической или оперативной обстановке;
- о координатах геодезических пунктов и географических объектов на территории Азербайджанской Республики важного оборонного и экономического значения.

Государственную тайну составляют следующие сведения в экономической сфере:

- о содержании планов подготовки Азербайджанской Республики и ее отдельных регионов к возможному военным операциям, мобилизационной мощности промышленности по изготовлению и ремонту вооружения и военной техники,

объеме поставок и запасах используемых в военной отрасли стратегических видов сырья и материалов, а также размещении, фактическом объеме и об использовании государственных материальных резервов;

– об использовании инфраструктуры Азербайджанской Республики с целью обеспечения ее обороноспособности и безопасности;

– о силах и средствах гражданской обороны, дислокации, предназначении и степени защищенности объектов административного управления, степени обеспечения безопасности населения, деятельности транспорта и связи, предусмотренных для обеспечения государственной безопасности;

– об объемах, о планах (заданиях) государственного оборонного заказа, о выпуске и поставках (в денежном или натуральном выражении) вооружения, военной техники и другой военной продукции, о наличии и наращивании мощностей по их выпуску, о связях предприятий, разрабатывающих либо производящих указанное вооружение, военную технику и другую военную продукцию, о связях их по операции;

– о достижениях науки и техники, о научно-исследовательских, об опытно-конструкторских, о проектных работах и технологиях, имеющих важное оборонное или экономическое значение, влияющих на государственную безопасность;

– об объемах запасов, производства, импорта и экспорта, продажи стратегических видов полезных ископаемых, перечень которых установлен законодательством, о государственных резервах, изготовлении, защите от подделывания денежных купюр, ценных бумаг, а также прочих особых мерах финансовой деятельности государства.

Государственную тайну содержат следующие сведения в области внешней политики:

– о внешнеполитической и внешнеэкономической деятельности Азербайджанской Республики, преждевременное распространение которых способно нанести ущерб безопасности государства;

– о сотрудничестве Азербайджанской Республики с другими государствами в военной, научно-технической и других областях, преждевременное распространение которых может осложнить осуществление дипломатической деятельности хотя бы одной из сторон.

Сведения в области разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности:

– о силах, средствах, источниках, методах, планах и результатах разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности, а также показателях финансирования этой деятельности, если эти показатели раскрывают перечисленные сведения;

– о лицах, сотрудничающих или сотрудничавших на конфиденциальной основе с органами, осуществляющими разведывательную, контрразведывательную и оперативно-розыскную деятельность;

– об организации, о силах, средствах и методах обеспечения безопасности объектов государственной охраны, а также о показателях финансировании этой деятельности, если эти показатели раскрывают перечисленные сведения;

– о системах шифрованной, в том числе кодированной и засекреченной связи, о шифрах, о разработке и изготовлении шифров, обеспечении ими, о средствах шифрования и сред-

ствах специальной защиты, об информационно-аналитических системах специального назначения;

– о методах и средствах защиты секретной информации;

– об организации и фактическом состоянии защиты государственной тайны;

– о защите государственной границы Азербайджанской Республики;

– о расходах государственного бюджета, связанных с обеспечением обороны, безопасности государства и обеспечением правоохранительной деятельности в Азербайджанской Республике;

– о подготовке кадров, раскрывающие мероприятия, проводимые с целью обеспечения государственной безопасности.

Выводы. Предметом шпионажа по УК АР выступают любые сведения, содержащие государственную тайну, или иные специально собираемые сведения, могущие быть использованными в ущерб внешней безопасности государства.

Субъективная сторона шпионажа предлагает прямой умысел. Виновный осознает общественно опасный характер своих действий и желает их совершить. При собирании сведений, не относящихся к государственной тайне, преследуется специальная цель, которая применительно к ведением, составляющим государственную тайну, подразумевается, и состоит в использовании собираемых и передаваемых сведений в ущерб внешней безопасности Азербайджана.

Субъект преступления – физическое, вменяемое лицо, достигшее 16-летнего возраста, обладающее признаками специального субъекта – иностранец, либо лицо без гражданства.

Литература:

1. Административно-правовые основы государственного управления. Учебное пособие / под ред. А.Н. Крамника. – Минск : Тесей, 2004. – 704 с.
2. Прохожев А.А. Общая теория национальной безопасности. Учебник / Под общ. ред. А.А. Прохожева. – М. : Изд-во РАГС, 2005. – 344 с.
3. Степашин С.В. Безопасность человека и общества (политико-правовые вопросы) / С.В. Степашин. – СПб. : Пресс, 1994. – 346 с.
4. Тихомиров Ю.А. Публично-правовое регулирование, динамика сфер и методов / Ю.А. Тихомиров // Журнал российского права. – 2001. – № 5. – С. 3–12.
5. Правовое обеспечение безопасности Российской Федерации. Научно-практическое пособие. – М., 2005. – С. 23.
6. Уголовный кодекс Азербайджанской Республики от 31 декабря 1999 г. Утвержден Законом Азербайджанской Республики от 30 декабря 1999 года № 787-ІQ. (с изменениями и дополнениями по состоянию на 31.05.2016 г.).

Наджафов Е. Р. Шпигунство в системі злочинів, які посягають на безпеку держави згідно з кримінальним кодексом Азербайджанської Республіки

Анотація. Стаття присвячена аналізу шпигунства згідно з кримінальним законодавством Азербайджанської Республіки. У статті розглянуто поняття державної безпеки, також система злочинів, які зазіхають на безпеку держави. Автор детально проаналізував склад злочину, що розглядається у статті. У висновку автор представив свої пропозиції і рекомендації з указаної проблематики.

Ключові слова: кримінальне право, безпека держави, злочин, система, шпигунство, аналіз.

Najafov E. R. Spying system crime affecting the security of the state in the criminal code of Azerbaijan republic

Summary. Article is devoted to the analysis of espionage by the criminal legislation of the Azerbaijan Republic. In article the concept of state security, also system of the crimes en-

croaching on safety of the state are considered. The author has in details analysed structure of the crime considered in article. As a result, the author presented his proposals and recommendations on this issue.

Key words: criminal law, safety of the state, crime, system, espionage, analysis.



КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС,
КРИМІНАЛІСТИКА,
ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ



*Комісарчук Р. В.,**кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри криміналістики**Національного університету «Одеська юридична академія»*

ІНФОРМАЦІЙНО-АНАЛІТИЧНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В ПРОЦЕСІ РОЗКРИТТЯ ЗЛОЧИННОЇ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Анотація. Стаття присвячена обґрунтуванню основних положень інформаційно-аналітичного забезпечення, спрямованого на підвищення ефективності розкриття господарської злочинної діяльності, оскільки сьогодні господарська сфера вимагає серйозної уваги до розробки стратегії і тактики протидії організованій злочинній діяльності, яка представляє реальну загрозу національній економічній безпеці України.

Ключові слова: розкриття злочину, інформаційно-аналітичне забезпечення розслідування, господарські злочини, технологія злочинної господарської діяльності, технологія розслідування, організована злочинна діяльність.

Постановка проблеми. Взаємозв'язок теорії і практики, їх взаємозумовленість, співвідношення потреб і можливостей визначають розвиток того чи іншого напрямку наукової та практичної діяльності. Так, «окремими методами пізнання в криміналістиці є узагальнення слідчої практики, вивчення її використання взаємозв'язку між способами вчинення злочинів і методами їх розкриття, побудова слідчих версій, активне використання даних природних і технічних наук» [1]. Коментуючи стан і ефективність боротьби з господарськими злочинами, можна констатувати, що концептуально серйозних результатів не досягнуто. Найслабшою ланкою є невчасне реагування правоохоронних органів щодо «запланованих» (що готуються) і тих, що вчиняються, господарських злочинів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти цієї проблеми у галузево-предметному плані висвітлювали вчені-юристи України Ю.П. Аленін, С.А. Альперт, М.І. Бажанов, В.Д. Басай, В.П. Бахін, В.Д. Берназ, Т.В. Варфоломєєва, А.Ф. Волобуєв, В.Г. Гончаренко, Ю.М. Грошевський, Е.О. Дідоренко, О.Ф. Долженков, А.Я. Дубинський, В.А. Журавель, А.В. Іщенко, О.А. Кириченко, Н.І. Клименко, І.П. Козаченко, В.О. Коновалова, М.В. Костицький, В.С. Кузьмічов, В.К. Лисиченко, В.Г. Лукашевич, Є.Д. Лук'янчиков, В.Т. Малайренко, М.І. Мельник, О.Р. Михайленко, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, Б.Г. Розовський, М.В. Салтевський, М.Я. Сегай, О.П. Снігер'єв, В.В. Тищенко, В.Ю. Шепітько, М.Є. Шумило, країн СНД Р.С. Белкін, І.Є. Биховський, А.К. Гаврилов, Г.І. Грамович, Д.С. Карев, Л.М. Карнеєва, О.М. Ларін, І.М. Лузгін, П.А. Лупинська, І.Л. Петрухін, М.С. Полевой, М.І. Порубов, О.Р. Ратинів, В.М. Савицький, М.С. Строгович, М.А. Чельцов, С.А. Шейфер, М.П. Яблоков та інші.

До того ж проблема вдосконалення розкриття і розслідування злочинів багатоаспектна. На цьому фоні розвиток криміналістичної теорії Р.С. Белкін визначив, як побудову системи, заснованої на використанні: 1) власне фактичного матеріалу; 2) експериментального фактичного матеріалу; 4) статистично узагальненого і належним чином інтерпретованого фактичного матеріалу; 5) гіпотетичного фактичного матеріалу; 6) абстрактно-логічного матеріалу [2, с. 254].

Відповідно, процес розробки нових теоретичних побудов і їх практичного використання в цьому ракурсі можна представити у вигляді схеми взаємопов'язаних елементів: практична діяльність; аналіз, систематизація та її структурування; дослідження (теоретичні розробки); апробація отриманих результатів та їх аналіз. Враховуючи співвідношення існуючої практики розкриття господарських злочинів, використання при цьому інформаційно-аналітичних і комунікаційних методів і засобів позначилися сьогодні на виявленні закономірностей, що дозволяє виділити серед них найбільш загальні й суттєві, і на основі цього розробити теоретичні побудови і рекомендації щодо їх практичного використання.

Мета дослідження зводиться до обґрунтування основних положень інформаційного забезпечення, спрямованого на підвищення ефективності розкриття злочинів, пов'язаних зі сферою господарювання.

Незважаючи на складність самої господарської діяльності, багатоманітність окремих її проявів залежно від видів і форм, а також існування безлічі підходів до розуміння самої суті господарських злочинів, на наш погляд, досліджуване явище все ж має ряд загальних для всіх його проявів рис, що надає можливість провести його інформаційну та аналітичну систематизацію в загальному вигляді.

Структурні елементи злочинної діяльності, закономірності їх формування та використання, характер наявних взаємозв'язків між цими елементами – все це визначає теоретичні основи розробки пропонованої системи інформаційно-аналітичного забезпечення розкриття злочинів, пов'язаних з господарською діяльністю.

Означене поняття системи дано нами з позицій наукових підходів у систематиці як одного зі складових елементів процесу пізнання [3, с. 642]. Запропоноване до розгляду інформаційно-аналітичне забезпечення в інтересах боротьби з господарськими злочинами можна уявити, як теоретичну побудову, що належить до прикладних галузей знань, спрямованих на вирішення широкого кола завдань щодо розкриття злочинної господарської діяльності. Означена теоретична побудова як наукова система, по суті, призначена служити інтегративною базою аналізу найрізноманітніших об'єктів і їх властивостей для того, щоб подолати теоретично-прикладну відчуженість предметних, природних і юридичних наук в умовах сформованої їх диференціації у вирішенні тактичних задач розслідування господарських злочинів.

Наразі предметна сфера інформаційно-аналітичного забезпечення включає в себе велике різноманіття окремих теоретичних побудов, що охоплюють досить широку область наукових знань. До них слід віднести теорію оперативно-розшукової діяльності, принципи ведення оперативно-довідкових і криміналістичних обліків, інформаційне забезпечення, створення й обслуговування баз даних, збір, аналіз і передачу інформації та інші. Стосовно

суто криміналістичних побудов – це діагностика й ідентифікація, вирішення ситуаційних завдань, організація і планування, прогнозування та ін. Для запропонованої системи об'єднуючим началом виступає діяльність з інформаційно-аналітичного забезпечення розкриття злочинної господарської діяльності.

На нашу думку, інформаційно-аналітична система повинна складатися з наступних розділів: 1) загальні положення пропонуваної системи; 2) інформація стратегічного рівня; 3) тактична інформація; 4) система інформаційної комунікації; 5) аналітичні алгоритми й моделі, технології.

Система інформаційної комунікації стосується методів збору, накопичення, систематизації і передачі інформації. Аналітичні алгоритми і моделі служать для якісного аналізу інформації, її оцінки та реалізації.

Найважливішим елементом цього інформаційно-аналітичного забезпечення виступає аналіз та систематизація способів вчинення господарських злочинів. Більшість їх залежить від базової спрямованості злочинних формувань.

Об'єкти господарських злочинів можуть становити окремих напрямом отримання інформації під час розкриття виділеної категорії злочинів. Об'єкти формують змістовну сторону будь-якої теоретичної побудови або теорії, проходячи шлях емпіричного аналізу істотних властивостей і ознак, об'єднання і пояснення відомих та нових фактів, отримання у кінцевому підсумку пов'язаних з цими об'єктами закономірностей. Отримані закономірності співвідносяться з теоретичними положеннями відповідної галузі знань.

Сфера пізнання кожної науки залежить від її предмета; саме в цій сфері здійснюється відображення конкретною наукою об'єктивної дійсності, тобто відображення, що становить зміст цієї, а не іншої сфери наукового пізнання [4, с.379].

Предмет інформаційно-аналітичного забезпечення – це виявлення і вивчення закономірностей розкриття злочинів, пов'язаних з господарськими злочинами і сприяння злочинній господарській діяльності.

Формування системи інформаційно-аналітичного забезпечення як елемента криміналістичного знання обумовлює кордони досліджуваних закономірностей, явищ, процесів і предметів лише в рамках правового віднесення їх до господарської діяльності або діяльності правоохоронних органів у сфері боротьби з господарськими злочинами.

Методи, які використовуються у запропонованій системі інформаційно-аналітичного забезпечення, мають свої особливості, сутність яких визначається регламентацією застосовуваних засобів і методів досліджень через закономірну закритість, таємність інформації. Під методом розуміється спосіб дій, зокрема пізнання, підхід до дійсності в дослідженні, образ дії для досягнення будь-якої мети [5, с. 63].

Белкін Р.С. зауважував, що «метод окремої теорії – система пізнавальних прийомів, що використовуються як для побудови самої теорії, так і в практиці пізнання її предметної сфери» [6, с. 22]. Метод, по суті, відображає певний підхід до організації теоретичного дослідження, спрямований на досягнення сформульованої мети, обумовленої можливостями обраного методу.

Коло завдань виділеної системи інформаційно-аналітичного забезпечення, на наш погляд, може вирішуватися із застосуванням декількох методів, що утворюють певну взаємопов'язану послідовність прийомів, операцій і режимів, та іменується методикою. Застосування будь-якого методу для досягнення поставленої мети має певну раціональність, спирається на вже досягнуті знання та накопичений практичний досвід.

Багатопрофільна сфера предметної частини інформаційно-аналітичного забезпечення та достатня різноманітність об'єктів аналізу обумовлює широкий спектр методів вирішення завдань щодо розкриття та розслідування злочинів, пов'язаних зі сферою господарювання.

Системно-структурний аналіз методів оперативно-розшукової діяльності (далі – ОРД) і криміналістики дозволяє обирати ефективні шляхи вирішення різноманітних завдань, пред'являти певні вимоги до рівня підготовки кадрів та щодо оснащення відповідних підрозділів спеціальною технікою та обладнанням. Нові напрями дослідження оперативно-розшукової діяльності, криміналістики (як і в будь-якій іншій науці) поступово об'єднуються в області дослідження, утворюючи нові наукові будови, що володіють певною специфікою, яка відображає сферу їх реалізації. Означена нами сфера дослідження пов'язана з розробкою і впровадженням інформаційно-аналітичних систем для вирішення соціально-гуманітарних завдань – розкриття злочинів у сфері господарської діяльності.

Отже, розкриття злочинів господарської спрямованості цілком аргументовано можна розглядати як систему пошуку, отримання, передачі, дослідження, оцінки і реалізації інформації.

Функції в роботі з інформацією, що стосується господарської діяльності, повинні реалізовуватися в запропонованій системі інформаційно-аналітичного забезпечення, що охоплює оперативно-розшукову діяльність, криміналістичну реєстрацію, судову експертизу, інформаційну комунікацію та інші галузі знань.

Виділяючи інформаційно-аналітичне забезпечення як самостійний вид діяльності, необхідно розкрити його зміст і структуру. На нашу думку, інформаційно-аналітичне забезпечення становить сукупність заходів, що дозволяють знизити ступінь раптовості вчинення господарських злочинів, а також створити сприятливі умови й суттєво підвищити ефективність їх розкриття і подальшого розслідування.

У процесі розвитку криміналістики як галузі наукових знань постійно удосконалювалося забезпечення різної діяльності, пов'язаної з профілактикою і розслідуванням злочинів. При цьому одні види забезпечення з плином часу переростали рамки забезпечувальних заходів і включалися в самостійні галузі криміналістики. Так, наприклад, було з криміналістичної фотографією, еволюція розвитку якої перейшла від виду забезпечення в окремих розділах криміналістичної техніки. Деякі види забезпечення у процесі свого розвитку зближувалися з іншими і, збагачуючись новим змістом, трансформувалися в новий напрям забезпечення. Так відбувався розвиток техніко-криміналістичного забезпечення.

У сучасних умовах розвитку науки виникнення нового наукового напрямку, вчення або окремої теоретичної побудови обов'язково пов'язано з обґрунтуванням необхідності та доцільності вирішення висунутих завдань. На цьому ґрунті фундаментальні та прикладні дослідження розрізняються за метою і завданнями.

Запропонована система інформаційно-аналітичного забезпечення з метою розкриття злочинів господарської спрямованості – це, на нашу думку, елемент криміналістики, що стосується такої її галузі, як криміналістична техніка, а конкретно – розділи судової фотографії, криміналістичної трасології, документознавства, почеркознавства, а також криміналістичної реєстрації, системно пов'язаної з оперативно-розшуковою діяльністю.

Головним змістом запропонованого виду забезпечення повинна стати інформація, систематизована для аналізу широкого

кола подій і даних, що тим чи іншим чином стосуються злочинної господарської діяльності та заходів щодо її локалізації. До переліку можуть входити дані про різні групи осіб і організацій, документообіг, технології і транспорт, відомості про фінансову діяльність та ін.

Перш ніж перейти до змісту запропонованої інформаційно-аналітичної системи, необхідно відповісти на питання про її природу. Незважаючи на уявну віддаленість певної групи закономірностей виникнення інформації про подію злочину, пов'язаної з господарськими злочинами, від сфери правових явищ (технічні і тактико-спеціальні питання), все ж вони породжені правовою суттю і реалізуються у сфері правових відносин. Запропонована система інформаційно-аналітичного забезпечення охоплює об'єкти і процеси як злочинної діяльності, пов'язаної з господарськими злочинами, так і діяльності правоохоронних органів з їх розслідування. У рамках представленої системи розглядаються закономірності, органічно пов'язані з юридичною, правовою сферою їх відображення.

Питання про сутність будь-якої теоретичної побудови пов'язане з оцінкою її службових функцій. Для розробленої системи інформаційно-аналітичного забезпечення такими функціями є розробка методів і засобів отримання, переробки, аналізу та реалізації інформації, що сприяє розкриттю злочинів господарської спрямованості.

Теоретична частина інформаційно-аналітичного забезпечення акумулює в собі широку сферу природничих і правових наук, опираючись при цьому на норми кримінального, кримінально-процесуального та інших законів. У зв'язку з цим використання прийомів, засобів і методів збору інформації, її опрацювання та здобуття нової інформації прямо або опосередковано отримує функціональний характер.

Правовою базою інформаційно-аналітичної бази служать: Кримінальний процесуальний кодекс України, Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність», Закон України «Про судову експертизу», а також нормативні акти, що стосуються ведення криміналістичних та оперативно-довідкових обліків.

Будь-яка галузь або елемент наукових знань є системою, яка може бути розглянута в двох основних аспектах – як сфера наукових знань і як наукова діяльність.

Конструювання нової теорії як елемента сформованої системи криміналістики є виникненням нового знання, тому запропонована концепція інформаційно-аналітичної бази як цілісної системи наукових поглядів потребує аналізу її генезису і структури. Системно-структурний аналіз є істотним (постановочним) елементом загальної теорії і предметної частини представленої сфери наукових знань. Розробка будь-якої наукової теорії, зокрема і розглянутої нами щодо інформаційно-аналітичної системи, неминує пов'язана з аналізом її методології, її світоглядною сутністю [7]. У нашому випадку такою сферою знань є криміналістика і оперативно-розшукова діяльність.

Водночас слід зазначити, що для вирішення своїх завдань навіть окремих наукових напрямків, теорія виражається через систему теоретичних узагальнень, принципів, специфічних методів і методик досліджень. Ця теорія об'єднує методологічні підходи криміналістики, оперативно-розшукової діяльності і наук, пов'язаних з теорією та інформаційними технологіями створення й опрацювання масивів баз даних [8, с. 185–193].

Комплекс принципів і підходів, запозичених з правових дисциплін, об'єднує: об'єкт знань – злочинна діяльність, подія злочину і особа, яка його вчинила; узгодженість процесу пізнання із законними його формами; мета досліджень – встанов-

лення фактів, подій, дій, осіб і об'єктів; суб'єкт пізнання – процесуально уповноважена особа; здійснення процесу пізнання в умовах протидії або в умовах ризику.

Галузь знань у сфері інформаційних технологій у запропонованій нами системі реалізує закономірності збору, накопичення та обробки масивів баз даних. Це стосується системи реалізації математичного аналізу, правил і порядку дослідження вихідних даних, їх структурування, вичленення інформаційних піків (зіставлення співпадаючих або близьких однорідних даних) і формулювання висновків. У процесі збору й аналізу інформації щодо злочинної господарської діяльності вирішуються такі основні завдання: побудова логічної схеми, що зв'язує окремі інформаційні блоки; конструювання певної моделі злочинної діяльності, що належить до сфери господарських злочинів; прогнозування діяльності злочинних формувань; обґрунтування потреби в інформації, якої бракує; визначення пріоритетних напрямків пошуку нової інформації.

Отже, цілком припустимо вести мову про конкретне інформаційне забезпечення із застосуванням техніко-криміналістичних засобів і методів у вирішенні наступних питань: вибір суб'єктів збору інформації, їх компетенції; визначення термінів, порядку і способів отримання, фіксації, обробки та систематизації отриманої інформації; аналіз інформації в рамках певної процедури із застосуванням типових методик та залученням відповідних фахівців; організація використання результатів аналізу інформації в практичній діяльності правоохоронних органів у рамках оперативно-розшукових заходів і слідчих (розшукових) дій.

Звертаючись до структури системи інформаційно-аналітичного забезпечення, слід виділити коло питань, що мають найбільше значення для досягнення ефективного інформаційного забезпечення в боротьбі зі злочинною господарською діяльністю. Під час формування банків даних щодо інформації про господарську діяльність необхідно виділити деякі суттєві моменти. Важливий постійний обмін необхідною інформацією як по горизонталі (між правоохоронними органами різного територіального підпорядкування на одному рівні управління), так і по вертикалі (між регіональними апаратами управління).

Запропонована система інформаційно-аналітичного забезпечення розкриття злочинів, пов'язаних із господарськими злочинами, відповідає вимогам наукового знання, яка виражається: 1) в актуальності (наукова і практична значущість досліджень). Підвищення ефективності боротьби зі злочинною господарською діяльністю за рахунок інформаційного компонента є найважливішим завданням в боротьбі з господарськими злочинами. 2) стабільності (кожен окремих науковий результат за відповідних умов може неодноразово відтворюватися). У роботі запропонованої інформаційно-аналітичної системи стабільність виражається в багаторазовому її використанні для аналізу різних даних. При цьому інформація реалізується у стабільний висновок, що стосується встановлення певного кола осіб, предмета / об'єкта злочину, типу і форми фінансових операцій і т.п. 3) обґрунтованості (отримані результати знаходять своє наукове пояснення). Реалізація запропонованої системи, побудованої на використанні встановлених об'єктивних закономірностей, забезпечить обґрунтованість отриманих результатів. 4) здатності до прогнозів (розширення сфери пізнання за межі спостережень за рахунок їх аналізу). Це найважливіша властивість інформаційно-аналітичної бази даних, яка забезпечує основу превентивних (попереджувальних) дій. Без обґрунтованого прогнозу не може бути попередження в силових чи інших діях.

Ідея прогнозу реалізується в досягненні інформаційної переваги, а від неї – силової. 5) перспективності (постійне планування і вирішення нових поточних та довгострокових стратегічних завдань). Це невід’ємна властивість системи, яка повинна знаходити відображення в аналізі нових видів інформації, нових методах обробки та поданні даних.

У процесі формування запропонованої концепції як елементів наукового знання (фактів) розглядається широкий комплекс явищ і об’єктів, пов’язаних з підготовкою і вчиненням злочинної господарської діяльності. Очевидно, що формування цієї концепції передбачає не тільки виявлення і опис нових фактів, а і їх систематизацію, узагальнення та пояснення. З пояснення факту розпочинається його пізнання, проникнення в його сутність. Наразі предметна частина системи інформаційно-аналітичного забезпечення в розкритті злочинів, пов’язаних з господарською діяльністю, включає в себе велике різноманіття окремих теоретичних побудов, що охоплюють досить широку область наукових знань. До них слід віднести теорію криміналістичних обліків, вчення про сліди злочину і питання тактико-спеціальних дисциплін, теорію обслуговування масивів баз даних; щодо криміналістичних знань – це діагностика та ідентифікація, реконструкція обстановки за слідами на місці вчинення злочину та ін.

Говорячи про місце інформаційно-аналітичне забезпечення в процесі розкриття злочинної господарської діяльності, слід перш за все встановити зв’язок між інформацією, її аналізом і розкриттям злочину.

Аналіз окремих епізодів практики, коли можна говорити про ефективне використання інформаційних ресурсів для запобігання та розкриття злочинної господарської діяльності, показує, що прагнення комплексної кількісної і якісної оцінки інформації дозволяє розкрити її отримання, зміст і цінність. У цьому разі інформація – це не тільки дані, що надходять у формі повідомлення або відомостей, а й інформація як зв’язок між окремими даними і їх властивостями.

Інформація як зв’язок дозволяє моделювати – вибудовувати нові зв’язки, їх рівні та оцінювати властивості. Аналітична обробка інформації опирається на побудовані алгоритми систематизації інформації, встановлення тотожності і пошуку відсутніх даних, а для цього вибудовується свого роду модель злочинної господарської діяльності (її технологія), яка об’єднує широкий спектр джерел інформації.

Отже, запропонована система інформаційно-аналітичного забезпечення розкриття злочинів, що вчиняються у сфері господарювання, має об’єктивно виражену предметну сферу, структуру й методичну базу, використовує прийнятні в криміналістиці (криміналістичній реєстрації) і оперативно-розшуковій діяльності методологічні основи і принципи. Запропонована теоретична побудова охоплює широку сферу, пов’язану з теоріями криміналістики, криміналістичної реєстрації, оперативно-розшукової діяльності, судової експертизи та інформатики.

Література:

1. Васильев А.Н. Предмет, система и теоретические основы криминалистики / А.Н. Васильев, Н.П. Яблоков. – М., 1984. – 87 с.
2. Винберг А.И. Судебная экспертология (общетеоретические и методологические проблемы судебной экспертизы) / А.И. Винберг, Н.Т.Малаховская. – Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1979. – 183 с.
3. Белкин Р.С. Криминалистика : проблемы, тенденции, перспективы. От теории – к практике / Р.С. Белкин. – М., 1988. – 304 с.
4. Белкин Р.С. Курс советской криминалистики. Т. 2. Частные криминалистические теории / Р.С. Белкин. – М., 1978. – 410 с.
5. Белкин Р.С. Курс советской криминалистики. Т. 3. Криминалистические средства, приемы и рекомендации / Р.С. Белкин. – М., 1979. – 409 с.
6. Лук’яничков Є.Д. Методологічні засади інформаційного забезпечення розслідування злочинів: Монографія / Є.Д. Лук’янович. – К.: Нац. акад. внутр. справ України, 2005. – 360 с.
7. Лук’яничков Є.Д. О соотношении криминалистической и оперативно-тактической характеристик преступления / Е.Д. Лук’яничков // Вісник Луганської академії внутрішніх справ. – 2003. – Вип.2. – С. 185–193.
8. Сучасний словник іншомовних слів : близько 20 тис. слів і словосполучень / НАН України. Ін-т мовознавства ім. О.О. Потебні. Уклад. О.І. Скопненко, Т.В. Цимбалюк. – Київ : «Довіра», 2006. – 789 с.

Комисарчук Р. В. Информационно-аналитическое обеспечение в процессе раскрытия преступной хозяйственной деятельности

Аннотация. Статья посвящена обоснованию основных положений информационно-аналитического обеспечения, направленного на повышение эффективности раскрытия хозяйственной преступной деятельности, поскольку сегодня хозяйственная сфера потребовала серьезного внимания к разработке стратегии и тактики противодействия организованной преступной деятельности, которая представляет реальную угрозу национальной экономической безопасности Украины.

Ключевые слова: раскрытие преступления, информационно-аналитическое обеспечение расследования, хозяйственные преступления, технология преступной хозяйственной деятельности, технология расследования.

Комисарчук R. Information and analytical support in the process of opening a criminal economic activities

Summary. The article is devoted to substantiation of the main provisions of information and analytical support aimed at improving the efficiency of disclosure of economic crime, because today economic area requires serious attention to the development of strategies and tactics of combating organized crime, which represents a real threat to national economic security of Ukraine.

Key words: crime, information and analytical support for the investigation, economic crime, criminal economic activity technology, technology investigate organized criminal activities.

Піцик Ю. М.,
секретар

Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів

АНАЛІЗ ОСОБИСТОСТІ КІБЕРЗЛОЧИНЦЯ, ЯКИЙ ВЧИНЯЄ ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ У КІБЕРПРОСТОРИ

Анотація. В статті надано характеристику особистості кіберзлочинця. Виявлено, описано та проаналізовано соціально-демографічні, кримінально-правові та морально-психологічні риси осіб, засуджених за вчинення кіберзлочинів. Зроблено висновок про те, що заходи протидії кіберзлочинності повністю втрачають свій сенс без урахування особливостей особистості конкретного правопорушника. Виявлення сталих та найпоширеніших рис комп'ютерного злочинця дасть можливість обрати найбільш ефективні способи попередження нових злочинних проявів як з боку конкретної особи, так і з боку невизначеного кола осіб на яких ці заходи спрямовуються.

Ключові слова: кіберзлочинність, кіберзлочинець, особистість злочинця, ознаки кіберзлочинця, мотивація кіберзлочинця.

Постановка проблеми. На сучасному етапі розвитку суспільства та в умовах стрімкого поширення комп'ютеризації у всіх сферах життєдіяльності, інформаційно-телекомунікаційні мережі виступають засобом вчинення злочинів, що охоплюються загальним поняттям кіберзлочинності. Внаслідок цього особлива увага повинна приділятися особистості кіберзлочинця, що і обумовлює актуальність надання її кримінологічної характеристики [1, с. 1].

У той же час доцільно вказати на збільшення кількості злочинів проти власності, які вчиняються у кіберпросторі та поширення таких злочинів у світі, зокрема й злочинців, які мають українське коріння. Зокрема, як повідомила «Німецька хвиля» з посиланням на міністерство юстиції США, у 2017 році американські правоохоронці припинили діяльність злочинного угруповання InFraud, яке у 2010 році створив українець Святослав Бондаренко. Так, група кіберзлочинців діяла під гаслом «In Fraud We Trust», тобто «Ми віримо в шахрайство». Зловмисники створили розгалужену й добре організовану мережу, що протизаконним шляхом отримувала особисті дані інтернет-користувачів, у тому числі ті, що надавали доступ до банківських та електронних рахунків. Як вважають слідчі, члени угруповання намагалися отримати дані про 4,3 мільйона кредитних карток та банківських рахунків.

За час існування угруповання злочинці завдали своїми діями збитків на понад 530 мільйонів доларів, наголосили в міністерстві юстиції США. Наразі слідчі вважають причетними до злочинного угруповання загалом 36 осіб. 13 членів кібербанди вже заарештували. Арешти проводилися в США, Австралії, Великобританії, Франції, Італії, Косові, Сербії та Албанії, зазначається в повідомленні [2].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблему кіберзлочинності на теренах України та у зарубіжній науці досліджували такі автори, як В. Дзюндзюк, Б. Дзюндзюк, М. МакГуайр, С. Даулінг, С. Фафінські та ін.

Побудувати портрет комп'ютерного злочинця пробували багато вітчизняні вчені, але єдиної точки зору немає, що пов'я-

зано з різноманітністю кіберзлочинності, тому метою статті є проведення аналізу та надання кримінологічної характеристики особистості кіберзлочинця, який вчиняє злочини проти власності у кіберпросторі.

Виклад основного матеріалу дослідження. При визначенні структури особистості злочинця, кримінологи виділяють різні ознаки, які можна об'єднати в такі групи: соціально-демографічні, кримінально-правові та морально-психологічні ознаки [3, с. 10]. Соціально-демографічні ознаки дають інтегроване уявлення про особу злочинця та допомагають встановити її функціональний зв'язок із вчиненням злочином, розкривають характеристику соціального статусу і свідчать про його вплив на злочинця [4, с. 89].

Аналіз спеціальної літератури показав, що злочини у сфері використання комп'ютерної техніки та інформаційно-телекомунікаційних мереж вчиняють переважно чоловіки (87,5 %), на жінок припадає лише 12,5 %. Що стосується вікових груп, то аналіз їх розподілу за рівнем кримінальної активності показав, що найбільш активною є група осіб віком від 30 до 50 років, частка якої становить 36,2 % засуджених, на другому місці група осіб віком від 18 до 25 років (34,3 %), на третьому – особи віком від 25 до 30 років (23,1 %), на останньому – особи віком від 16 до 18 років (1,1 %). Наведені дані в цілому співпадають зі світовою практикою. Зокрема, проведені дослідження в Австралії, Канаді, Німеччині, США вказують на те, що найбільш активний віковий період в якому вчиняються комп'ютерні злочини становить вік від 15 до 35 років [5, с. 9].

Характеристика особистості злочинця, здатного вчинити кіберзлочини проти власності, є важливою частиною розуміння самого явища кіберзлочинності. Отримані дані допоможуть виділити приблизне коло осіб, які потребують додаткового контролю з боку правоохоронних органів, що полегшить пошук винних і попередження нових злочинів проти власності, які вчиняються у кіберпросторі. Дане дослідження представляє особливий інтерес, якщо врахувати, що Європол опублікував звіт «Оцінка загрози організованої злочинності в ЄС», в якому кіберзлочинці з країн пострадянського простору займають перше місце в Європі за кількістю вихідних комп'ютерних атак [6].

Оскільки в кіберпросторі існує можливість вчинення різних злочинів проти власності, що вимагають наявності різних навичок і знань, то і кіберзлочинців ділять на різні групи, тому що вони мають різні особистісні характеристики. Так, виділяють:

- 1) корисливих злочинців;
- 2) осіб які вчинили кіберзлочини проти власності через недбалість;
- 3) хакерів;
- 4) кракерів (комп'ютерних хуліганів) тощо [7, с. 27–30].

Окрім дослідники ділять осіб, які вчинили кіберзлочини, на три групи:

- 1) «фанатики» – особи, відмінною рисою яких є стійке поєднання професіоналізму в сфері комп'ютерної техніки і програмування з елементами фанатизму (хакери);

2) «психічно хворі» – особи, які страждають на такі психічні захворювання, як інформаційна хвороба або комп'ютерна фобія;

3) «профі» – професійні комп'ютерні злочинці з яскраво вираженими корисливими цілями [8, с. 30].

Аналізуючи таке розмаїття видів кіберзлочинців, можна виявити одну особливість: майже всі вчені так чи інакше виділяють дві самостійні групи кіберзлочинців: хакерів і корисливих злочинців. Якщо врахувати, що ці дві групи одна одну не виключають, то серед корисливих кіберзлочинців можна зустріти як хакерів, так і звичайних користюльців-шахраїв. Також серед хакерів можна зустріти як корисливих хакерів, так і навпаки, некорисливих (наприклад, рухомих хуліганськими мотивами).

Вбачається, що доцільно проаналізувати особистість саме корисливого кіберзлочинця, оскільки переважна більшість кіберзлочинців проти власності – корисливі.

Впершу чергу треба з'ясувати вікові характеристики такого злочинця. При порівнянні даних про вік кіберзлочинця з даними про вік злочинця, що вчиняє аналогічні злочини без використання комп'ютера і кіберпростору, виявляється своя специфіка. Так, якщо середній вік шахрая, який вчиняє злочин в матеріальному світі (без допомоги комп'ютерної техніки), коливається від 23 до 39 років, то середній вік кібершахрая варіюється від 18 до 26 років. При цьому якщо частка неповнолітніх, які вчиняють кіберзлочини проти власності, становить 30%, то в матеріальному світі біля 10%. Зокрема, в структурі злочинності неповнолітніх домінують злочини проти власності, які складають 81 % всіх злочинів неповнолітніх, що підкреслює її переважно корисливу спрямованість. Серед них переважають крадіжки – 67 %, грабежі – 9 %, шахрайства і розбої – близько 2 %.

Також при порівнянні даних про вік кіберзлочинця з початку 2000-х років до сьогодні простежується тенденція щодо омолодження кіберзлочинця: якщо середній вік у 2002 році становив приблизно 30 років, то сьогодні – тільки 24 роки. Така тенденція дуже небезпечна, оскільки може привести до того, що середній вік кіберзлочинця знизиться нижче планки повноліття, і кіберзлочинність стане ювенальною.

Звісно ж омолодження особистості кіберзлочинця пов'язано з омолодженням особистості користувача мережі «Інтернет». Як вірно вказується в спеціальній літературі, найбільш активна у оволодінні мережею Інтернет є молодь, яка складає 48% від усіх користувачів [9, с. 4]. Середній вік користувачів мережі «Інтернет» у 2004–2006 роках становив 30 років, а сьогодні знаходиться на позначці від 14 до 24 років.

Таким чином проведений аналіз показав, що вік кіберзлочинця коливається від 15 до 45 років, а соціальне становище в суспільстві – від школяра і студента до відповідального співробітника державної установи або фірми.

Певні зміни виявляються при порівнянні даних про стать злочинця, що вчиняє кіберзлочини проти власності, з даними про злочинців, які вчиняють аналогічні злочини в матеріальному світі. Так, якщо співвідношення чоловік / жінка в традиційних злочинах становить 70% на 30%, то в кіберзлочини частка чоловіків-злочинців становить вже 97%, а жінок – лише 3%. За статистичними даними більшість кіберзлочинців проти власності (79%) – це шахрайства, які, як правило, вчиняються чоловіками (94%) і лише в рідкісних випадках жінками (6%). У той же час якщо взяти інший, менш поширений з кіберзлочинів, наприклад, привласнення і розтрату, то частка чоловіків серед загального числа злочинців знизиться до 50% [1, с. 5].

Як правило, кіберзлочини вчиняються особами, які офіційно не перебувають у шлюбі. Кількість неодружених осіб із загального числа кіберзлочинців становить 70%, в той час як одружених – 30%. Дане співвідношення справедливо для злочинців, які вчиняють як злочини проти власності, так і злочини в сфері економічної діяльності. Звісно ж, що це пов'язано в першу чергу з середнім віком кіберзлочинця, а також з певними суб'єктивними факторами: сімейні люди рідше вчиняють злочини, ніж самотні, побоюючись, що це негативно позначиться на їх близьких.

Аналізуючи судову практику у справах про злочини, що вчиняються з використанням високих технологій та кіберпростору, можна прийти до висновку, що дана група злочинів відноситься до групи високоінтелектуальних злочинів. Майже третина (28%) всіх кіберзлочинців мають вищу освіту. При цьому 14% кіберзлочинців мають незакінчену вищу освіту. У більшості випадків на момент вчинення злочину вони були студентами вищих навчальних закладів. 32% кіберзлочинців мають середню спеціальну освіту, 21,5% – середню загальну і лише 4,5% – неповну середню освіту. Досить великий відсоток осіб, що мають технічні спеціальності «Прикладна інформатика», «Інформаційні системи і технології», «Програмна інженерія», «Інформаційна безпека» тощо, – приблизно 33%. Кіберзлочинці саме цієї групи часто використовують шкідливі програми і віруси. Вони знають принципи роботи інформаційно-телекомунікаційних мереж, знають їх уразливості тому й користуються цим [1, с. 6]. Зокрема 38,2% злочинців, які вчиняли злочини в мережі Інтернет, мали вищу освіту або навчалися у вищих навчальних закладах, 25,7% з яких – на технічних спеціальностях. 39,3% кіберзлочинців – це учні вищих навчальних закладів або технікумів. 78% кіберзлочинців мають вищу освіту.

Як показує судова практика, 51% осіб, які вчинили кіберзлочини, не мають постійного місця роботи. Як правило, згадані особи вчиняють шахрайства. Серед решти 49% більшу частину займають менеджери нижчої та середньої ланки, рідше зустрічаються посадові особи і програмісти. 31,3% осіб, які вчинили злочини в мережі «Інтернет», мали постійне місце роботи.

Як правило, кіберзлочини проти власності вчиняються в великих містах. Звісно ж, що це пов'язано з рядом факторів: по-перше, в великих містах розвинені інформаційно-телекомунікаційні технології та є доступ до безлімітного «Інтернету»; по-друге, в таких містах більше населення, що безпосередньо позначається на статистиці. Однак у судовій практиці зустрічалися випадки вчинення кіберзлочинів в невеликих селищах, селах, в яких також було проведено «Інтернет».

З аналізу судової практики видно, що 78% осіб, визнаних винними у вчиненні кіберзлочинів, раніше не притягувалися до кримінальної відповідальності, а лише 22% мали непогашену чи не зняту судимість. При цьому приблизно 50% з них мали судимість за вчинення злочинів проти власності, 33% мали судимість за злочини у сфері комп'ютерної інформації, а решта 16% мали судимість за інші злочини [1, с. 7].

Висновки. Підводячи певні підсумки доцільно вказати, що при вивченні особистості кіберзлочинця потрібно зосередитися на його мотивації. Для більшості злочинів проти власності, які вчиняються у кіберпросторі метою є заволодіння чужим майном. Проте, сюди можна віднести і користь, і помсту, і потребу у самоствердженні тощо. Досліджуючи мотивацію кіберзлочинців, необхідно використовувати усталені поняття, а не шукати якихось специфічних мотивів. Слід наголосити на тому, що особливість кіберзлочинності більшою мірою полягає не в мотивах вчинення злочинів, а в особливостях їх реалізації,

обумовлених специфікою середовища та засобів їх вчинення. Однак, не можна недооцінювати мотив даного виду злочину, оскільки його правильне встановлення дозволить не лише уникнути помилок при кваліфікації, а й успішно реалізувати принципи справедливості та невідворотності покарання.

Проведений аналіз особистості кіберзлочинця дає підстави скласти кримінологічний портрет особи, що вчиняє злочини проти власності у кіберпросторі, це: чоловік, який має середній вік 24 роки, раніше не судимий, неодружений, не має постійного місця роботи, житель великого міста, з розвинутою інформаційно-телекомунікаційною інфраструктурою, випускник або учень вищого навчального закладу, має високий навик роботи з комп'ютерною технікою, інформаційно-телекомунікаційними мережами і (або) шкідливим програмним забезпеченням, усвідомлює протиправність своїх дій і рухливий корисливим мотивом.

Відповідно, нами вбачається за доцільне виділити два основних типи кіберзлочинців, які вчиняють злочини проти власності у кіберпросторі:

1. Перший тип (традиційні кіберзлочинці), тобто особи, які вчиняють традиційні злочини (шахрайство, привласнення, розтрату, вимагання) з використанням загальнодоступних ресурсів і можливостей кіберпростору (таких як електронна пошта або соціальні мережі).

2. Другий тип (хакери), тобто особи, які вчиняють кіберзлочини проти власності за допомогою неправомірного доступу до комп'ютерної інформації або з використанням шкідливого програмного забезпечення в кіберпросторі (вірусів, троянських програм, DDoS-програм тощо).

Пропоновані типи кіберзлочинців багато в чому відрізняються один від одного. Так, кіберзлочинці першого типу, як правило, старші і досвідченіші хакерів – саме в цій групі кіберзлочинців найбільша кількість осіб, які мають судимість. Хакери, навпаки, як правило, молодше і є випускниками або учнями вищих навчальних закладів технічного спрямування або спеціальних технікумів і коледжів.

Кіберзлочинці першого типу вчиняють традиційні злочини, тобто ті, які вчиняються і без використання кіберпростору (шахрайства, вимагання). Такі кіберзлочинці при вчиненні злочинів не використовують складні шкідливі програми і віруси, а користуються можливостями кіберпростору, які є в загальному доступі: шахрайство шляхом обману вони вчиняють за допомогою соціальних мереж, вимагання – через електронну пошту і так далі. Кіберзлочинці другого типу при вчиненні злочинів користуються технічними можливостями кіберпростору, «зламують» електронні поштові скриньки, мобільні телефони, банківські онлайн-рахунки та електронні гаманці. Такі кіберзлочинці добре розбираються в складних комп'ютерних програмах, знають принципи роботи інформаційно-телекомунікаційних мереж і вміють «користуватися» вірусами і іншим шкідливим програмним забезпеченням.

Таким чином підсумовуючи, можна зробити висновок про те, що заходи протидії кіберзлочинності повністю втрачають свій сенс без урахування особливостей особистості конкретного злочинця. Виявлення сталих та найпоширеніших рис кіберзлочинця дасть можливість обрати найбільш ефективні способи попередження нових злочинних проявів як з боку конкретної особи, так і з боку невизначеного кола осіб на які ці заходи спрямовуються.

Література:

1. Кравцова М. О. Сучасний кіберзлочинець: кримінологічна характеристика особистості / М.О. Кравцова. – Х., 2015. – 8 с.
2. У США викрили створену українцем міжнародну мережу кіберзлочинців [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zaxid.net/u_ssha_vikrili_stvorenu_ukrayintsem_mizhnarodnu_merezhu_kiberzlochintsiv_n1448553.
3. Голина В.В. Попередження тяжких насильницьких злочинів проти життя, здоров'я особи / В.В. Голина. – Х.: Рубікон, 1997. – 52 с.
4. Коган В.М. Значение социально-демографических факторов для изучения причин преступности / В.М. Коган // Вопросы борьбы с преступностью. – 1975. – Вып. 22. – С. 88–94 с.
5. Біленчук П.Д. Портрет комп'ютерного злочинця: навч. посібник / П.Д. Біленчук, О.І.Котляревський. – К.: 1997. – 48 с.
6. Socta 2013. EU Serious and Organised Crime Threat Assessment. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/socta2013.pdf>.
7. Батурич Ю.М. Право и политика в компьютерном круге. М., – 1987. – С. 27–34.
8. Вехов В.Б. Компьютерные преступления: способы совершения, методики расследования. М., – 1996. – С. 31–36.
9. Гузеева О.С. Предупреждение размещения информации, способствующей распространению наркотических средств, в российском сегменте сети Интернет (криминологические и уголовно-правовые проблемы). автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., – 2008. – С. 4.

Пицик Ю. М. Анализ личности киберпреступника, совершающего преступления против собственности в киберпространстве

Аннотация. В статье охарактеризованы личности киберпреступников. Выявлено, описано и проанализировано социально-демографические, уголовно-правовые и морально-психологические черты лиц, осужденных за совершение киберпреступлений. Сделан вывод о том, что меры противодействия киберпреступности полностью теряют свой смысл без учета особенностей личности конкретного правонарушителя. Выявление устойчивых и распространенных черт компьютерного преступника даст возможность выбрать наиболее эффективные способы предупреждения новых преступных проявлений как со стороны конкретного лица, так и со стороны неопределенного круга лиц на которых эти мероприятия направлены.

Ключевые слова: киберпреступность, киберпреступник, личность преступника, признаки киберпреступника, мотивация киберпреступников.

Pitsyk Yu. Analysis of the identity of cybercriminals who commit crimes against property in cyberspace

Summary. The characteristic personality cybercriminal. Identified, described and analyzed sociodemographic, criminal and moral-psychological characteristics of persons convicted of committing cybercrimes. It is concluded that measures to combat cybercrime completely lose their meaning without taking into account the personality characteristics of a particular offender. Identifying the persistent and most common features of a computer offender will enable you to choose the most effective ways of preventing new criminal manifestations both from a particular person and from an uncertain range of people on whom these measures are directed.

Key words: cybercrime, cybercriminal, identity of the offender, characteristics of cybercriminal, motivation of cybercriminal.

*Волохова К. В.,**аспірант кафедри кримінального права, процесу та криміналістики
ПВНЗ «Європейський університет»*

ДО ПИТАННЯ ПРИЙНЯТТЯ РІШЕННЯ СУДОМ ПРИСЯЖНИХ

Анотація. Стаття присвячена розгляду правових та організаційних аспектів прийняття рішення судом присяжних у нарадчій кімнаті.

Ключові слова: суд присяжних, кримінальне провадження, судові рішення, нарадча кімната, професійні судді.

Постановка проблеми. Участь представників народу у здійсненні правосуддя гарантується Конституцією і законами України та є формою реалізації влади народу у здійсненні найважливішого виду державної діяльності – судочинства. Тому залучення громадян до правосуддя завжди було притаманне демократичній державі. Одним із основних їх повноважень є вирішення подальшої долі особи, що супроводжується прийняттям судового рішення спільно з професійними суддями. На практиці виникає питання про їх професійність, адже визначення міри покарання потребує спеціальних знань. Сам тому є актуальним порядок прийняття судового рішення присяжними у нарадчій кімнаті.

Аналіз останніх досліджень. Дослідження здійснене на основі праць В.Т. Маляренка, О.В. Капліної, Н.О. Турмана, Л.Р. Шувальської та інших науковців.

Мета статті. Метою дослідження є вивчення правових особливостей вирішення питань та прийняття судового рішення судом присяжних у нарадчій кімнаті.

Виклад основного матеріалу дослідження. Порядок ухвалення судового рішення присяжними регламентується ст. 391 Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України. Відповідно до нього нарадою керує головуючий, який послідовно ставить питання, проводить відкрите засідання і веде підрахунок голосів [1]. Тобто він спрямовує кримінальне провадження, маючи організаційно-розпорядчі повноваження. Головуючий повинен діяти від імені всього суду і за його згодою.

Рішення щодо поставлених питань приймається в нарадчій кімнаті тільки складом колегії присяжних простою більшістю. Присутність у нарадчій кімнаті інших осіб, зокрема запасних присяжних, порушує правило про таємницю наради суддів і є підставою для скасування вироку, постановленого судом за участю присяжних. Також вони не можуть розголошувати судження, висловлені під час наради.

Практикою вироблена така процедура наради суду присяжних, яка гарантує формування істинного й обґрунтованого колективного рішення суду.

Нарада суду присяжних починається із з'ясування головуючим думок присяжних. Вислухавши їх, голова суду висловлює власне переконання щодо вирішуваних питань. Якщо виявиться, що особисті думки, переконання кожного присяжного за своїм змістом збігаються, то колективна думка, переконання суду формуються в процесі їх виявлення. У такому разі нарада протікає в установленому кримінальним процесуальним законом порядку і складається з двох частин: спочатку ставляться питання і вислуховуються відповіді присяжних-суддів, тобто формується колективне переконання, а потім ухвалюється рішення на основі цього переконання [2, с. 526].

Іншого характеру набуває нарада суду присяжних, коли думки присяжних розділяються. У такому разі встановлений кримінальним процесуальним законом порядок наради суддів не завжди може сприяти встановленню істини. Склад суду присяжних занадто малий за кількістю, щоб нехтувати думкою кожного присяжного-судді, який залишився в меншості. Зазвичай, у таких випадках організується широке обговорення питання і тих обставин справи, які впливають на його вирішення. Мета цього обговорення полягає у виробленні у всіх присяжних повного однакового розуміння фактів і явищ об'єктивної дійсності, які досліджувалися під час розгляду кримінального провадження у судовому засіданні.

У процесі встановлення розбіжностей у думках, насамперед, виявляються ті докази, на підставі яких формувалися у присяжних особисті переконання. Головуючий пропонує кожному присяжному обґрунтувати свої висновки дослідженими доказами, а потім робить це сам. Кожен з учасників наради викладає ті висновки, на підставі яких у нього склалося переконання в істинності запропонованого ним рішення з цього питання. Оцінюючи накопичені знання заново, присяжні аналізують не тільки переконання одного учасника, а й усього складу суду.

Під час прийняття рішення у нарадчій кімнаті суд присяжних і професійні судді повинні взаємно контролювати один одного, тим самим зменшуючи свавілля й можливі судові помилки [3, с. 526]. Після того, як буде ретельно оцінено кожний доказ, присяжні переходять до їх оцінки. Це дає можливість виявити конкретні відмінності в оцінках окремих доказів або їх сукупності [2, с. 527].

Під час виявлення протиріччя у змісті переконань окремих присяжних з'являється необхідність одним переконувати інших у правоті своїх поглядів, захищати, відстоювати і доводити істинність своїх переконань, спростовувати ті погляди і думки, які вважаються помилковими. Уміння переконливо доводити необхідний причинно-наслідковий зв'язок фактів, обставин є надзвичайно важливим і необхідним для кожного присяжного. До доведення присяжний вдається тоді, коли інші члени суду не погоджуються з його точкою зору.

Зазначимо, що під час наради суду присяжних під час дослідження доказів присяжні орієнтуються, насамперед, на його думку у справі, а засада змагальності не дає судді формального права цю думку виражати. На думку В.Т. Маляренка, через кількість присяжних підвищується можливість неупередженого прийняття рішення, оскільки вірогідність того, що всі присяжні поставляться до обвинуваченого однаково позитивно або негативно, є досить незначною [4, с. 650–700].

Головною помилкою професійних суддів є спроба примусити присяжних міркувати подібно до себе, оскільки це є певним елементом психологічного тиску на них. Необхідно долати свою «впевненість про винуватість» обвинуваченого, якщо вона виникла під впливом попереднього професійного досвіду, емоцій або інших причин. Обговорення у нарадчій кімнаті судом присяжних спірних обставин кримінального провадження та вироблення колективного переконання свідчить про те,

що у всього складу суду присяжних або у його більшості склалися певне ставлення до істинності досліджених обставин кримінального провадження, яке веде до винесення справедливого судового рішення.

Слід зазначити, що частина 3 ст. 391 КПК України містить вимогу: ніхто зі складу суду присяжних не має права утриматися від голосування, крім одного випадку. Йдеться про вирішення питання щодо міри покарання, а суддя чи присяжний голосував за виправдання обвинуваченого. У цьому разі голос того, хто утримався, додається до голосів, поданих за найсприятливіше рішення для обвинуваченого. Під час виникнення розбіжностей щодо того, яке рішення для обвинуваченого є більш сприятливим, питання вирішується шляхом голосування [1].

Отже, зважаючи на норми чинного законодавства, присяжні приймають рішення і про винуватість особи, і про міру покарання. Проте їм дозволено утриматися від голосування про міру покарання, в результаті чого їх голос буде зарахований за найсприятливіше рішення для обвинуваченого.

Слід зазначити, що практика зарубіжних країн свідчить про інше. Так, у США відразу після того, як обидві сторони завершили подання доказів у відповідних справах, присяжні спочатку обговорюють питання без присутності судді. У кримінальних справах на федеральному рівні обвинувальний вирок вимагає одностайності присяжних. До того ж на цьому етапі суд присяжних лише вирішує питання вини. Винесення вироку є окремою процедурою. Коли обвинувачений у кримінальних справах не задоволений вирок суду присяжних, він може подати апеляцію до Верховного Суду. Проте в континентальній Європі судді обдумують вердикт і голос кожного непрофесійного судді має таку ж силу, як і голос професійного. Одностайність не вимагається, і вердикт щодо вини включає судові рішення у справі [5].

Вважаємо, що вирішення питання міри покарання більшою мірою відповідає повноваженням професійного судді, адже він, маючи відповідну освіту та досвід роботи, зможе винести справедливий вирок з конкретного кримінального провадження. Питання вини повинно бути обговорено присяжними перед прийняттям рішення про міру покарання. Тому, запозичивши досвід США, пропонуємо внести зміни до ч. 3 ст. 391 КПК України, виклавши її в такій редакції: «Ніхто зі складу суду присяжних не має права утриматися від голосування щодо винуватості особи. Питання про міру покарання вирішує головуючий. Присяжні можуть висловити свою думку щодо покарання, яку головуючий має право взяти до уваги».

Присяжні в процесі обговорення поставлених перед ними питань повинні прагнути до прийняття одностайних рішень. Кожен із складу суду присяжних має право викласти письмово окрему думку. Вона не оголошується на судовому засіданні, а приєднується до матеріалів провадження і є відкритою для ознайомлення.

Окрема думка є гарантом реалізації рівності, незалежності, верховенства права та об'єктивної правової позиції суду. У регламенті Європейського суду з прав людини (прав. 74 пар. 2) зазначено: «Будь-який суддя, що брав участь у розгляді справи, має право додати до рішення або свою окрему думку, що збігається чи розходиться з рішенням, або просто констатацію своєї незгоди». Така норма є актуальною і для України, оскільки безпосередньо кореспондується з гл. 4 Закону України

від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», норми якого зобов'язують державу в процесі розгляду справ застосовувати Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р., практику Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини [6, с. 190–195].

Головуючий зобов'язаний надати допомогу присяжним у складенні судового рішення, коли серед більшості складу суду, яка ухвалила рішення, відсутні професійні судді.

Висновки. Прийняття рішення у нарадчій кімнаті судом присяжних є завершальним етапом судового розгляду у кримінальних провадженнях особливо тяжких злочинів. Саме тому важливість прийняття правильного і справедливого рішення є основним обов'язком вершителей закону.

Під час аналізу норм чинного законодавства ми дійшли висновку, що присяжні повинні вирішувати питання факту. Питання права мають вирішувати професійні судді, які мають досвід роботи і, ймовірно, більші можливості прийняти правильне рішення.

Література:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI / База даних «Законодавство України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651%D0%B017/print1329932-924471646>.
2. Шувальська Л.Р. Психологічна діяльність суду присяжних в нарадчій кімнаті / Л.Р. Шувальська // Матеріали наукової конференції: «Антропосоціокультурна природа права» (25–27 травня 2016 року). – Чернівці, 2016 р. – С. 525–531.
3. Турман Н.О. Специфіка здійснення судового розгляду за участю присяжних / Н.О. Турман // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.), В.М. Дрьомін (заст. голов. ред.) Ю.П. Алєнін [та ін.] ; МОН України; НУ ОЮА. – Одеса : Юрид. л-ра, 2014. – Вип. 73. – С. 522–527.
4. Маляренко В.Т. Кримінальний процес України : [підручник] / В.Т. Маляренко, Є.Г. Коваленко. – 2-е вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 712 с.
5. Богдан А. Футей. Роль суду присяжних у США та Україні / А. Богдан Футей // Офіційний сайт «Юрінком Інтер» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://yuricom.com/ua/legal_practice/analitichna_yurysprudentsiia/rol_sudu_prysiaznykh_u_sshi_ta_ukraini-publication.
6. Капліна О.В. Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права : [монографія] / О.В. Капліна. – Х. : Право, 2008. – 296 с.

Волохова К. В. К вопросу принятия решения судом присяжных

Аннотация. Статья посвящена рассмотрению правовых и организационных аспектов принятия решения судом присяжных в совещательной комнате.

Ключевые слова: суд присяжных, уголовное производство, судебное решение, совещательная комната, профессиональные судьи.

Volokhova K. To a question of decision-making by jury Summary. Article is devoted to consideration of legal and organizational aspects of decision-making by jury in the consultative room.

Key words: jury, criminal proceeding, judgment, consultative room, professional judges.

Павлишин Б. О.,
аспірант

Академії адвокатури України

ПРОБЛЕМИ ЕКСПЕРТНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ВБИВСТВ

Анотація. У статті розкриваються особливості проведення нових видів судових експертиз за кримінальними провадженнями про вбивства. Розглянуті можливості проведення судово-медичної експертизи біологічних виділень людини й фоно- та відеофоноскопичної експертизи голосу людини.

Ключові слова: експертне забезпечення, розслідування вбивств, судова експертиза, судово-медична експертиза біологічних виділень людини, фоноскопична та відеофоноскопична експертиза.

Постановка проблеми. Аналіз криміногенної ситуації в Україні свідчить, що злочини, які посягають на життя й здоров'я, залишаються однією з найгостріших проблем у сфері боротьби зі злочинністю. Сьогодні фіксується зростання кількості вбивств узагалі та вбивств за обтяжуючих обставин зокрема. Це пов'язано насамперед з економічною кризою, падінням виробництва, різким зниженням життєвого рівня широких верств населення. У злочинну діяльність втягується все більше молоді, зростає рецидивна злочинність. Наслідками військових дій на Сході країни є безконтрольний витік із зони АТО вогнепальної зброї, боєприпасів, вибухових пристроїв, які, на жаль, знаходять своїх жертв. Водночас ті ж події формують в окремих осіб певні психологічні настанови, що орієнтують на зневажливе ставлення до життя (як власного, так і сторонніх людей). Своєрідність злочинів проти життя особи, зокрема вбивств, динамізм їх учинення, різноманітність обставин злочинів, способів їх учинення, мета й мотиви зумовлюють необхідність наукового дослідження та розроблення рекомендацій із досудового розслідування вказаних категорій злочинів. Серед них пріоритетне місце посідає експертне забезпечення досудового розслідування таких злочинів, що надає можливість слідчим відшукувати в ситуаціях невизначеності та відсутності інформації найбільш вірогідні шляхи збирання доказів.

Вирішення завдань сучасного кримінального судочинства не обходиться без використання спеціальних знань у різноманітних формах і видах. Для створення доказової бази за такою категорією тяжких злочинів, як убивства, в Україні й в окремих зарубіжних країнах активно розвиваються криміналістичні й інші види судових експертиз. Загальні питання використання спеціальних знань у досудовому розслідуванні злочинів розглядалися в наукових працях відомих вітчизняних і зарубіжних науковців: Т.В. Авер'янової, В.Д. Арсеньева, Р.С. Белкіна, В.Ф. Берзіна, Т.В. Будко, А.І. Вінберга, В.Г. Гончаренка, І.В. Гори, Г.І. Грамовича, О.О.Зайцевої, Н.І. Клименко, В.К. Лисиченка, М.М. Лисова, Н.Т. Малаховської, Г.М. Надгормого, А.Я. Паліашвілі, І.Л. Петрухіна, І.В. Пирога, М.Я. Сегає, Е.Б. Сімакової-Сфремян, З.М. Соколовського, І.Я. Фрідмана, О.Р. Шляхова, М.Г. Щербаковського та багатьох інших. Неправильно було б стверджувати, що проблеми використання спеціальних знань і проведення експертних досліджень за кри-

мінальними провадженнями про вбивства не були предметом дослідження вчених у галузі криміналістики, теорії судової експертизи та практиків. У цьому сенсі особливе значення мають наукові дослідження К.Є. Дьоміна «Техніко-криміналістичне забезпечення розкриття й розслідування вбивств, учинених найманими особами» і В.І. Шелудченка «Проблеми техніко-криміналістичного забезпечення розслідування вбивств» [1; 2]. Розкриті ними питання важливі для загального розуміння сутності проблеми експертного забезпечення досудового розслідування вбивств, але це не вичерпує всього різноманіття питань, що мають недостатню визначеність і неналежне теоретичне обґрунтування для ефективного використання можливостей судової експертизи в досудовому розслідуванні вбивств. Більш глибокого дослідження потребують питання загальних особливостей нових видів судових експертиз, які призначаються в кримінальних провадженнях зазначеної категорії злочинів, доказового значення їх висновків.

Аналіз сучасної експертної практики фіксує наявність деяких організаційних і методичних проблем у призначенні й проведенні нових видів експертиз. Такий стан пояснюється низкою об'єктивних причин: якісні зміни сучасної злочинної діяльності призводять до появи нових засобів учинення вбивств, тобто незаниханих, не досліджених раніше слідів; у коло експертних досліджень входять нові галузі наукових знань, формуються нові види судових експертиз; розробляються нові й удосконалюються наявні методики експертних досліджень.

Мета статті полягає передусім у систематизації теоретичних здобутків у сфері експертного забезпечення діяльності з досудового розслідування вбивств, визначення нових видів судових експертиз, які призначаються для розслідування цієї категорії кримінальних правопорушень. Удосконалення процесу використання спеціальних знань під час досудового розслідування вбивств зумовлене необхідністю розроблення заходів із практичної реалізації концепції техніко-криміналістичного забезпечення розкриття, розслідування й попередження злочинів за умов, що відбулися значні зміни в реорганізації правоохоронних органів.

Виклад основного матеріалу дослідження. Необхідно зазначити, що в ході досудового розслідування вбивств неабияке значення мають професійні знання слідчого, який здійснює розслідування конкретного кримінального провадження. Проте цих знань не завжди буває достатньо для встановлення фактичних даних, потрібних для правильного вирішення кримінального провадження. Успішна боротьба з насильницькими злочинами, зокрема й убивствами, значною мірою залежить від розширення можливостей отримання доказової інформації в ході досудового розслідування. Серед низки процесуальних і непроцесуальних форм використання спеціальних знань виокремлюється основна процесуальна форма – судова експертиза. Потреба в її застосуванні виникає тоді, коли інші форми допомоги обізнаних осіб для розв'язання питань, що мають

значення в судочинстві, виявляються недостатніми. Вона значно розширює пізнавальні можливості процесуальної особи, дає змогу використовувати в досудовому розслідуванні вбивств весь арсенал сучасних можливостей науки. Тому вимоги сьогодення ставлять перед органами досудового розслідування завдання щодо впровадження в систему доказів дедалі більш широких сучасних можливостей судових експертиз.

Кожний злочин викликає різноманітні зміни в матеріальній обстановці й у предметі посягання. Типовими наслідками вбивства є сліди в широкому розумінні: відображення, речовини й сліди-предмети, залишені суб'єктом, його жертвою, іноді – іншими особами. Часто характерними є сліди взаємодії елементів (убивця, жертва, знаряддя та місце вбивства), які, впливаючи один на одного, утворюють специфічний слід, що дає змогу виявити в кожному елементі сліди інших елементів. На місці вбивства, окрім відображень зовнішньої будови одного об'єкта на іншому (папілярний узор, сліди взуття тощо), виявляють і сліди-речовини – невеликі об'єми рідини, твердої або газоподібної субстанції. Найбільш інформативними є відображення людини та її біологічні об'єкти; найчастіше це кров, частки епідермісу, нігтів, волосся і т. п.; виділення, зокрема потожирова речовина, запахові сліди, слина. До матеріальних утворень відносять і сліди-предмети, пов'язуючи їх виникнення, переміщення та зміну зі злочинном. Зазвичай учинення вбивства супроводжують характерні сліди, що свідчать про насильницьку смерть, інші факти. Окрім пошкоджень на трупі й одязі (ножові, вогнепальні пошкодження; сліди ін'єкцій і вплив інших знарядь і засобів, а також вогню, кислоти та ін.), виявляють сліди боротьби, знаряддя й засобів убивства, волосся, текстильні волокна, різноманітні речовини й сліди пальців рук, зубів, нігтів, взуття злочинця, зокрема й на предметах навколишньої обстановки. Отже, значна кількість слідів, зокрема біологічних, зосереджена на тілі, одязі трупа.

Сліди вбивства пропонують групувати на такі основні комплекси: сліди насильницької смерті на трупі або частинах розчленованого трупа (певні ушкодження залежно від способу вчинення вбивства, вхідні та вихідні вогнепальні отвори, сліди удушення шнурами, сліди опіків, сліди боротьби, мікрооб'єкти (волосся, кров, епітелій під нігтьовими пластинами, інші біологічні сліди вбивці, а також волокна з одягу злочинця, уламки керамічних, скляних виробів, які стали знаряддям злочину, паливно-мастильні матеріали та лакофарбові речовини тощо)); сліди на місці (місцевості) учинення злочину (зброя, гільзи, кулі, відбитки пальців рук, ніг, мікрооб'єкти, сліди транспортного засобу, сліди боротьби); сліди на місці приховання злочину (сліди волочиння трупа, сліди транспортного засобу, сліди крові потерпілого, залишені під час розчленування трупа) тощо; сліди на особі злочинця (сліди порохи та металізації в разі застосування вогнепальної зброї, сліди крові потерпілого, сліди боротьби, мікрооб'єкти) [3, с. 569–570].

Характер слідів, які виникають під час учинення вбивств, визначає види судових експертиз, для проведення яких залучають експерта за кримінальними провадженнями про вбивства. Під час розслідування вбивств може бути проведена будь-яка експертиза. Найчастіше призначають судово-медичні, судово-балістичні, експертизи холодної зброї, вибухотехнічні, біологічні експертизи зі слідами виділень людини, фоноскопічні та відеофоноскопічні, дактилоскопічні експертизи. Проте в досудовому розслідуванні вбивств далеко не повною мірою використовуються можливості нових видів судової експертизи. Застосування обмеженого виду експертиз, застарілі методики

експертних досліджень, незнання сучасних можливостей – усе це суттєво обмежує доказову базу. У нашому дослідженні ми розглянемо переважно можливості тих судових експертиз, які є новими для сучасної експертної практики.

Судово-медичному дослідженню підлягають насамперед трупи осіб, які загинули насильницькою смертю чи за наявності підозри на таку смерть. У цих випадках під насильницькою смертю розуміють смерть, що настала в результаті зовнішнього насильства, незалежно від того, ким або чим і за яких обставин таке насильство було заподіяне. Судово-медична експертиза передбачає зовнішнє й внутрішнє дослідження трупа, а також проведення додаткових лабораторних досліджень – гістологічних, токсикологічних, імунологічних, медико-криміналістичних тощо. У проведенні судово-медичної експертизи трупа бере участь не лише судово-медичний експерт, якому доручено проведення експертизи, а й низка інших спеціалістів, залучених ним за його власною ініціативою й без доручення слідчого: судово-медичний гістолог, який проводить мікроскопічні дослідження тих чи інших ознак впливу зовнішніх факторів (наприклад, нашарування на шкірі металу, кіптяви тощо), судовий хімік, який установлює наявність отруйних речовин в органах, тканинах, виділеннях людського організму. Порядок проведення експертизи повинен відповідати Правилам проведення судово-медичної експертизи (досліджень) трупів у бюро судово-медичної експертизи, що затверджені наказом МОЗ України від 17 січня 1995 р. № 6 [4, с. 434, 435].

Слідами злочинів, що залишаються на місці події, тілі й одязі учасників злочинного діяння, часто є об'єкти біологічного походження: волосся, кров, слина або їх фрагменти та ін. Наявність цих об'єктів зумовлена, насамперед, протиправними діями осіб, які заподіюють тілесні ушкодження різного ступеня тяжкості потерпілим під час учинення вбивств, а також активним опором жертви, боротьбою, яка часто супроводжується заподіянням ушкоджень зловмиснику. Поруч із розвитком нових форм і методів ідентифікації, наприклад, генної, дактилоскопічна ідентифікація продовжує посідати чільне місце в експертній практиці. За допомогою саме цього методу встановлюється лєвова частка осіб, причетних до вчинення злочинів. Досвід використання технологій білкового та молекулярно-генетичного дослідження в практиці роботи правоохоронних органів переконливо свідчить про те, що завдяки йому ефективність розслідування багатьох видів злочинів може бути суттєво підвищена. Ще недавно біологічна експертиза на службі судового процесу полягала в основному в дослідженні слідів крові, які аналізувалися на основі класифікації за її групами. Проте, як слушно підкреслює С.В. Петричук, збіг групи крові, статі, визначеної за слідами біологічного походження людини (крові, волосся, поту тощо) на зброї й інших речових доказах і зразках біологічного матеріалу людини, дає підстави робити висновки лише про можливу причетність конкретної підозрюваної особи до вчинення злочину [5, с. 46]. Результати такої експертизи були не надто важливими через низький рівень вірогідності. Вплив на криміналістику науково-технічного прогресу можна показати на прикладі виявлення феномена гібридизації носіїв генетичної інформації дезоксирибонуклеїнової й рибонуклеїнової кислот [6]. Ця методика дозволяє засвідчити факт присутності особи в певному місці, наявності контактів із певною особою чи встановити особу невідомої людини. Це пояснюється тим, що кожна клітина організму, починаючи з внутрішньоутробного періоду й до самої смерті, зберігає свій суворо незмінний вид індивідуальних елементів ДНК [7, с. 18]. Ученими дове-

дено, що в ДНК є індивідуальні ділянки, які слугують немов особистим знаком людини, тобто вони неповторні, у різних людей вони різні. Індивідуальні ділянки ДНК можуть стати безпомилковим маркером, що дозволяє відрізнити одну людину від іншої: досить мати для цього краплю крові, сперми, невеликий шматочок шкіри чи волосся. Використання генотипоскопії не залишає безкарними небезпечні злочини проти життя й здоров'я людини й водночас не дозволяє звинуватити помилково вказаного підозрюваного. Сучасні досягнення судово-медичної молекулярно-генетичної експертизи дають змогу одержувати інформацію про визначену особу за допомогою найрізноманітніших слідів біологічного походження (особливо під час учинення тяжких неочевидних злочинів проти людини), які часто виявляються на місці події й мають відношення до організму людини. За допомогою цього методу можна однозначно встановити джерело походження як крові, так і інших об'єктів біологічного походження, які мають відношення до організму людини, від конкретної особи [8, с. 36]. Можливості приладів дозволяють використовувати для дослідження ДНК мінімальну кількість біологічного матеріалу та встановлювати його якісний склад. За допомогою сучасних реагентів стало можливо досліджувати об'єкти із сильно зруйнованою ДНК (обгорілі кісткові фрагменти, одиначне волосся, сліди пальців рук, лупу, мікросліди сперми, слини та крові) [5, с. 46]. Про актуальність унікального методу ДНК-аналізу свідчить і те, що з його допомогою можна було б ефективніше розшукувати безвісно зниклих осіб, зокрема в зоні проведення АТО, установлювати особи невпізнаних трупів, ідентифікувати жертв авто- і авіакастраф [9, с. 80].

Перспективним напрямом для проведення експертного дослідження за кримінальними провадженнями про вбивства є розроблення методики діагностування генетично зумовлених захворювань людини за слідами поту та крові за допомогою ольфакторного методу. Методи ДНК-аналізу та біосенсорний ольфакторний метод дослідження поту й крові дають змогу провести ідентифікацію людини за слідами, які раніше вважалися непридатними для досліджень (мікросліди крові, змазані потожирові сліди рук на зброї тощо). Можливим є проведення діагностичного дослідження таких слідів для встановлення видової, статевої, вікової групи особи, що залишила сліди, а також для встановлення давності сліду [10]. Існують передумови для формування нового виду судово-біологічних досліджень – судово-ентомологічної експертизи, заснованої на ентомологічному дослідженні трупів для встановлення терміну настання смерті, місця вчинення злочину за наявністю й станом комах-некробіонтів. Судова ентомологія – це самостійна наукова дисципліна, що виникла на межі біології, судової медицини та криміналістики, яка вивчає закономірності утворення продуктів життєдіяльності комах на трупах та інших криміналістично значущих об'єктах.

Часто за матеріалами кримінальних проваджень про вбивства проводяться фоноскопичні та відеофоноскопичні експертизи. У межах експертних спеціальностей основними завданнями експертизи звуко- та відеозапису є: проведення технічної експертизи матеріалів і засобів звуко- та відеозапису; дослідження диктора за фізичними параметрами усного мовлення, акустичних сигналів і середовищ; лінгвістичне дослідження усного мовлення. Трапляються випадки, коли аудіо- та відеозаписи отримані з камер відеоспостереження, відеореєстраторів або з мобільних телефонів. Практика експертного дослідження таких матеріалів свідчить, що якість запису не завжди відпо-

відає необхідним вимогам проведення фоноскопичного, фонетичного й інших досліджень. Зазвичай магнітні записи мають обмежений обсяг корисного мовного матеріалу та відеоматеріалу, що записаний за несприятливих оперативних умов, зашумлений сторонніми джерелами звуків. Тому особливе значення має кваліфіковане експертне дослідження таких об'єктів. Практично всі питання, що стосуються дослідження звукової (мовної) інформації, яка записана на звуковій доріжці магнітної відеострічки, можуть бути вирішені в процесі фоноскопичного дослідження. Виняток складають завдання, притаманні саме відеозапису, що зумовлені його технічними особливостями й вирішуються лише під час спільного дослідження відео- й аудіосигналів, які зафіксовані на магнітній стрічці. Загальна методологія автоматизованого судово-експертного дослідження матеріалів і засобів цифрового звукозапису базується на оптимізації методів і засобів виявлення, виділення й аналізу комплексу індивідуальних ознак відповідно до вибраних критеріїв оцінки й особливостей об'єктів дослідження [11, с. 248–256]. Нині методологія автоматизованого експертного дослідження звукових чи відеофайлів цифрового запису як об'єкта криміналістичного дослідження побудована на застосуванні спеціалізованих програмно-апаратних засобів [12, с. 10].

Сучасний стан фоноскопичних і відеофонографічних досліджень дає змогу вирішити такі питання: установити джерело звуку (людина, технічний пристрій, агрегат, зброя тощо); ототожнити аудіо- та відеопристрої, на яких здійснювався запис звукових слідів; дешифрувати зміст нерозбірливої мови чи іншої звукової інформації; установити різні зміни, навмисно внесені або утворені внаслідок експлуатації фонограми (монтажу, перезапису, знищення запису); установити емоційний стан людини за її усною мовою за допомогою кількісних ознак спектральних вимірів; установити, на якій апаратурі виконана фонограма, що досліджується, є вона оригіналом або копією [13, с. 86]. Розвиток технологій експертного дослідження звуко- та відеозаписів, безперечно, має позитивний вплив на методи й засоби фоноскопичної та відеофоноскопичної експертизи. Необхідність переходу на якісно новий рівень судово-експертних технологій зумовлена викликами часу й зростаючими потребами кримінального судочинства.

Висновки. Установлення комплексу судових експертиз, які необхідно призначити в ході досудового розслідування вбивств, може орієнтувати слідчого вже на початковому етапі розслідування щодо майбутнього обсягу роботи у зв'язку з передбачуваною підготовкою матеріалів для таких експертиз. Сьогодні розроблені теоретичні та методологічні основи різних класів, родів і видів судових експертиз, викристалізувалися тепер уже класичні предметні та з'явилися нові види експертиз, які можуть бути призначені за кримінальними провадженнями щодо вбивств. Узагальнюючи викладене, необхідно відмітити, що інтенсивний розвиток судових експертиз і поява нових напрямів експертного дослідження в досудовому розслідуванні кримінальних проваджень відкриває широкий простір для окремих наукових пошуків, заснованих на практичному досвіді.

Література:

1. Демин К.Е. Технично-криминалистическое обеспечение раскрытия и расследования убийств, совершенных наемными лицами : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / К.Е. Демин. – М., 2001. – 201 с.
2. Шелудченко В.И. Проблемы технико-криминалистического обеспечения расследования убийств : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / В.И. Шелудченко. – Краснодар, 2002. – 25 с.
3. Благута Р.І. Криміналістика : [підручник] / Р.І. Благута, О.І. Гарасимів, О.М. Дуфенюк. – Львів : ЛьвДУВС, 2016. – 948 с.

4. Гора І.В. Судові експертизи у сфері медицини, фармацевтики та біоетики / І.В. Гора // Людина: медицина, фармацевтика, біоетика : [наукова монографія] / за ред. В.Г. Гончаренка. – К. : Юрінком Інтер, 2016. – С. 431–471.
5. Петричук С.В. Особливості призначення та проведення молекулярно-генетичних експертиз / С.В. Петричук // Сучасні криміналістичні експертизи в розслідуванні злочинів : матеріали круглого столу (Київ, 25 лютого 2015 р.). – К. : Нац. акад. внутр. справ, 2015. – С. 45–48.
6. Рысков А.П. Генная дактилоскопия / А.П. Рысков // Наука и жизнь. – 1988. – № 8. – С. 18–21.
7. Рогаев Е.И. ДНК ищет преступника / Е.И. Рогаев // Здоровье. – М., 1989. – № 2. – С. 18.
8. Ковалевська С.В. Значення використання генотипоскопії як виду спеціальних медичних знань під час розслідування злочинів / С.В. Ковалевська // Сучасні криміналістичні експертизи в розслідуванні злочинів : матеріали круглого столу. (Київ, 25 лютого 2015 р.). – К. : Нац. акад. внутр. справ, 2015. – С. 35–38.
9. Кривда Р.Г. Використання аналізу ДНК у судово-медичних експертизах / Р.Г. Кривда, Н.Е. Кожухова, Г.Ф. Кривда, та ін. – Одеса : ОДМУ, 2001. – 92 с.
10. Стегнова Т.В. Установление некоторых диагностических признаков человека по запаховым следам : методические рекомендации ЭКЦ МВД РФ / Т.В. Стегнова, К.Т. Сулимов, В.И. Старовойтов, В.В. Грищенко. – М., 1996. – 35 с.
11. Галяшина Е.И. Актуальные проблемы экспертизы цифровых фонограмм / Е.И. Галяшина // Теорія та практика судової експертизи й криміналістики : Зб. наук. праць. – Х. : Право, 2008. – Вип. 8. – С. 248–256.
12. Мазниченко Ю.О. Методологічні аспекти автоматизованого дослідження матеріалів і засобів цифрового звукозапису / Ю.О. Мазниченко // Сучасні криміналістичні експертизи в розслідуванні злочинів : матеріали круглого столу (Київ, 25 лютого 2015 р.). – К. : Нац. акад. внутр. справ, 2015. С. 9–14.
13. Ухаль А.М. Експертно-криміналістична служба: структура та діяльність : [навчальний посібник із методичними рекомендаціями] / А.М. Ухаль, А.П. Шеремет. – Ужгород : Госпрозрахунковий редакційно-видавничий відділ управління у справах преси та інформації, 2000. – 180 с.

Павлишин Б. А. Проблемы экспертного обеспечения досудебного расследования убийств

Аннотация. В статье раскрываются особенности проведения новых видов судебных экспертиз по уголовным производствам по убийствам. Рассмотрены возможности проведения судебно-медицинской экспертизы биологических выделений человека, а также фоно- и видеофоноскопической экспертизы голоса человека.

Ключевые слова: экспертное обеспечение, расследование убийств, судебная экспертиза, судебно-медицинская экспертиза биологических выделений человека, фоноскопическая и видеофоноскопическая экспертиза.

Pavlyshyn B. Problems of expert support for pre-trial investigation of murders

Summary. The article reveals the peculiarities of carrying out new types of forensic examinations in criminal proceedings on murders. The possibilities of conducting forensic medical examination of human biological isolations and phono- videophonoscopic examination of human voice are considered.

Key words: expert supply, investigation of murders, forensic examination, forensic examination of biological emissions of a person, phonoscopic and videophonoscopic examination.

Павлишина А. А.,
аспірант
Академії адвокатури України

СЛІДЧИЙ ОГЛЯД ЯК ЗАСІБ ЗБИРАННЯ ДОКАЗІВ У ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ НЕЗАКОННОГО НАРКОБІЗНЕСУ

Анотація. Розглядаються питання визначення невідкладних слідчих дій початкового етапу досудового розслідування злочинів у сфері наркобізнесу й тактичних особливостей проведення слідчого огляду.

Ключові слова: незаконний наркобізнес, досудове розслідування, збирання доказів, слідчі (розшукові) дії, слідчий огляд, тактика огляду.

Постановка проблеми. Функціонування системи тактико-криміналістичного забезпечення діяльності з виявлення й досудового розслідування злочинів у сфері наркобізнесу спрямоване на формування тактичної готовності співробітників правоохоронних органів до розв'язання низки організаційно-криміналістичних і тактико-криміналістичних завдань, а також на реалізацію цієї готовності в кожному конкретному випадку виявити й розслідувати злочини шляхом використання наявних у прокурора, слідчого тактичних засобів, що відповідають цим завданням. Організаційно-криміналістичне забезпечення, що структурно входить до тактичного забезпечення досудового розслідування, покликане оптимізувати структуру самої діяльності, ефективне функціонування складових елементів, їх взаємозв'язок і взаємодію. Проте організаційні аспекти такого забезпечення повинні бути узгоджені з тактичними вимогами. Розроблення та використання типових тактико-криміналістичних програм стосовно досудового розслідування окремих видів злочинів дасть змогу створити й застосувати систему послідовних логічно упорядкованих типових завдань, розв'язання яких дасть можливість найбільш ефективного отримання й вивчення потрібної слідчому інформації для прийняття відповідних процесуальних рішень за виявленим комплексом слідів злочину, об'єктів і встановлених на певний момент розслідування обставин.

У досудовому розслідуванні основними засобами, своєрідними інструментами, що використовуються слідчим, прокурором для збирання доказів, є слідчі (розшукові) і негласні слідчі (розшукові) дії, тактичні прийоми, рекомендації, комбінації, тактико-криміналістичні операції, що в сукупності складають арсенал тактико-криміналістичних засобів. У будь-якому виді людської діяльності її результат багато в чому залежить від застосованих інструментів і вміння їх використання виконавцями трудових процедур. У діяльності з досудового розслідування результативність дій процесуальної особи залежить від знання й уміння використовувати ті тактико-криміналістичні засоби, які розроблені й запропоновані слідчим і прокурором криміналістикою та її окремим розділом – криміналістичною тактикою. Ось чому вивчення питань тактико-криміналістичного забезпечення діяльності з досудового розслідування загалом і розслідування окремих видів злочинів зокрема має важливе значення й для криміналістики, і для практики роботи органів досудового розслідування.

У межах цього наукового напрямку криміналістичних досліджень окреме місце можна відвести слідчим і негласним слідчим (розшуковим) діям як процесуальним і як криміналістичним засобам збирання доказів.

Слідчі дії – це частина процесуальних дій, направлених на збирання й перевірку фактичних даних, що мають значення для встановлення всіх обставин злочину й правильного вирішення кримінального провадження під час досудового розслідування та в суді. Цим засобом діяльності органів досудового розслідування приділено значну увагу фахівців у галузі кримінального процесу та криміналістики. Слід визнати, що наукове опрацювання питань слідчих дій як процесуальних і тактичних засобів діяльності слідчого має свою історію й залишається в центрі уваги сучасної науки. Особливістю сучасного періоду розвитку вітчизняної школи тактико-криміналістичного забезпечення досудового розслідування є той факт, що в працях науковців детально аналізуються проблеми проведення окремих слідчих і негласних слідчих (розшукових) дій, питання процесуальної самостійності слідчого в прийнятті тактичних рішень і використанні тактичних засобів, особливості використання тактичних засобів у досудовому розслідуванні злочинів тощо. Спираючись на ґрунтовні наукові напрацювання XIX – XX століть, вітчизняні й зарубіжні криміналісти й фахівці в галузі кримінального процесу сьогодні продовжують досліджувати різні аспекти теорії й практики провадження слідчих дій. Такі наукові праці потрібні насамперед сучасній практиці кримінального провадження, оскільки належне теоретичне обґрунтування безпосередньо впливає на якість роботи органів досудового розслідування, а отже, на правильність прийнятих рішень, якість і повноту отриманих результатів проведення слідчих дій [1, с. 28–29].

Процесуальні й криміналістичні проблеми підготовки, проведення слідчих дій і використання їх результатів у доказуванні були предметом наукових досліджень на рівні докторських і кандидатських дисертацій. Ці питання досліджували Л.І. Аркуша, М.В. Багрій, Т.М. Балицький, В.І. Галаган, О.В. Капліна, В.А. Колесник, Л.М. Лобойко, Є.Д. Лук'янчиков, В.В. Назаров, В.Т. Нор, М.А. Погорецький, Д.Б. Сергєєва, С.М. Стахівський, В.В. Тищенко, Л.Д. Удалова, К.О. Чаплинський, С.С. Чернявський, Ю.М. Черноус, В.Ю. Шепітько та багато інших учених.

Так, у докторській дисертації С.М. Стахівського висвітлюється поняття слідчих дій як основних засобів збирання доказів, визначається правова природа, процесуальний порядок проведення, аналізуються проблеми допиту з позицій криміналістики, кримінального процесу та судової психології, досліджуються питання проведення обшуку, виїмки, упізнання, відтворення обстановки й обставин події та ін. [2]. У докторській дисертації Є.Д. Лук'яничова розглядаються слідчі дії, що мають пізнавальні можливості, за допомогою яких виявляють джерела інформації й отримують інформацію (огляд, обшук, допит), що забезпечує успішну реалізацію дій першої групи

(ексгумація, відібрання зразків для експертного дослідження) та ін. [3]. Л.Д. Удалова в докторській дисертації встановлює тактичне й доказове значення вербальної інформації та пропонує практичні рекомендації з її використання в ході проведення окремих слідчих дій, а тактико-комунікативній діяльності слідчого в процесі проведення слідчих дій присвячено окремий підрозділ дисертації [4]. Цілеспрямоване дослідження криміналістичних аспектів щодо поняття, сутності, напрямів розвитку й удосконалення слідчих дій здійснено в кандидатській дисертації Ю.М. Черноус [5]. Слідчі дії як процесуальні засоби діяльності слідчого, що використовуються ним у доказуванні, досліджені в докторській дисертації В.М. Тertiшником [6]. Важливі процесуальні й криміналістичні питання проведення слідчих (розшукових) дій за чинним Кримінально-процесуальним кодексом України (далі – КПК України) розкриті в кандидатських дисертаціях Ю.В. Колесника та С.Ю. Карпушина [1; 7]. Проте різноплановість цієї наукової проблеми не дає нам підстав стверджувати, що всі проблеми використання слідчих (розшукових) дій як процесуальних і тактичних засобів роботи слідчого, прокурора вирішені. Окрема увага, на наш погляд, має бути приділена питанням проведення слідчих і негласних слідчих (розшукових) дій за конкретними видами кримінальних проваджень про злочини різних категорій. Такими, наприклад, є злочини у сфері наркобізнесу, досудове розслідування яких потребує окремих криміналістичних підходів до підготовки й проведення конкретних слідчих (розшукових) дій. Певні особливості має й тактика проведення огляду як одного із засобів збирання доказів.

Метою статті є визначення переліку слідчих (розшукових) дій, проведення яких є характерним для початкового етапу досудового розслідування за кримінальними провадженнями про незаконний наркобізнес, і розкриття особливостей тактики проведення слідчого огляду.

Виклад основного матеріалу дослідження. Доказування під час розслідування злочинів у сфері наркобізнесу передбачає проведення комплексу слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій органів досудового розслідування, організаційних заходів. Визначення такого комплексу залежить від слідчої ситуації й обраного напрямку досудового розслідування. Нині залишаються недостатньо дослідженими особливості проведення слідчих і негласних слідчих (розшукових) дій, що спрямовані на доказування під час досудового розслідування злочинів зазначеної категорії, не визначені їх найбільш доцільні комплекси й тактичні операції. Тому ця проблематика потребує свого дослідження з урахуванням криміналістичних особливостей певної категорії злочину.

У формуванні доказів і забезпеченні доказування під час досудового розслідування злочинів у сфері наркобізнесу важливе значення має початковий етап розслідування кримінального провадження, коли закладаються основи формування доказової бази. На це вказують як науковці, котрі досліджують окремі види злочинів, пов'язаних із незаконним обігом наркотичних речовин, так і практики. Наприклад, автори одного з вітчизняних підручників із криміналістики до невідкладних слідчих дій початкового етапу розслідування контрабанди, предметом якої часто стають наркотичні речовини, відносять огляд місця події та предметів контрабанди, обшук і накладення арешту на майно підозрюваного, призначення судових експертиз, допит свідків [8, с. 448–449]. Вітчизняний криміналіст В.М. Шевчук указує на те, що під час розслідування цієї категорії злочинів першочерговими слідчими діями мають бути такі: слідчий огляд, до-

пит підозрюваного й свідків, обшук, освідування, призначення судових експертиз [9, с. 163–212]. Окремі науковці вважають, що під час початкового етапу розслідування злочинів, пов'язаних із незаконним обігом наркотиків, має бути проведений огляд місця події, затримання підозрюваного з речовим доказом і його особистий обшук, освідування, обшук приміщень, допит свідків і підозрюваного, мають бути призначені експертизи [10, с. 393–398]. І.В. Гора, А.В. Іщенко та В.А. Колесник, розглядаючи питання особливостей розслідування незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, вважають невідкладними для проведення на початковому етапі досудового розслідування огляд місця події, огляд ділянок незаконних посівів і вирощування наркотиковмісних рослин, затримання підозрюваних із речовим доказом, особистий обшук і освідування особи підозрюваного, обшук приміщень, транспортних засобів, призначення судових експертиз [11, с. 220–222]. Наші білоруські колеги вважають, що невідкладними слідчими діями під час початкового етапу розслідування незаконного наркобізнесу мають бути затримання підозрюваного, огляд місця події, обшук приміщень і особи підозрюваного, допит підозрюваного й свідків, призначення експертизи для встановлення виду наркотичного засобу [12, с. 494–509]. О.В. Одерій і В.М. Лисенко, говорячи про особливості початку досудового розслідування за виявленими фактами незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів, указують на те, що для кримінальних проваджень цієї категорії характерним є проведення на початку досудового розслідування огляду місця затримання підозрюваних і виявлених разом із ними речей, виготовлення, зберігання, збуту наркотиків і місць їх незаконного вживання, огляду ділянок вирощування наркотиковмісних культур, транспортних засобів, поштових відправлень із наркотичними речовинами, допит підозрюваних із числа затриманих та інших осіб, допит свідків, обшук і проведення експертиз [13, с. 51–93].

В окремих джерелах пропонуються переліки слідчих (розшукових) дій відносно початкового етапу досудового розслідування незаконного обігу наркотичних засобів, значна частина яких має значення й вважається актуальною для розслідування будь-якого зі злочинів у сфері наркобізнесу. Такі процесуальні й інші заходи пропонуються стосовно двох типових слідчих ситуацій: 1) факт незаконного обігу наркотичних засобів виявлено, підозрюваного затримано з речовими доказами «на гарячому» або відразу після вчинення злочину; 2) факт незаконного обігу наркотичних засобів виявлено, але конкретна особа, що підозрюється у вчиненні злочину, не встановлена. У першій ситуації характерним є проведення таких невідкладних слідчих (розшукових) дій: обшук особи, затримання підозрюваного; огляд місця затримання з метою з'ясування обстановки події, виявлення слідів злочину й речових доказів; огляд приміщень, де зберігалися наркотики, сировина для їх виготовлення; огляд вилучених наркотиків, пристроїв для їх уживання, одягу підозрюваного та ін.; огляд упакування наркотичних засобів або психотропних речовин для виявлення на ньому слідів рук; слідчий огляд предметів, що стосуються злочину; медичне освідування підозрюваного на предмет установа слідов ін'єкцій та інших зовнішніх ознак уживання ним наркотиків; призначення судових експертиз; обшук із метою вилучення наркотичних засобів, психотропних речовин та інших предметів зі слідами злочину; допит підозрюваного; допити свідків. У другій ситуації алгоритм дій слідчого може бути таким: огляд місця події; допит свідків-очевидців; застосування службово-розшу-

кового собаки для пошуку предметів чи слідів під час огляду й одорологічної вибірки; обшук за місцем проживання й роботи підозрюваних або в будь-якому іншому місці можливого зберігання; призначення за результатами огляду судових експертиз та ін. [14, с. 489–490].

Отже, практично всі науковці й практики відносять огляд до необхідної слідчої (розшукової) дії, яка обов'язково проводиться вже на початковому етапі досудового розслідування. Це може бути огляд місця події, огляд предметів і речей, вилучених у підозрюваного, огляд приміщень чи ділянок місцевості, огляд вилучених або виявлених під час проведення окремих слідчих (розшукових) дій наркотичних речовин, огляд засобів незаконного переміщення наркотичних речовин, освідування особи як окремих і специфічний вид слідчого огляду. До того ж чинним законодавством передбачено, що лише огляд місця події в невідкладних випадках може бути проведений до внесення слідчим відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Усі огляди, як і будь-які інші слідчі (розшукові) дії, повинні проводитися із суворим дотриманням вимог КПК України. Водночас слідчий, прокурор повинні враховувати те, що кожен із таких оглядів має свої завдання й свої криміналістичні особливості підготовки, проведення, фіксації та використання отриманих результатів у доказуванні. Так, слідчому варто враховувати, що під час проведення такого виду огляду, як огляд місця події у провадженнях про незаконний наркобізнес, злочинці можуть здійснювати спроби втручання в роботу слідчого, спостерігати за діями слідчої групи й намагатися дізнатися про факти виявлення й вилучення слідів, речових доказів чи інших об'єктів, установлення слідчим очевидців події – імовірних свідків. Це може стати причиною витоку інформації щодо змісту встановлених правоохоронними органами відомостей про злочин і його винуватців, характеру висунутих слідчих версій, напрямів досудового розслідування, планування слідчим найближчих слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних або оперативних заходів. У певних випадках зацікавлені особи перебувають поблизу місця злочину з надією на те, що їх можуть запросити до участі в огляді як понятих, і це також треба враховувати під час підготовки й проведення огляду. Тому цілком слушно вважаємо пропозицію В.Б. Школьного фіксувати з використанням фотозйомки або відеозапису факти перебування навколо місця проведення огляду сторонніх осіб, які можуть бути спостерігачами – членами злочинного угруповання [15, с. 13] або особами, що не причетні до такої діяльності, але діють за їх указівкою. Перегляд матеріалів такої фіксації дасть у руки слідчого, прокурора важливу інформацію, яка може знадобитися для пошуку співучасників злочину.

Окремі вчені до методів і тактичних прийомів слідчого огляду відносять правильне визначення меж огляду, вибір послідовності огляду, установлення способів дослідження обстановки й окремих її елементів [8]. Тут варто погодитися із думкою В.Ю. Шепітька стосовно того, що такі методи означають тільки послідовність пересування (або переміщення) під час огляду, відображають його організаційний порядок, а не пізнавальну сутність, і не є тими оптимальними засобами виявлення доказової інформації, функції яких мають виконувати тактичні прийоми та їх системи. Недоліком розглянутих методів є обмеженість їх спрямованості; вони показують, в якому напрямку потрібно пересуватися під час огляду, але не регламентують, як саме, якими способами його провадити й одержувати необхідну інформацію [16, с. 202].

Окрему увагу варто приділяти особливостям проведення огляду наркотичних засобів, які можуть бути предметами злочину й виступати речовими доказами в кримінальному провадженні та становити об'єкти експертних досліджень, за результатами яких формується важливе джерело доказів – висновок судового експерта. Важливими для доказування є виявлення, фіксація, попереднє дослідження та вилучення наркотичних засобів, психотропних речовин та обладнання для їх виготовлення, виробництва, переробки під час огляду місця події чи обшуку особи або приміщень. Зокрема, під час огляду наркотичних засобів установлюються й заносяться до протоколу якісні й кількісні характеристики наркотичної речовини, а також пакувальний матеріал, спосіб упакування, схованки чи інші спеціально обладнані місця й схованки для прихованого перевезення, пересилання територією України або через митний кордон.

Для виявлення, фіксації й попереднього дослідження наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів важливе значення має своєчасне й правильне застосування відповідних науково-технічних засобів, використання яких значно підвищує не лише результативність проведення слідчих (розшукових) дій, а й доказову значущість отриманих результатів. Спеціалістами розробляються й запроваджуються в практику технічні системи виявлення наркотиків у позалабораторних умовах, які призначені для розв'язання конкретних завдань, що вимагають високої продуктивності та швидкості отримання результатів. Ці науково-технічні засоби зазвичай призначені для виявлення обмеженого переліку речовин, проте саме такі речовини найчастіше бувають предметами незаконного обігу: героїн, кокаїн, марихуана, метадон, амфетаміни, ЛСД та інші препарати. Достатня кількість розроблених методів дослідження наркотиків дає змогу спеціалістам обрати найбільш правильний підхід для розв'язання завдань, які ставлять перед ними органи досудового розслідування [17, с. 25].

Важливе значення для доказування в кримінальних провадженнях про злочини у сфері наркобізнесу має освідування осіб, підозрюваних у причетності до вчинення таких злочинів. Освідування – це невідкладна слідча дія, оскільки зволікання з її проведенням може призвести до втрати доказової інформації внаслідок дій особи, яка підлягає освідуванню, спрямованих на знищення слідів злочину, а іноді й особливих прикмет. Під час затримання перевізника чи реалізатора наркотичних засобів важливим є встановлення обставин, пов'язаних зі вживанням цією особою наркотиків, особливо коли особа робить заяву про те, що перевозила чи мала при собі наркотики виключно для власних потреб. У цьому сенсі доцільним є проведення освідування з метою виявлення ознак уживання наркотичних засобів. Під час проведення освідування встановлюється: 1) чи є на затриманому, його одязі сліди злочину: частки наркотичних засобів, лікарських препаратів, що містять наркотики; речі й предмети, що зберегли їх залишки; шприци, викривальні записи тощо; 2) чи є в цієї особи ознаки вживання наркотиків, психотропних речовин: сліди ін'єкцій у вигляді дрібних крапок, а також виразки чи нариви на кінцівках, передпліччях, плечах, між пальцями рук, ознаки наркотичного сп'яніння [14, с. 498]. Унаслідок специфічних особливостей наркотичних речовин під час освідування доцільно використовувати допомогу спеціаліста, який може застосувати засоби експрес-контролю наркотиків. Результати застосування технічних засобів контролю вносяться до протоколу освідування, що має важливе значення для прийняття рішення про призначення в подальшому судово-медичних чи інших експертиз.

Висновки. Стороні обвинувачення надане право збирати докази шляхом проведення слідчих і негласних слідчих (розшукових) дій, тому такі дії є важливими засобами діяльності слідчого, прокурора. Застосування таких засобів, окрім суворого дотримання кримінальних процесуальних вимог, потребує виважених тактико-криміналістичних підходів. Тому слідчі (розшукові) дії стають предметом дослідження фахівців у галузі кримінального процесу та криміналістики. Під час досудового розслідування злочинів у сфері наркобізнесу огляд є тим засобом збирання доказів, використання якого має місце на початковому етапі розслідування будь-якого зі злочинів, що входять до цієї категорії кримінальних правопорушень. Слідчий огляд, а надто такий його вид, як огляд місця події, треба відносити до невідкладних слідчих (розшукових) дій, невідкладність яких визначається не процесуальними вимогами, а слідчою ситуацією. Кожний із видів слідчого огляду має певні тактичні особливості, знання й урахування яких впливає на результативність процесуальної дії. Загальною потребою й навіть тактичною вимогою до проведення огляду в кримінальних провадженнях про незаконний наркобізнес є використання допомоги спеціаліста й уміле застосування науково-технічних засобів із метою виявлення ознак і властивостей специфічного предмета злочину – наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів і слідів їх впливу на особу. Питання тактики окремих слідчих дій у провадженнях конкретних категорій злочинів є перспективними для наукових досліджень.

Література:

1. Колесник Ю.В. Слідчі та негласні слідчі (розшукові) дії як криміналістичні засоби діяльності слідчого в досудовому розслідуванні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / Ю.В. Колесник. – Київ, 2016. – 244 с.
2. Стахівський С.М. Кримінально-процесуальні засоби доказування : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.09 / С.М. Стахівський. – К., 2005. – 30 с.
3. Лук'янчиков Є.Д. Інформаційне забезпечення розслідування злочинів (правові і тактико-криміналістичні аспекти) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.09 / Є.Д. Лук'янчиков. – К., 2005. – 36 с.
4. Удалова Л.Д. Теоретичні засади отримання вербальної інформації у кримінальному процесі України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.09 / Л.Д. Удалова. – К., 2006. – 29 с.
5. Черноус Ю.М. Слідчі дії: поняття, сутність, напрями розвитку та вдосконалення : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / Ю.М. Черноус. – К., 2005. – 245 с.
6. Тертишник В.М. Проблеми теорії та практики доказування на досудових стадіях сучасного кримінального процесу : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.09 / В.М. Тертишник. – К., 1995. – 31 с.
7. Карпушин С.Ю. Проведення слідчих (розшукових) дій : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / С.Ю. Карпушин. – Київ, 2016. – 20 с.

8. Варфоломеева Т.В. Криміналістика. Академічний курс : [підручник] / Т.В. Варфоломеева, В.Г. Гончаренко, В.І. Бояров та ін. – Київ : Юрінком Інтер, 2011. – 504 с.
9. Шевчук В.М. Методика розслідування контрабанди: проблеми теорії та практики : [монографія] / В.М. Шевчук. – Х. : Гриф, 2003. – 280 с.,
10. Криминалистика : [учебник] / под. ред. А.Г. Филиппова. – М. : Высшее образование, 2007. – 441 с.
11. Гора І.В. Криміналістика : [навч. посібник] / І.В. Гора А.В. Іщенко, В.А. Колесник. – Київ : Вид. Паливода А.В., 2007. – 236 с.
12. Порубов Н.И. Криминалистика : [учеб. пособие] / Н.И. Порубов, Г.И. Грамович, А.Н. Порубов. – Минск : Выш. шк., 2007. – 575 с.
13. Одерій О.В. Розслідування злочинів щодо незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів / О.В. Одерій, В.М. Лисенко. – Харків : Золоті сторінки, 2004. – 164 с.
14. Панов М.І. Настільна книга слідчого : наук.-практ. видання для слідчих і дізнавачів / М.І. Панов, В.Ю. Шепітько, В.О. Коновалова та ін. – Київ : Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – 728 с.
15. Школьний В.Б. Тактика викриття організатора злочинного угруповання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / В.Б. Школьний. – К., 2009. – 18 с.
16. Шепітько В.Ю. Криміналістична тактика (системно-структурний аналіз) : [монографія] / В.Ю.Шепітько. – Харків : Харків юридичний, 2007. – 432 с.
17. Симонов Е.А. Технические средства обнаружения наркотиков / Е.А. Симонов, В.И. Сорокин // Специальная техника. – № 1, 2003. – С. 24–29.

Павлишина А. А. Следственный осмотр как средство собирания доказательств в досудебном расследовании незаконного наркобизнеса

Аннотация. Рассматриваются вопросы определения неотложных следственных действий начального этапа досудебного расследования преступлений в сфере наркобизнеса и тактических особенностей производства следственного осмотра.

Ключевые слова: незаконный наркобизнес, досудебное расследование, собирание доказательств, следственные (разыскные) действия, следственный осмотр, тактика осмотра.

Pavlyshyna A. Investigation examination as a mean of collecting of proofs is in pre-trial investigation of the illegal drug dealing

Summary. The questions of determination of urgent consequence actions of the initial stage of pre-trial investigation of crimes are examined in the field of the drug dealing and tactical features of holding an investigation review.

Key words: illegal drug dealing, pre-trial investigation, collecting of proofs, consequence (search) actions, investigation examination, tactic of examination.

Гірук В. В.,

здобувач кафедри криміналістики та судової медицини
Національної академії внутрішніх справ

НЕЙТРАЛІЗАЦІЯ ПРОТИДІЇ РОЗСЛІДУВАННЮ У ХОДІ ДОПИТУ МАЛОЛІТНІХ ПОТЕРПІЛИХ ВІД НАСИЛЬНИЦЬКИХ ЗЛОЧИНІВ

Анотація. З метою формування тактичних та психологічних прийомів допиту малолітніх потерпілих від насильницьких злочинів автором було здійснено спробу визначити типові мотиви протидії розслідуванню у ході допиту зазначеної категорії осіб і, відповідно, систематизовано тактичні прийоми нейтралізації такої протидії.

Ключові слова: тактичні прийоми, протидія розслідуванню, подолання протидії, нейтралізація протидії, малолітня потерпіла особа, насильницькі злочини.

Постановка проблеми. Характерною рисою сучасного досудового провадження є активна протидія розслідуванню з боку зацікавлених осіб. Її подолання є похідним елементом об'єктивного процесу доведення причетності особи до злочину [1, с. 193]. Розкриваючи сутність протидії розслідуванню досліджуваних злочинів загалом, зазначимо, що за спостереженнями 47,4% анкетованих представників органів досудового розслідування поширеним явищем є протидія під час розслідування зазначених кримінальних правопорушень: з боку підозрюваних, обвинувачених та їх спільників – 44,7%; з боку малолітнього потерпілого – 23,7%; з боку батьків малолітнього потерпілого – 18,4%; з боку посадових осіб інших державних і недержавних структур (прокуратури, суду, адвокатів та інше) – 10,5%.

Є важливим той факт, що під час розслідування досліджуваних кримінальних правопорушень і в процесі допиту зокрема, слідчий може спостерігати ту або іншу форму протидії розслідуванню. У такому разі причиною може бути психологічна неготовність малолітнього потерпілого від насильницьких злочинів давати показання, адекватно відповідати на запитання слідчого, негативний вплив з боку дорослих, схильність до фантазування тощо. Так, наприклад, на думку 76,3% опитаних практиків, унаслідок фантазування малолітніх у показаннях трапляється неправда, 31,6% вважають, що через зазначену причину трапляються помилки у свідченнях. Наведене ускладнює встановлення повної картини події злочину та інших важливих обставин у провадженні. Отже, перед слідчим постає завдання нейтралізувати таку протидію, використовуючи при цьому відповідні тактичні прийоми або їх комплекс.

У контексті пропонованої увазі дослідження викликає інтерес саме подолання такої протидії у ході проведення допиту малолітніх потерпілих, що дозволяє не тільки отримати криміналістично значиму інформацію про механізм вчинення насильства щодо дітей, але і не травмувати їх психіку. Наукові дослідження щодо особливостей підготовки і проведення допиту малолітніх осіб знаходимо у працях вітчизняних та зарубіжних вчених, зокрема Ю.М. Антоняна, Л.Ю. Ароцькара, О.М. Бичкова, Р.І. Зайнулліна, А.В. Іванова, В.О. Конової, М.В. Костицького, Н.А. Курмаєвої, М.В. Ліфанової, І.А. Макаренко, С.В. Матвєєва, В.М. Махова, Е.Б. Мельникової, Г.М. Міньковського, Л.А. Міфтахової Ю.П. Михальчук,

Н.І. Порубова, Б.В. Романюка, О.Ю. Скічко, С.В. Тетюєва, В.Ю. Шепітька та багатьох інших.

Метою статті є окреслення змісту та мотивів протидії розслідуванню під час допиту малолітніх потерпілих від насильницьких злочинів, а також систематизація прийомів нейтралізації такої протидії.

Виклад основного матеріалу дослідження. Нейтралізація протидії розслідуванню потребує відповідної тактики, яка в загалом полягає в умінні переграти, «перехитрити» протидіючому сторону за допомогою маскуванню своїх намірів, введення в оману, спонукання до відповідних дій і т.п. Для цього слідчий повинен мати у своєму арсеналі психологічні прийоми, щоб подолати протидію розслідуванню [1, с. 193]. Подолання протидії допитуваного традиційно розглядається як особливий вид психологічного впливу. У психології спілкування вплив пов'язується із реалізацією методів переконання, примусу і навіювання. Перераховані методи можуть використовуватися і в процесі подолання протидії дії допитуваного [2, с. 163].

Відомо, що основним способом протидії під час допиту є надання неправдивих свідчень або взагалі відмова давати будь-які свідчення. Не виключається той факт, що малолітні в ході допиту можуть давати неправдиві свідчення. Це пояснюється особливістю їх мотивації: через те, що малолітні діти нерідко змішують правду з вигадкою без причини, у такому разі неправдиві свідчення є плодом їх фантазії. Фантазуючи, діти можуть вигадати подробиці. Коли ж їх викривають у брехні, вони зазвичай не чинять опору [3, с. 134]. Водночас нерідко неправдиві показання малолітніх потерпілих є результатом стороннього впливу з боку батьків, друзів, злочинців тощо. Останні можуть застосовувати такі заходи, як умовляння, підкуп, погрози і навіть насильство щодо малолітніх потерпілих, перешкоджаючи їм давати правдиві показання [4, с. 137]. Під час допиту необхідно постійно звертати увагу на емоційний стан неповнолітнього, його реакції. Потрібно з'ясувати, чи не наляканий він, чи не піддавався погрозам. Але слід пам'ятати, що неповнолітні іноді без усяких причин спотворюють реальні факти, відмовляються давати свідчення. [5, с. 298–299]. Також необхідно розуміти, що неправдиві показання часто мають ланцюговий характер. Перекрутивши або не повідомивши про одну подію, необхідно узгодити й інші, пов'язані з нею факти [6, с. 88].

М.В. Ліфанова запропонувала таку класифікацію ознак надання неправдивих показань, які за змістом і проявом діляться нею на чотири групи:

1. Ознаки, пов'язані з психологічними та іншими особливостями особи допитуваного («інформація про фізичне і психічне здоров'я, психологічні якості і характеристики»).
2. Ознаки, що виявляються в поведінці допитуваного («включає в себе неадекватні психофізіологічні реакції»).
3. Ознаки, що виявляються «в отриманих показаннях», які можуть характеризувати їх зовнішню форму і зміст (найбільш

поширені особливості зовнішньої форми показань або словесного оформлення неправдивих свідчень є їх емоційна бідність, завченість, відхід від теми, в'язкість у темі або вдаваність. До ознак змісту неправдивих свідчень необхідно віднести наявність внутрішніх прогалин і протиріч, прояв у допитуваного зайвої обізнаності, наявність обмовок, мінімальна інформативність).

4. Ознаки, що впливають з аналізу матеріалів кримінального провадження загалом і включають в себе «наявність протиріч між отриманими свідченнями та іншими матеріалами справи, наявність інформації про зацікавленість допитуваного або вчинення на нього тиску, а також наявність однакових за стилем, словесним оформленням та змістом показань різних осіб [7, с. 20–23].

Отже, мотивами надання неправдивих показань малолітніми потерпілими є: дружні, родинні стосунки із злочинцем; неправдиві свідчення малолітнього можуть бути плодом його фантазії, впливом з боку дорослих, а також просто невмотивованим бажанням збрехати [8, с. 13], наслідком помилкового розуміння «геройства», «товариськості» [9, с. 208]. Слідчий повинен набратися терпіння і вміло усунути подібну негативну установку [5, с. 298–299]. У зв'язку з цим з урахуванням поглядів вчених-криміналістів, процесуалістів, психологів, а також даних криміналістичної практики нами було зроблено спробу окреслити зміст мотивів протидії розслідуванню та застосування відповідних тактичних прийомів.

По-перше, слід звернути увагу на той факт, що частина насильницьких злочинів нерідко вчиняється безпосередньо батьками та іншими близькими родичами або в їх присутності, педагогами. У такому разі присутність зазначених осіб під час допиту малолітнього не тільки не здатна викликати в останнього мотивацію для надання правдивих показань, але і, безумовно, може завдати шкоди загальній ефективності слідчої дії. У зв'язку з названими обставинами слідчому необхідно з'ясувати характер взаємин у сім'ї допитуваного неповнолітнього, можливість особистої зацікавленості законних представників дитини в приховуванні злочину і тільки після цього вирішувати питання про доцільність їх присутності під час провадження слідчої дії [10, с. 133–134].

Необхідно зазначити, що нерідко діти, що постраждали, зазвичай нікуди не йдуть і ні до кого «з цим» не звертаються. Насамперед, тому що не знають, куди йти і хто їх може захистити, а також бояться батьківської реакції, а іноді не хочуть зашкодити своєму агресору, якого нерідко люблять, і якщо він найближчий і рідний, то дитина ніколи його не видасть [11, с. 70]. Так, 92,1 % опитаних слідчих, враховуючи особистий досвід, вважають, що малолітні потерпілі від насильницьких злочинів не звертаються за допомогою до правоохоронних органів. А інформація про вчинення насильницьких злочинів щодо малолітніх не завжди реєструється правоохоронними органами і не враховується офіційною статистикою, оскільки приховується малолітніми потерпілими – 52,6%; приховується батьками малолітніх потерпілих – 47,4%; не розглядається малолітніми потерпілими та їх батьками як злочин – 26,3%.

Унаслідок цього діти неохоче розповідають під час допиту про випадки насильства (особливо сексуального) з боку родичів, побоюючись наслідків. Секретність стає для дитини джерелом страху та обіцяною безпеки одночасно: «Усе буде добре, якщо ти нікому про це не розповіси». Якщо дорослі ніколи не розповідали дитині про насильство і ніколи не обговорювали з нею можливості такої ситуації, то нічого іншого дитині не залишається. Дитина змушена повірити, коли дорослий ствер-

джує: «Нікому не розповідай, тобі все одно ніхто не повірить», «Я тебе вб'ю», «Розкажеш – і тебе відправлять до дитячого будинку». Окрім тягаря збереження таємниці, дитина може переконати себе в тому, що вона зобов'язана «зберегти сім'ю», і це тепер її відповідальність [12, с. 17–18]. Коли про насильство стає відомо, то часто один з батьків або обоє активно обґрунтовують, що їхня дитина вигнала все це, стверджують, що це дитячі фантазії. [11, с. 69].

Утім, повертаючись до теми дослідження, враховуючи викладене, зазначимо, що за таких обставин зазначені особи, коли вони присутні під час допиту, мімікою, жестами, окремими зауваженнями, тоном розмови можуть вплинути на допитуваного, домогтися надання неповнолітнім неправдивих свідчень [13, с. 196]. Відомі випадки, коли дитина міняла свої свідчення залежно від виразу обличчя, позитивного або негативного кивка голови своїх близьких, присутніх під час допиту [14, с. 193]. Якщо дитину супроводжує мати (або батько), які є кривдником дитини, їх поведінка також може свідчити про вчинення злочину щодо неї. У такому разі дорослий може виглядати дуже занепокоєним станом дитини, намагатися не залишати її наодинці зі слідчим, психологом, педагогом, наполягати на своїй присутності, не відходити ні на крок. На питання, адресовані дитині, відповідати за неї. Зазвичай, у таких випадках дитина навіть не робить спроби відповісти сама, а мовчки погоджується з його поясненнями. Такий супроводжуючий під час допиту може бути нестриманим, виявляти ворожість і гнів щодо дитини або слідчого. Проте частіше він удає, що занадто любить дитину і турбується лише про те, щоб вона одержала максимум уваги та допомоги [11, с. 81]. У наведених ситуаціях слідчий із зрозумілих причин повинен виключити можливість присутності таких осіб під час проведення слідчої дії.

Отже, якщо насильником є близький родич малолітнього, то необхідно передбачити таке: виключити негативний вплив і постійний тиск, який чиниться на дитину, що проживає разом зі своїм насильником; забезпечити призначення правильного законного представника, який буде брати участь у слідчих (розшукових) діях разом з малолітнім. Ця обставина важлива тому, що неправильно призначений законний представник може негативно впливати на об'єктивне і повне отримання інформації; забезпечити правильний вибір психолога або педагога, які залежно від ситуації можуть бути або з того ж дитячого закладу, де виховується чи навчається дитина, або з іншого закладу; під час першої зустрічі переконати дитину, що вона знаходиться під захистом і ніхто більше не буде її кривдити; не проводити перехресного допиту між потерпілою дитиною і насильником [15, с. 210–211].

По-друге, діти порівняно з дорослими більше схильні до навіювань. Діти від 3 до 10 років схильні до фантазування, сугестивності, нестійкості поведінки і т.д. Тому якщо показання малолітнього неправдиві, це не завжди пояснюється бажанням останнього збрехати. Цілком можливо, що дитина щось вигнала, так як широко бажала допомогти слідчому. Необхідно пояснити дитині, що її свідчення дуже важливі, але якщо вона щось не пам'ятає, то нічого страшного в цьому немає, краще говорити тільки те, що вона добре пам'ятає [8, с. 13]. У контексті розглянутих проблем під сугестивністю слід розуміти, з одного боку, схильність малолітнього до неусвідомленого слідування вимогам інших осіб (дорослих, старших однолітків), з іншого – податливість до стороннього впливу, завдяки якому дитина свідомо розповідає не те, що пам'ятає, а те, що їй говорять старші. Однак розповіді про те, чого не бачили самі діти, зазвичай ви-

глядають значно більш збідненими, схематичними, неприродними, ніби завченими. У такому разі, щоб переконатися в тому, що малолітній каже за намовою когось, слід поцікавитися, чи зрозуміло те, про що він говорить, і тоді відразу ж розкриється вигадка [16, с. 433–434]. Неправдиві свідчення неповнолітніх у віці до 14 років, крім свідомої відмови говорити правду, можуть пояснюватися самонавіюванням, підвищеним впливом дорослих, чого неповнолітні не усвідомлюють, можуть бути плодом їх фантазії або наслідком невмотивованого бажання збрехати. Фантазуючи під час надання показань, у неповнолітніх брехня змішується з правдою чи вигаданими нелогічними подробицями. Основним засобом викриття неправди у показаннях малолітніх є прийоми емоційного впливу, оскільки прийоми логічного переконання можуть виявитися малоефективними як через нерозуміння допитуваним самого факту викриття, так і через «дух протиріччя», властивий дітям і призводить до впертого повторення явно безглуздої брехні. Ефективним може виявитися повторний допит із урахуванням таких моментів [17, с. 622]. Якщо на повторному допиті дитина слово в слово повторює раніше надані показання, вживаючи при цьому не властиві їй віку вирази, слідчий має право припустити, що такі свідчення є результатом впливу дорослого. Істотні відмінності в деталях вказують на фантазування дитини: вигадані деталі, зазвичай, погано утримуються в пам'яті і замінюються новими. Однак слідчий повинен при цьому враховувати й істотний вплив власних питань, тому особливо важливо правильно формулювати питання і визначати їх послідовність [17, с. 622].

По-третє, не менш важливою складовою, що впливає на протидію під час допиту малолітнього, є ступінь взаємодії слідчого з його батьками (законними представниками). Це пов'язано з тим, що насильницькі дії статевого характеру щодо малолітніх мають високий ступінь латентності, тому про вчинений злочин, зазвичай, правоохоронні органи дізнаються не від дитини, а від її батьків. Саме це і зумовлює певні стосунки батьків та слідчого, і навпаки, якщо слідчий зміг переконати батьків у важливості майбутнього розслідування і в необхідності залучення дитини до проведення слідчих дій, то подальша робота з розкриття злочину буде полегшена. Але є чимало прикладів, коли батьки виступають затятими противниками того, щоб їх дитину викликали до слідчого або в суд. Тому важливо встановити факт негативного впливу батьків на дитину і постаратися його нейтралізувати. Буває, що такий вплив справляють не самі батьки, а бабусі, знайомі, сусіди, маючи «благі наміри». Усе це призводить до ускладнень у взаєминах слідчого і малолітнього, до марної витрати часу, до повторних допитів, що може завдати психологічної шкоди дитині. Торкаючись питання вибору учасників допиту малолітнього потерпілого, слідчий повинен приділити особливу увагу особам, які представлятимуть інтереси дитини. Під час вибору таких осіб необхідно звертати увагу на характер вчиненого насильницького злочину (наприклад, якщо дівчинка є жертвою сексуального насильства, то вибір батька як законного представника буде невдалим) [18, с. 96]. На думку А.Г. Кан, з особливою обережністю слід вирішувати питання про участь батьків у допиті неповнолітньої потерпілої у справі про статеві злочини, так як важкі переживання потерпілої посилюються тим, що вона змушена в присутності батьків давати показання про скоєне насильство. Зважаючи на делікатність ситуації, потрібно з'ясувати думку потерпілої щодо участі в допиті будь-кого з її батьків [19, с. 101].

По-четверте, у тих же випадках, коли насильником є стороння особа, задля нейтралізації протидії під час допиту не-

обхідно врахувати таке: попередити батьків або інших близьких родичів про те, щоб вони захистили дитину від можливої зустрічі з насильником; роз'яснити батькам або особам, які їх заміщають, що навколо дитини необхідно створити атмосферу любові і вслякого розуміння, при цьому не допускати скандалів і лайок; необхідно забезпечити дитині безпеку під час провадження слідчих дій за участю насильника (наприклад, під час проведення впізнання) [15, с. 210–211].

У наведених ситуаціях малолітньому слід полегшити перехід від хибних свідчень до правдивих. Це досягається встановленням причин брехні і роз'ясненням можливості та необхідності змінити свою позицію [17, с. 622]. Описуючи події і деталі, яких насправді не було, діти при цьому далеко не завжди дійсно брешуть, тобто навмисно спотворюють дійсність. Дуже часто ці невірні відомості надаються ними абсолютно щирсердно і сумлінно, їм здається, що розказане дійсно відбувалося [20, с. 36–38]. Зважаючи на це, ефективним тактичним прийомом буде демонстрація слідчим обізнаності в обставинах життя допитуваного, його потребах, інтересах, сприяння адаптації допитуваного під час спілкування, усунення небажаного стану його психіки. Використання зазначеного тактичного прийому викликає у допитуваного інтерес до інформації, яку повідомляє слідчий, відволікає від факторів, що заважають зосередитися на головному, сприяє відвертості допитуваного [21, с. 114].

Висновки. Отже, у статті нами проаналізовано зміст протидії розслідуванню під час допиту малолітніх потерпілих від насильницьких злочинів. Встановлено, що під час розслідування досліджуваних злочинів, зокрема під час допиту, трапляється протидія з боку допитуваних малолітніх потерпілих, їх батьків та інших родичів, підозрюваних (обвинувачених). Через це автором запропоновано ефективні криміналістичні рекомендації нейтралізації такої протидії та порядок їх застосування у ході допиту. Не слід забувати про те, що наявність психічних особливостей малолітніх учасників судочинства (підвищена сугестивність, схильність до фантазування, вразливість і т.п.) визначає специфічний, обережний підхід до оцінки їхніх показань. Однак ця обережність не повинна переростати в крайню недовірливість, як це часто буває в практичній діяльності. За умови правильної організації і проведення слідчих дій за участю малолітніх потерпілих від них можуть бути отримані цілком надійні, досить повні і точні свідчення [22].

Література:

1. Лук'янчиков Є.Д. Тактика подолання протидії розслідуванню / Є.Д. Лук'янчиков, Б.Є. Лук'янчиков // Матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції «Малиновські читання» (м. Острого, 13–14 листопада 2015 р.). – Острого: Вид-во Нац. ун-ту «Острозька академія», 2015. – С. 193–195
2. Балеєвских Ф.В. Тактико-психологические основы преодоления противодействия допрашиваемого / Ф.В. Балеєвских // Российский юридический журнал. – 2008. – № 2. – С. 161–164
3. Милованова М.М. Методика расследования сексуальных преступлений, совершаемых в отношении малолетних детей : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / М.М. Милованова. – М., 2004. – 239 с.
4. Сиенко С.А. Участие потерпевшего в расследовании преступления (Уголовно-процессуальное и криминалистическое исследование) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / С.А. Сиенко. – Владивосток, 2001. – 260 с.
5. Криминалистика: [учеб. для вузов / И.Ф. Герасимов, Л.Я. Драпкин, Е.П. Ищенко и др.]; под ред. И.Ф. Герасимова, Л.Я. Драпкина. – [2-е изд., перераб. и доп.]. – М.: Высшая школа, 2000. – 672 с.
6. Игнатъев М.Е. Фактор внезапности, его процессуальное и криминалистическое значение для расследования преступлений : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Игнатъев Михаил Евгеньевич – М., 2002. – 175 с.

7. Лифанова М.В. Выявление и разоблачение ложных показаний на предварительном следствии : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / М.В. Лифанова – Уфа, 1997. – 32 с.
8. Кайгородова О.С. Тактика допроса участников уголовного процесса по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных ст. 156 УК РФ (неисполнение обязанностей по воспитанию несовершеннолетних) : Методические рекомендации / О.С. Кайгородова. – Тюмень : Тюменский юридический институт МВД России, 2007. – 36 с.
9. Коновалова В.Е. Допрос : тактика и психология / В.Е. Коновалова. – Харьков : Консум, 1999. – 157 с.
10. Куемжиева С.А. Правовые и криминалистические проблемы первоначального этапа расследования преступлений против семьи : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / С.А. Куемжиева. – Краснодар, 2002. – 216 с.
11. Волинець Л.С. Надання допомоги дітям-жертвам злочинів, пов'язаних із торгівлею дітьми, дитячою проституцією, дитячою порнографією, проти статевої свободи та статевої недоторканості дитини, з урахуванням національної та міжнародної практик [Текст] : метод. посіб. / [Л.С. Волинець, Л.П. Гурковська, І.В. Савчук] ; Всеукр. громад. орг. «Служба захисту дітей». – К. : К. І. С., 2011. – 132 с.
12. Сексуальне насильство над дітьми : причини, наслідки, профілактика : [інформ.-метод.посібник] / [Цюман Т. П., Малієнко Ю. М.]; За заг. ред. Цюман Т. П. – К. : ФОП Пономаренко Я.М. – 2011. – 76 с.
13. Криміналістика : [учебник] / [О. В. Волохова, Н. Н. Егоров, М.В. Жижина] ; под. ред. Е.П. Ищенко. – М. : «Проспект», 2011. – 504 с.
14. Иванов А.В. Участие педагога и психолога в процессе допроса малолетних потерпевших / А.В. Иванов // Казанский педагогический журнал. – 2016. – № 4 – С. 193–195
15. Федоров И. С. Расследование насильственных преступлений, совершенных в отношении малолетних / И.С. Федоров // – М. : Юрлитинформ, 2010. – 408 с.
16. Юридическая психология : [учебник] / В. В. Романов. – М. : Юрист, 1998. – 488 с.
17. Криміналістика : учебник для вузов / под ред. Р. С. Белкина. – [2-е изд.]. – М. : Норма, 2006. – 992 с.
18. Сажаев А. М. Тактика допроса малолетних потерпевших по половым преступлениям / А. М. Сажаев // Вестник НГУ. Серия : Право. – 2014. – Т. 10. Вып. 1. – С. 94–98
19. Кан А. Г. Допрос на предварительном следствии : [учебное пособие] / А.Г. Кан. – Алматы : Казахский национальный университет им. аль-Фараби, 2013. – 278 с.
20. Шинкевич Н.Е. Особенности допроса несовершеннолетних потерпевших / Н.Е. Шинкевич. // Правоведение. – 2003. – № 4. – С. 36–38.
21. Настільна книга слідчого : наук.-практ. видання для слідчих і дізнавачів / [Панов М.І., Шепітько В.Ю., Коновалова В.О. та ін.]. – 2-ге вид. перероб. і доп. – К.: Ін Юре, 2008. – 728 с.
22. Федотов И.С. Расследование насильственных преступлений, совершаемых в отношении малолетних : правовые, теоретические и организационные основы : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук 12.00.09 / И.С. Федотов // – Воронеж, 2009. – 43 с. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://do.gendocs.ru/docs/index-131775.html>.

Гирук В. В. Нейтрализация противодействия расследованию в ходе допроса малолетних потерпевших от насильственных преступлений

Аннотация. С целью формирования тактических и психологических приемов допроса малолетних потерпевших от насильственных преступлений автором была предпринята попытка определить типичные мотивы противодействия расследованию в ходе допроса указанной категории лиц и, соответственно, систематизированы тактические приемы нейтрализации такого противодействия.

Ключевые слова: тактические приемы, противодействие расследованию, преодоления противодействия, нейтрализация противодействия, малолетний потерпевший, насильственные преступления.

Hiruk V. Neutralization of counteraction to investigation during interrogation of juvenile victims from violent crimes

Summary. With the aim of forming tactical and psychological methods of interrogation of juvenile victims of violent crimes, the author attempted to identify typical motives for counteracting the investigation during the interrogation of this category of persons and, accordingly, systematized tactical methods of neutralizing such counteraction.

Key words: tactical methods, counteraction to investigation, counteraction neutralization, young victim, violent crimes.

*Комарова М. В.,**здобувач кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

СУДОВИЙ КОНТРОЛЬ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ

Анотація. На основі аналізу чинного законодавства та літературних джерел у статті проаналізовано поняття та значення судового контролю під час проведення обшуку. Розглянуто статус слідчого судді та його функції. Також наведено низку судових рішень та порушень, що виникають на практиці.

Ключові слова: судовий контроль, слідчий суддя, недоторканність права власності, клопотання про обшук, слідчі дії.

Постановка проблеми. Згідно із загальним правилом слідчі (розшукові) дії, пов'язані з обмеженням конституційних прав і свобод особи, зокрема обмеження права власності особи, можуть бути проведені лише на підставі судового рішення. Відсутність чіткого та ефективного регламентування призводить до прогалин у практичній діяльності. Саме тому тема, обрана нами, є актуальною та потребує детального вивчення.

Стан опрацювання. Проаналізувати усі порушення законності під час такої слідчої дії, як обшук, неможливо, тому зупинимось лише на окремих із них, які, на наш погляд, заслуговують найбільшої уваги. Цим питанням присвятили свої роботи такі автори, як В.Б. Авер'янов, М.В. Джига, Р.А. Калужний, В.В. Рожнова, О.Г. Русанова, Д.В. Савицький, С.М. Стахівський, О.Ф. Скакун, О.Д. Тихомиров, Л.Д. Удалова та ін.

Метою статті є аналіз нормативно-правового забезпечення судового контролю під час проведення обшуку.

Виклад основного матеріалу. Кримінальне провадження передбачає наявність системи органів і посадових осіб, діяльність яких спрямована на попередження можливого свавілля з його боку [1, с. 174–175].

З огляду на вимоги Конституції України і міжнародних документів у галузі захисту прав людини та кримінальної юстиції підвищується роль суду в механізмі охорони прав та законних інтересів особи, що можуть бути обмежені на досудових стадіях кримінального процесу. Традиційно вважається, що, крім функції правосуддя, суд у кримінальному процесі здійснює ще одну, не менш важливу функцію – функцію судового контролю. Це означає, що судовий контроль на стадії досудового слідства має гарантійний правоохоронний характер як щодо людини і громадянина, так і щодо правосуддя в кримінальних провадженнях, оскільки він покликаний не допустити незаконного обмеження конституційних прав учасників кримінально-процесуальної діяльності, а у разі необхідності – швидко й ефективно їх відновити [2].

В.І. Чорнобук слушно зазначив, що введення судового контролю, розширення сфери його дії на досудове слідство є позитивними моментами з погляду забезпечення саме особистих (приватних) інтересів тих чи інших учасників розслідування [3, с. 127].

Інститут судового контролю регулюється рядом міжнародних документів, зокрема загальними документами ООН щодо захисту прав і свободи людини та організації правосуддя, документами Ради Європи, Європейського Союзу, що присвячені судовій системі [4, с. 16].

Після набрання чинності Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України слідчий суддя набув статусу однієї з ключових фігур у кримінальному процесі, особливо на стадії досудового розслідування, оскільки більшість процесуальних рішень приймається саме слідчим суддею. А зважаючи на призначення слідчого судді в кримінальному процесі, всі слідчі та інші дії, які обмежують конституційні права людини, повинні проводитися винятково відповідно до його рішення.

Більшість авторів визначають судовий контроль як окрему функцію суду, що полягає у розгляді судом скарг на дії та рішення органів досудового розслідування, а також у захисті конституційних прав громадян шляхом контролю й перевірки застосування заходів примусу, пов'язаних з обмеженням цих прав [5, с. 234].

Надання дозволу слідчим суддею на вчинення у кримінальному провадженні певних процесуальних дій є формою судового контролю під час їх проведення (зокрема за дотриманням засад недоторканності права власності), тож доцільним є розгляд діяльності слідчого судді як суб'єкта провадження процесуальних дій, спрямованих на позбавлення або обмеження права власності.

Практична реалізація функції судового контролю нині становить для суддів певну складність, оскільки досудове розслідування здійснюють в іншій формі, ніж судове слідство, йому притаманний дефіцит інформації та часу для прийняття рішень, зокрема й щодо проведення слідчих дій. До того ж не сформовано повну картину події злочину, вичерпну сукупність доказів, що є звичною для суддів під час встановлення вироку [6, с. 27].

Водночас оцінка суддею обґрунтованості проведення слідчої (розшукової) дії, про яку клопоче слідчий, потребує особливої виваженості, ретельного врахування значного обсягу інформації, частина якої має ймовірний характер, а також обстановки, у якій діє слідчий на певному етапі розслідування [7, с. 83].

У чинному КПК України немає норми, яка визначала б статус слідчого судді. Він як суб'єкт судового контролю на досудовому розслідуванні діє у кримінальному провадженні епізодично залежно від процесуальної ситуації, що вимагає згідно із законом його участі та рішення [8, с. 89–97]. Цей підхід законодавця до призначення слідчого судді та визначення його повноважень викликає критику в юридичній літературі. На думку А.Р. Туманянца, слідчий суддя має бути цілком автономною процесуальною фігурою, ої згодом має замінити як слідчого, так і суддю загальної юрисдикції, який здійснює судовий контроль [9, с. 896].

Поділяємо думку Ю.В. Скрипіної, згідно з якою функція слідчого судді полягає в забезпеченні законності й обґрунтованості обмеження конституційних прав і свобод людини на досудовому провадженні [10, с. 9].

Серед переваг статусу слідчого судді В.В. Шум цілком обґрунтовано наводить ту обставину, що під час здійснення контрольних дій у слідчого судді формується внутрішнє переконання щодо тих фактичних обставин, які були предметом розгляду, в існуванні яких він переконався, дозволяючи, напри-

клад, проведення певної слідчої (розшукової) дії, що жодною мірою не призведе до упередженого оцінювання під час розгляду справи в суді [11, с. 65].

Слушним є твердження, що діяльність судді в цьому напрямі буде ефективною виключно тоді, коли будуть перевіряти не лише законність, а й обґрунтованість проведення слідчої (розшукової) дії в житлі чи іншому володінні особи. Лише у такому випадку буде досягнуто мети діяльності суду на досудовому провадженні – забезпечення обґрунтованості обмеження прав та свобод особи [12, с. 145].

У разі якщо слідчий (прокурор) звертається до слідчого судді з клопотанням про проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи з метою виявлення знарядь злочину, речей і цінностей, здобутих злочинним шляхом, а також розшукуваної особи, статус цих предметів і факт перебування в розшуку відповідної особи має бути документально підтверджено.

З огляду на це, розглядаючи клопотання слідчого, погоджене з прокурором, слідчий суддя також має перевірити:

- 1) чи є підстави, наведені в клопотанні, достатніми для проведення цієї слідчої дії;
- 2) чи немає можливості отримати ту саму інформацію іншим шляхом, не пов'язаним з обмеженням конституційних прав та свобод особи;
- 3) чи мають значення для розслідування предмети та документи, про які йдеться у клопотанні [13, ст. 92].

Проведенням узагальнення судової практики розгляду слідчими суддями місцевих загальних судів Дніпропетровської області клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи за період з 01 січня 2014 року по 31 грудня 2014 року встановлено, що не завжди слідчими суддями дозволи на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи надаються обґрунтовано, що призводить до безпідставного порушення ст. 30 Конституції України, якою кожному гарантується недоторканність житла, за відсутності обставин, які б виправдовували такий ступінь втручання у права та свободи особи.

Так, ухвалою слідчого судді Томаківського районного суду Дніпропетровської області від 11 лютого 2014 року було задоволено клопотання слідчого, подане в рамках кримінального провадження за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 309 Кримінального кодексу (далі – КК) України. І з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини кримінального правопорушення надано дозвіл на проведення обшуку домоволодіння, господарських споруд та прилеглої території, які знаходяться в користуванні громадянина Б. Як вбачається з ухвали слідчого судді, звертаючись з клопотанням, слідчий обґрунтовував необхідність його задоволення виключно тим, що згідно з рапортом оперативного уповноваженого, від жителів с. Вищетарасівка було отримано інформацію про те, що за адресою, де проживає громадянин Б., незаконно зберігаються наркотичні речовини, з метою виявлення яких і виникла необхідність у проведенні обшуку [14].

На нашу думку, у цьому разі слідчим суддею не було надано належної оцінки тому факту, що слідчим не доведено наявності достатніх підстав вважати, що було вчинено кримінальне правопорушення, передбачене ч. 1 ст. 309 КК України.

Апеляційний суд переконаний, що виключно на підставі рапорту співробітника органів внутрішніх справ неможливо прийти до беззаперечного висновку про наявність достатніх підстав вважати, що було вчинено кримінальне правопорушення, а тому задоволення клопотань про обшук, поданих в рамках

кримінальних проваджень у кримінальних правопорушеннях, факт вчинення яких слідчими або прокурорами доводиться лише такими рапортами, є необґрунтованим.

Необхідно відзначити, що найрозповсюдженішими помилками, які призводять до безпідставного надання дозволів на обшук житла чи іншого володіння особи, є недостатні підстави вважати, що було вчинено кримінальне правопорушення; що розшукувані речі, документи або особи знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи [14].

Слідчі судді обґрунтовано відмовляють у задоволенні клопотання про обшук, якщо матеріалами кримінального провадження не підтверджують повноваження слідчого здійснювати досудове розслідування у цьому кримінальному провадженні. Наприклад, ухвалою слідчого судді Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 29 квітня 2013 року відмовлено в задоволенні клопотання про обшук будинку. Слідчий суддя у своїй ухвалі зазначив, що відповідно до витягу з Єдиного реєстру досудових розслідувань слідчим у справі є старший слідчий Г., водночас із клопотанням про проведення обшуку звернувся слідчий С., не надавши слідчому судді будь-яких документів про перебування матеріалів у його провадженні [15].

Висновки. Отже, судовий контроль під час обшуку – це регламентовані діючим законодавством правовідносини, що виникають під час звернення слідчого чи прокурора з клопотанням про проведення обшуку, суть якого полягає у дослідженні і перевірці законності і обґрунтованості всіх приводів та підстав, так як це обмежує конституційні права особи. На практиці ж, розглянувши низку судових рішень, ми побачили існуючі порушення та недоопрацювання, що свідчать про необхідність їх усунення та удосконалення. А це можливо лише за умови розгляду їх на практиці та внесенні змін і доповнень в теорії та законодавстві, роз'яснень та тренінгів самих виконавців.

Література:

1. Літвінова І.Ф. Гарантії недоторканності житла чи іншого володіння особи у кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Літвінова Ірина Феофанівна. – К., 2010. – 229 с., с. 174–175.
2. Шолудько Б.А. Негласні слідчі (розшукові) дії [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://foliant.in.ua/pravovoy-kommentariy_id_16.html.
3. Чорнобук В.І. Законність та обґрунтованість процесуальних рішень судді в порядку судового контролю у досудових стадіях кримінального процесу : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / Чорнобук Валерій Іванович. – Одеська нац. юр. академія. – О., 2007. – 211 с.
4. Скулиш Є. Негласні слідчі (розшукові) дії за кримінально-процесуальним законодавством України / Є. Скулиш // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 2. – с. 16.
5. Грошевий Ю.М. Роль суду і прокуратури в забезпеченні конституційних прав і свобод громадян, законності та правопорядку / Ю. М. Грошевий // Конституційно-правові засади становлення української державності / за заг. ред. В. Я. Тація, Ю. М. Тодики. – Х., 2003. – С. 233–238.
6. Кальницький В. Обоснованность производства следственных действий как предмет судебной оценки / В. Кальницький // Российская юстиция. – 2003. – № 2. – С. 27–28.
7. Чорнобук В.І. Законність та обґрунтованість процесуальних рішень судді в порядку судового контролю у досудових стадіях кримінального процесу : [моногр.] / В.І. Чорнобук. – Х. : Право, 2008. – 184 с.
8. Попелюшко В.А. Штрихи к «портрету» нового уголовного процесса Украины / В.А. Попелюшко // Евразийская адвокатура. – 2012. – № 1. – С. 89–97.
9. Туманянц А.Р. Слідчий суддя як суб'єкт реалізації судових функцій у досудовому провадженні / А.Р. Туманянц // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 896–901 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11tarudp.pdf>. с. 896-901.

10. Скрипіна Ю.В. Слідчий суддя в системі кримінально-процесуальної діяльності (порівняльно-правове дослідження) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Ю.В. Скрипіна. – Х., 2008. – 18 с.
11. Шум В.В. Накладення арешту на кореспонденцію у кримінальному провадженні України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Шум Володимир Володимирович ; Нац. акад. внутр. справ. – К., 2014. – 207 с.
12. Струць О.А. Законність та обґрунтованість проведення слідчих дій як гарантія прав і свобод учасників кримінального судочинства : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Струць Олена Анатоліївна. – К., 2009. – 237 с.
13. Пеший Д.А., Забезпечення законності при зверненні до суду із клопотанням про проведення слідчої (розшукової) дії (за матеріалами судової практики) / Д.А. Пеший // Науковий вісник Ужгородського національного університету, 2015 – // Серія ПРАВО. Випуск 34. Том 3 ст. 90–93 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.visnyk-juris.uzhnu.uz.ua/file/No.34/part_3/25.pdf ст. 92.
14. Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчими суддями місцевих загальних судів Дніпропетровської області клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи за період з 01 січня 2014 року по 31 грудня 2014 року // Узагальнення судової практики [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://dpa.court.gov.ua/sud0490/analizz/uzag/uzag_k_probshuk/.
15. Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи (витяг) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sc.gov.ua/ua/uzagalnennja_sudovoji_praktiki.html.

Комарова М. В. Судебний контроль при проведенні обыска

Аннотация. На основе анализа действующего законодательства и литературных источников в статье проанализированы понятие и значение судебного контроля при проведении обыска. Рассмотрены статус следственного судьи и его функции. Также приведен ряд судебных решений и нарушений, которые возникают на практике.

Ключевые слова: судебный контроль, следователь, судья, неприкосновенность права собственности, ходатайство об обыске, следственные действия.

Komarova M. Judicial control during a search

Summary. Based on the analysis of the current legislation and literature sources, the article analyzes the concept and significance of judicial control during the search. Consider investigating judge status and functions. There are a number of judicial decisions and violations that occur in practice, and we need eliminate and improve them.

Key words: judicial review, investigating judge, inviolability of property rights, application for search warrants, investigations.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО
ТА ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОНАВСТВО

Тичина В. П.,

аспірант кафедри міжнародного права

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА РЕКОМЕНДАЦІЙ ОРГАНІЗАЦІЇ ЕКОНОМІЧНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА ТА РОЗВИТКУ

Анотація. У статті надається правова характеристика рекомендацій Організації економічного співробітництва та розвитку. Аналіз ґрунтується на результатах дослідження змісту цих правових документів. Звертається увага, що за правовою природою ці правові акти належать до норм «м'якого» права. Окрему увагу приділено впливу рекомендацій ОЕСР на правопорядки держав – членів Організації та третіх країн.

Ключові слова: Організація економічного співробітництва та розвитку, міжнародні організації, акти міжнародних організацій, резолюції Організації економічного співробітництва та розвитку, «м'яке» право.

Постановка проблеми. Розвиток міжнародного правопорядку відображає поступову зміну форм і методів правового регулювання системи міжнародних відносин. Їх динаміка знаходить відображення в розгалуженій системі міжнародно-правових норм. Практика функціонування міжнародних організацій як універсального, так і регіонального характеру свідчить про видання нормативно-правових положень, що мають здебільшого рекомендаційний характер для держав-членів. Незважаючи на відсутність обов'язкової юридичної сили, такі акти відіграють важливу роль в узгодженні позицій держав з актуальних, але часто суперечливих, проблем міжнародних відносин, сприяючи їх взаємовигідній співпраці. У цьому контексті виникає потреба визначення ефективності та дієвості правового регулювання, яке здійснює Організація економічного співробітництва та розвитку (далі – ОЕСР).

Серед дослідників, які вивчали питання міжнародної правотворчості, дієвості правового регулювання, що його здійснюють міжнародні організації, варто назвати Т.М. Анакіну, В.Г. Буткевича, Г.М. Вельямінова, М.Ю. Велижаніну, І.І. Лукашука, О.С. Мавроматі, В.В. Мишика, В.І. Муравйова, Т.М. Нешатаєву, О.Я. Трагнюк, Г.І. Тункіна, О.М. Шпакович, О.О. Шибаєву, І.В. Яковюка та багатьох інших. Однак, на жаль, в українській доктрині міжнародного права наразі відсутні спеціальні дослідження правової природи актів Організації економічного співробітництва та розвитку.

Метою статті є визначення правової природи рекомендацій, що приймаються ОЕСР, надання їх загальної правової характеристики та визначення їх впливу на правопорядки держав – членів Організації та третіх країн.

Виклад основного матеріалу дослідження. Визначаючи юридичну силу актів міжнародних організацій, потрібно враховувати наявний у міжнародно-правовій літературі підхід, згідно з яким міжнародні організації є насамперед органами, що координують міжнародне співробітництво міждержавного характеру за допомогою нормативно-правових положень, які мають здебільшого рекомендаційний характер для держав-членів, що наближує їх до норм «м'якого» права [1, с. 175].

Слід зазначити, що норми «м'якого» права за загальним правилом не встановлюють жорстких зобов'язань, як, наприклад, імперативні норми міжнародного права (*jus cogens*). Норми «м'якого» права не покликані створювати чіткі права й обов'язки, вони лише спрямовані на встановлення загального напрямку розвитку тих чи інших міжнародних відносин, що мають здебільшого політичний характер. Як справедливо зазначає Т.Р. Короткий, рекомендаційний характер таких норм права полягає в тому, що вони, не маючи обов'язкової сили, виявляють ознаки високої ефективності, оперативності й прийнятності завдяки практичному походженню [2, с. 84].

Вони зумовлюють певні правові наслідки, що можуть знайти вияв у регулюючому впливі на розвиток національного законодавства [3, с. 155] і мають дуже велике морально-політичне значення, оскільки поширюються практично на всю світову спільноту держав [4, с. 82].

За взаємною згодою суб'єктів, яка закріплюється у статуті міжнародної організації, у координаційні зв'язки можуть бути введені субординаційні елементи шляхом надання актам «м'якого» права юридично-зобов'язального характеру. Зокрема, як наголошує О.С. Мавроматі, в останні десятиліття все помітнішими є спроби держав надати більш дієвий характер цим нормам права [5, с. 558]. Це виражається, з одного боку, в тому, що держави прагнуть створити такі умови взаємодії, коли невиконання цих норм права спричиняє несприятливі економічні, політичні наслідки, а їх виконання, навпаки, приносить користь. З іншого боку, усе частіше почали створюватися різного роду механізми моніторингу, що стежать за виконанням державами-учасниками актів «м'якого» права.

Досліджуючи діяльність ОЕСР як однієї з найбільш авторитетних за своїм значенням регіональних міжнародних організацій, теоретики міжнародного права характеризують акти, що приймаються в рамках ОЕСР, переважно як акти «м'якого» права. Так, за підрахунком Н. Бонуччі, до сьогодні в рамках цієї Організації прийнято більше 220 документів. Науковець зауважує: «За винятком близько тридцятьох рішень і кількох міжнародних договорів, більшість правових інструментів ОЕСР лежать у сфері так званого «м'якого» права. Незважаючи на те, що ці положення не мають юридично обов'язкового статусу, вони демонструють спрямованість держав на подальшу співпрацю заради сталого соціально-економічного розвитку» [6, с. 247]. Більше того, як зазначає Н. Бонуччі, саме такі норми найчастіше виконуються державами-членами й імплементуються в національне право шляхом внесення аналогічних за змістом норм до національного законодавства [6, с. 248].

Із метою досягнення своїх цілей ОЕСР відповідно до положень ст. 5, 6 Конвенції про Організацію економічного співробітництва та розвитку від 14 грудня 1960 р. [7] (далі — Конвенція) і власних Правил Процедури 2013 р. [8] приймає два основні види офіційних документів: рішення (*decisions*) і рекомендації (*recommendations*). Згідно зі ст. 7 Конвенції такими повноваженнями наділена Рада Організації [7].

З урахуванням визначеної в цій статті мети варто зосередитися на аналізі рекомендацій, які згідно з Конвенцією та Правилами процедури уповноважена приймати Рада ОЕСР. Як свідчить практика, ці документи є результатом значної нормотворчої діяльності, що здійснюється експертами та фахівцями в рамках спеціалізованих комітетів і робочих груп цієї Організації.

Рекомендації Організації економічного співробітництва та розвитку згідно з правилом 18 Глави VI Правил Процедури Організації – це «рекомендації, прийняті Радою відповідно до положень 5, 6, 7 Конвенції, що подаються державам-членам на розгляд для можливості їх подальшого виконання, якщо це вважатиметься до речним» [8].

Відповідно до п. 13 розділу II постанови Ради ОЕСР «Про прийняття рішень Радою та її Постійними комітетами» від 17 грудня 2014 р. [9] рекомендації Організації економічного співробітництва та розвитку приймаються Радою на основі консенсусу. Натомість правило 19 Правил Процедури визначає: «Якщо Рекомендація Ради (або її частина) не стосується певних Членів, то в тексті правового

акта зазначаються Члени Організації, яких вони не стосуються, і умови, за яких Рекомендація (або її частина) може бути застосована, окрім випадків, коли зазначено інше» [8]. «Якщо Член Організації утримався від голосування під час прийняття Рекомендації, інші держави-члени можуть погодити, щоб Рекомендація застосовувалася між ними тимчасово, до висловлення думки вказаного Члена. Якщо держава-член «не приєднується до прийнятої Рекомендації протягом періоду, визначеного Радою, остання вирішує питання про обов'язковість положень правового акта для інших Членів, що приєдналися» (п. b правила 20 Правил Процедури). Відсутність держави-члена під час прийняття Рекомендації за умов, указаних у пункті b правила 20 Правил Процедури, не скасовує цю нову Рекомендацію [8].

З огляду на це можна зробити висновок, що хоча рекомендації не є формально обов'язковими для держав-членів, вони мають беззаперечний авторитет, адже висловлюють загальну позицію всіх членів Організації. Окрім того, незобов'язуючі міжнародно-правові документи ОЕСР дозволяють державам пристосувати взяті на себе обов'язки до конкретних обставин, що значно практичніше, ніж спроби уніфікувати в єдиному документі різноманітні та часто протилежні національні практики. Про це свідчать, зокрема, положення Рекомендації Ради ОЕСР про Модельну конвенцію Організації щодо податків на доходи і капітал від 23 жовтня 1997 р. (далі – Модельна конвенція ОЕСР) [10]. По-перше, приймаючи відповідну Рекомендацію, Рада вказує на те, що керувалася положеннями ст. 5 Конвенції про Організацію економічного співробітництва та розвитку від 14 грудня 1960 р. про можливість надавати рекомендації державам-членам. По-друге, Рада рекомендує урядам країн «під час укладення нових двосторонніх договорів чи перегляду вже наявних узгоджувати їх положення з Модельною податковою конвенцією в тлумаченні коментарів до неї», а «податковим органам слідувати коментарям до статей Модельної податкової конвенції з урахуванням їх зміни під час застосування та тлумачення положень двосторонніх податкових договорів, які засновані на цих статтях» [10]. Таким способом держави отримують широкий простір для імплементації угоди з одночасним її пристосуванням до політичного й економічного середовища всередині країни, що підвищує ефективність правозастосування.

Варто також зазначити, що вказівки цієї Рекомендації можуть безпосередньо використовуватися як інструмент тлумачення договірних положень, навіть за відсутності безпосередніх посилань на таку можливість у самому договорі. Обґрунтованість такої тези підтверджується й практикою окремих держав. Так, Вищий суд Австралії в параграфі 10 рішення у справі Тіель проти Федерального Комісара з оподаткування визнає те, що Модельна конвенція ОЕСР і коментарі до неї не вимагають додаткового звернення до засобів національного чи міжнародного права для забезпечення свого регулюючого впливу [11].

Розроблене під егідою Організації Керівництво ОЕСР із трансфертного ціноутворення для мультинаціональних підприємств і податкових адміністрацій від 16 серпня 2010 р. (далі – Керівництво ОЕСР) також за допомогою рекомендаційних приписів орієнтує країни на уніфікований розвиток національного правового поля у сфері трансфертного ціноутворення [12]. Не будучи юридично обов'язковими, а лише допоміжними джерелами регулювання, багато положень правового акта були імплементовані до національного законодавства низки європейських країн, зокрема й не членів Організації. Як зазначає Л.В. Товкун, основні положення Керівництва ОЕСР знайшли відображення в податковому законодавстві таких держав, як Італія, Франція, Японія. При цьому вони були закріплені в законодавстві третіх держав, наприклад, Індії та Китаю [13, с. 112].

У відповідь на зростаюче усвідомлення важливості ефективного корпоративного управління Рада Організації економічного співробітництва та розвитку прийняла низку вагомих у цій сфері актів рекомендаційного характеру [14, с. 167]. Принципи корпоративного управління, затверджені Радою від 8 липня 2015 р. [15], і Керівні принципи корпоративного управління для державних підпри-

ємств, затверджені Радою від 8 липня 2015 р. [16] (далі – Принципи ОЕСР), становлять частину більш широких зусиль на міжнародному рівні, що сприяють підвищенню прозорості, цілісності й верховенства закону у сфері корпоративного управління [23, с. 13–37]. Варто зазначити, що саме в Принципах ОЕСР відображено першу ініціативу міжурядової організації створити основні елементи режими ефективного корпоративного управління. І хоча положення цих документів мають рекомендаційний характер, у кінцевому підсумку виконання приписів правового акта – в інтересах самих же країн і товариств.

Органи влади центрального, регіонального та місцевого рівнів держав-членів ОЕСР усе частіше враховують екологічні критерії під час прийняття рішень про державні закупівлі. Схильність до такої практики знайшла відображення в Рекомендації Ради ОЕСР від 2 березня 2015 р. щодо поліпшення екологічних показників під час державних закупівель (далі – ЗДЗ) [17], положення якої спрямовані на уточнення, спрощення та вдосконалення законодавства держав-учасниць про державні закупівлі. Слід відзначити, що надання переваги придбання товарів і послуг із покращеними екологічними характеристиками дозволяє країні сформувати ринок «зеленої» продукції, системно збільшувати його ринкову долю, що сприяє розвитку екологічних технологій, інновацій та інвестицій.

Варто зауважити, що ЗДЗ є добровільним механізмом, саме тому кожна держава самостійно визначає, якою мірою його застосовувати. Зокрема, в таких державах – членах Організації економічного співробітництва та розвитку, як Данія та Швеція, щорічний рівень зелених державних закупівель становить близько 40% від загальних бюджетних витрат, в Японії він сягає 90% [18]. Це свідчить про високий рівень дотримання країнами-учасницями вимог рекомендаційного акта Організації.

Як правило, держзакупівлі найчастіше проводяться в таких сферах, як закупівля енергоефективних комп'ютерів і обладнання, електроавтомобілів, виробництво електроенергії з альтернативних джерел тощо. Наприклад, в Акті уряду Шотландії «Про реформу закупівель» (The Procurement Reform (Scotland) Act) 2014 р. зазначається, що «постачальники, які не дотримуються положень екологічного законодавства, можуть бути не допущені до здійснення продажів у Шотландії», а «розроблення товарів і послуг, бажаних з екологічного погляду, і використання вторинних (поновлюваних) матеріалів можуть становити конкурентну перевагу» [19].

Важливим досягненням ОЕСР у напрямі боротьби з відмиванням «брудних» грошей стало прийняття Базових сорока рекомендацій Групи з розроблення фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей від 16 лютого 2012 р. (далі – ФАТФ) [20]. Як зазначає Г.Д. Гамбаров, ФАТФ не тільки розробляє й удосконалює на постійній основі свої рекомендації для своєчасного відображення змін у світовій фінансовій системі, а й здійснює моніторинг дотримання встановлених нею принципів і норм. Крім того, Сорок рекомендацій ФАТФ передбачають перелік контрзаходів, які можуть застосовуватися до держав у разі недотримання рекомендацій [21, с. 164].

Більше того, пряме посилання на зазначену рекомендацію щодо необхідності її дотримання міститься в п. 10 розділу II Плану дій Глобальної контртерористичної стратегії ООН, затвердженої резолюцією 60/288 від 8 вересня 2006 р.: «Рекомендувати державам застосовувати всеосяжні міжнародні стандарти, втілені в Сорока рекомендаціях, що стосуються відмивання грошей, і дев'яти спеціальних рекомендаціях, що стосуються боротьби з фінансуванням тероризму, визнаючи, що державам може знадобитися допомога в їх здійсненні» [22].

Висновки. Підводячи підсумок нашого дослідження, можна зробити такі висновки.

1. Відповідно до положень Конвенції про Організацію економічного співробітництва та розвитку від 14 грудня 1960 р. і Правил Процедури Організації 2013 р. ОЕСР приймає два основні види офіційних документів: рішення (decisions) та рекомендації (recommendations).

2. Рекомендації Організації економічного співробітництва та розвитку не є юридично обов'язковими актами й не встановлюють жорстких зобов'язань для держав – членів Організації, що відрізняє їх від інших правових актів ОЕСР. Тому рекомендації, що приймаються в рамках Організації економічного співробітництва та розвитку, можна віднести до норм «м'якого» права.

Водночас, незважаючи на свій юридично необов'язковий характер, рекомендації ОЕСР на найвищому рівні концентровано відображають спільну політичну позицію учасниць цієї організації щодо моделі їх бажаної поведінки, а отже, враховуються на практиці.

3. Проведений аналіз свідчить про те, що ці акти мають важливе практичне значення та значний регулюючий вплив на поведінку держав – членів Організації, оскільки їхній зміст охоплює широку сферу суспільних відносин і є основою для проведення регулярних консультацій із питань відповідності заходів держав-членів актам Ради ОЕСР. Окрім того, прийняття зазначених документів є значно простішою формою міжнародного співробітництва, адже положення таких актів, зазвичай, не передбачають відповідальності за їх порушення та не містять складних контрольних процедур, що в кінцевому підсумку позитивно відображається на реалізації передбачених ними вимог і правил.

Література:

1. Шпакович О.М. «М'яке» право і міжнародні організації / О.М. Шпакович // Журнал «Публічне право». – 2011. – № 4. – С. 173–179.
2. Короткий Т.Р. Норми «м'якого права» в механізмі охорони морського середовища / Т.Р. Короткий // Актуальні проблеми політики : зб. наук. праць. – 2011. – Вип. 43. – С. 80–92.
3. Демченко І.С. М'яке право у регламентації прав людини у сфері охорони здоров'я / І.С. Демченко // Біюлетень Міністерства юстиції України. – 2014. – № 1. – С. 152–157.
4. Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс (академический курс): [учебник] / Г.М. Вельяминов. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 496 с.
5. Мавроматі О.Є. Джерела «м'якого права» в системі права Ради Європи / О.Є. Мавроматі // Науковий юридичний журнал Національного університету «Одеська юридична академія». «Актуальні проблеми держави і права». – 2011. – С. 557–562.
6. Bonucci N. The OECD at Fifty: Some Observations on the Evolving Nature of an International Organization / N. Bonucci // The George Washington International Law Review. – 2011. – Vol. 43. – P. 239–254.
7. Convention on the organization for economic cooperation and development, Paris 14th December 1960: OECD Home / Paris. – 1965 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.oecd.org/general/conventionontheorganisationforeconomicco-operationanddevelopment.htm>.
8. Rules of Procedure of the Organization, Paris October 2013: OECD Home / OECD Internal Rules and Regulations // Paris. – 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.oecd.org/legal/Rules%20of%20Procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf>.
9. Resolution of the Council on Decision-Making by the Council and its Standing Committees, adopted on 17 December 2014 [C (2014)120/REV2 and C/M(2014)13, Item 209] : OECD Home / OECD Internal Rules and Regulations // Paris. – 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.oecd.org/globalrelations/globalrelationsstrategy/47122935.pdf>.
10. OECD Recommendation of the Council concerning the Model Tax Convention on Income and on Capital, Paris 23th October 1997, C (97)195/Final / OECD Official Documents // Paris [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C\(97\)195/FINAL&docLanguage=En/](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(97)195/FINAL&docLanguage=En/)
11. Thiel V. Federal Commissioner of Taxation; HCA37; 171 CLR 338, 22 August 1990 / High Court of Australia // Databases [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/171clr338.
12. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Paris 16th August 2010: OECD Transfer pricing // OECD Tax. – Paris: OECD Publications. – 2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010_tpg-2010-en#.WR17rZLjyIU.
13. Товкун Л.В. Окремі правові аспекти трансферного ціноутворення в Україні / Л.В. Товкун // Юридичний науковий електронний журнал. – 2016. – Вип. 3. – С. 111–114.
14. Hahn H.J. Organisation for Economic Cooperation and Development / H.J. Hahn. – Paris: OECD Publications. – 1983. – 298 p.
15. Recommendation of the Council on Principles of Corporate Governance, Paris 8th July 2015 – C (2015)84: OECD Corporate policy / Decisions, Recommendations and other Instruments of the Organisation for Economic Co-Operation and Development // Paris. – 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://webnet.oecd.org/OECDACTS/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=322&InstrumentPID=358&Lang=en&Book=>.
16. Recommendation of the Council on Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, Paris 8 th July 2015 – C(2015)85 : OECD Corporate policy / Decisions, Recommendations and other Instruments of the Organisation for Economic Co-Operation and Development // Paris. – 2015. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://webnet.oecd.org/OECDACTS/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=323&InstrumentPID=359&Lang=en&Book=>.
17. Recommendation on Public Procurement: Public procurement is the cornerstone of strategic governance / OECD Official Documents / OECD Bribery and corruption // Paris. – 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.oecd.org/gov/ethics/OECD-Recommendation-on-Public-Procurement.pdf>.
18. Берзіна С.В. Зелені державні закупівлі / С.В. Берзіна // Журнал «Економічні інновації» Інституту ринкових досліджень та еколого-економічних проблем НАНУ // Одеса. – 2017 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.zhiva-planeta.org.ua/upload/zgz-berzina.pdf>.
19. Procurement Reform (Scotland) Act 2014: Procurement legislation from 18 April 2016 / Policy and Legislation // Scotland. – 2014 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.legislation.gov.uk/asp/2014/12/pdfs/asp_20140012_en.pdf.
20. FATF Recommendations, Paris 16 th February 2012 / International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation // FATF Publications. – 2017 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/internationalstandardscombatingmoneylaunderingandthefinancingofterrorismproliferation-thefatfrecommendations.html>.
21. Гамбаров Г.Д. Международно-правовые основы борьбы с финансовой преступностью в контексте их реализации (на примере ФАТФ) / Г.Д. Гамбаров // Науковий юридичний журнал «Юридична наука». – 2015. – № 3. – С. 159–169.
22. Глобальная контртеррористическая стратегия ООН: Резолюция ГА ООН 60/288 от 8 сентября 2006 г. – США, Нью-Йорк [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.un.org/counterrorism/ctif/ru/un-global-counter-terrorist-strategy>.
23. Міжнародні та національні стандарти корпоративного управління (збірник кодексів та принципів) // Проект «Корпоративний розвиток в Україні» за фінансової підтримки Світового банку в рамках програми «Принципи корпоративного управління в країнах, що розвиваються». – К.: Міжнародна фінансова корпорація, – 2002. – 248 с.

Тычина В. П. Правовая характеристика рекомендаций Организации экономического сотрудничества и развития

Аннотация. В статье представляется правовая характеристика рекомендаций Организации экономического сотрудничества и развития. Анализ основывается на результатах исследования содержания этих правовых документов. Обращается внимание, что по своей природе эти правовые акты относятся к нормам «мягкого» права. Особое внимание уделено влиянию рекомендаций ОЭСР на правоприменение государств – членов Организации и третьих стран.

Ключевые слова: Организация экономического сотрудничества и развития, международные организации, акты международных организаций, резолюции Организации экономического сотрудничества и развития, «мягкое» право.

Tychyna V. Legal characteristics of recommendations of Organization for Economic Co-operation and Development Summary.

This article provides legal characteristics of recommendations of Organization for Economic Co-operation and Development. The research is based on the results of content of those legal documents. It pays attention that by the legal nature the legal acts belong to norms of “soft law”. A special attention is paid to the impact of recommendations of OECD on the legal order of member countries of the Organization and third countries.

Key words: Organization for Economic Co-operation and Development, international organizations, acts of international organizations, resolutions of Organization of Economic Cooperation and Development, “soft” law.

*Мельник Ю. О.,**молодший консультант відділу податкових послуг
аудиторської компанії «PricewaterhouseCoopers»*

ПРИЧИНИ ТА НАСЛІДКИ ПРАВОВИХ ОБМЕЖЕНЬ ПОДАТКОВОГО ПЛАНУВАННЯ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню сутності та природи податкового планування. Обґрунтовано причини та наслідки впровадження правових обмежень податкового планування на національному та міжнародному рівнях. Узагальнено світовий досвід протидії податковому плануванню.

Ключові слова: законне податкове планування, агресивне податкове планування, правові обмеження податкового планування, BEPS, юрисдикція, оподаткування.

Постановка проблеми та її зв'язок з важливими науковими чи практичними завданнями. В усіх країнах світу податки виступають джерелом фінансування потреб держави, забезпечуючи її можливості виконувати свої функції та задовольняти потреби населення. З огляду на це, проблема протидії податковому плануванню як легальному інструменту зменшення суми податкових платежів, зважаючи на зростання його обсягів протягом останніх років, набула особливої актуальності. Поряд з пошуком країнами індивідуальних шляхів боротьби з податковим плануванням, великого значення набувають також міжнародні ініціативи. Це пов'язано з тим, що переважна частина схем податкового планування включає у себе транскордонні транзакції. Українські підприємства сьогодні також використовують інструменти податкового планування, що актуалізує проблему вивчення міжнародного досвіду впровадження правових обмежень цього процесу та вказує на актуальність обраної теми.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з проблеми, що розглядається. Проблеми податкового планування розглядалися в роботах таких вчених, як С.С. Алексєєва, О.Ф. Скакуна, А.А. Тедєєва, Н.Ю. Пришви, О.М. Бандурко, В.Д. Понікарова, С.М. Попова, І.О. Пасічної, В.О. Бичкова, В.Т. Білоус, А.А. Гуменного, Н.О. Євтушенко, А.М. Молчан, В.І. Коротун, О.О. Мискіна, В.А. Новицького, Т.М. Паянок. При цьому причини та наслідки правових обмежень податкового планування для підприємств, держави та світового співтовариства лишаються недостатньо дослідженими, що обумовлює інтерес до здійснення наукових досліджень цієї проблеми.

Метою роботи є узагальнення причин та обґрунтування наслідків впровадження правових обмежень податкового планування на національному та міжнародному рівнях. Для досягнення мети було виконано наступні завдання: досліджено сутність та природу податкового планування; обґрунтовано причини та наслідки впровадження правових обмежень податкового планування на національному та міжнародному рівнях; узагальнено світовий досвід протидії податковому плануванню.

Виклад основних обґрунтованих результатів дослідження. Ухилення від сплати податків є незаконною поведінкою платника податків, що призводить до кримінальної відповідальності [1, с. 96]. Отож платник податків порушує закон, наслідком чого є виникнення негативних кримінальних санкцій.

Слід зазначити, що як синонім ухилення від сплати податків може бути використане поняття «податкове шахрайство», але в деяких юрисдикціях проводиться відмінність і між цими двома поняттями.

У той час як існує міжнародний консенсус щодо ухилення від сплати податків, позиція щодо законного податкового планування, агресивного податкового планування і уникнення сплати податків не така однозначна. Це пов'язано з тим, що платник податків абсолютно вільно організовує свої податкові справи таким чином, щоб платити менше податків. Цей ретельний відбір операцій, що призводять до зниження податкового зобов'язання, відомий як законне податкове планування [2, с. 24]. Отже, законне податкове планування можна охарактеризувати як форму мінімізації податків, яка прийнята урядами і не намагається бути протиставлена їм.

У 2012 році Європейська Комісія запропонувала визначення агресивного податкового планування (далі – АПП). Йдеться про те, що АПП «включає в себе використання штучних операцій або структур, а також експлуатацію розбіжностей між системами оподаткування з ефектом підриву правил оподаткування держав-членів і підсилення втрати податкових надходжень» [3, с. 85]. Крім того, у Рекомендації про агресивне податкове планування зазначено, що як його елементи варто також розглядати випадки, «коли платник податків отримує фінансові вигоди за рахунок моделювання своїх податкових операцій», які призводять до подвійного неоподаткування [4, с. 2].

Отже, АПП-концепція прагне охопити стратегічне планування з експлуатації правових прогалин, що виникають через невідповідності між двома або більше юрисдикціями, які потенційно призведуть до ухилення від сплати податків.

Через багатозначність поняття агресивного податкового планування Анна Паула Доурадо розглядає його як «поняття парасольки» як для міжнародного податкового планування, так і для ухилення від сплати податків, що використовується Організацією економічного співробітництва та розвитку (далі – ОЕСР) і владою ЄС «як заклик до колективних дій країн-членів ЄС» [5, с. 44]. Отже, цей термін не має точного юридичного значення, якщо порівнювати з терміном «уникнення від сплати податків», визначення якого можливо знайти в різних правових системах, наприклад, в англійській (ст. 1088 Закону про корпоративні податки 2010). Агресивне податкове планування – це поняття, що об'єднує різноманітні схеми податкової мінімізації, побудовані з врахуванням розбіжностей податкових законодавств, що є основою для політики світового співтовариства, в рамках якої реалізуються міжнародні координаційні дії щодо протистояння невідповідностям і прогалинам у національних податкових системах [5, с. 45].

Основна відмінність між політикою агресивного податкового планування та законним податковим плануванням полягає у тому, що агресивне податкове планування охоплює поведінку, яка може бути законною, але ставить під загрозу існування

податкової системи в певному стані і підриває фундаментальний принцип справедливості податкової системи. У той час як законне податкове планування є рішенням платника податків використовувати найкращий шлях відповідно до звичайної ділової практики, що не розглядається як протизаконна.

Податкове планування, що сприяє зменшенню обсягів фінансових ресурсів, які отримує держава для подальшого використання з метою розвитку країни, є значною проблемою для усіх країн світу, оскільки саме від достатності ресурсів залежить можливість виконання органами державного управління їх функцій. При цьому у контексті дослідження правових засад податкового регулювання доцільно дослідити причини та наслідки такого явища.

До причин виникнення та розвитку податкового планування належать: існування значної потреби підприємства в обігових коштах для фінансування інвестиційних проектів; існування правових колізій, якими підприємство не може не скористатися; існування спеціальних режимів оподаткування; існування територій зі спеціальними податковими режимами; бажання підприємства зменшити обсяги податкового тиску; бажання підприємств отримати конкурентні переваги на зовнішніх ринках.

Економічно доведено, що рівень оподаткування бізнесу можна підвищувати лише до певної точки, після досягнення якої ризики уникнення чи ухилення від податків стануть для підприємства нижчими за ризики від погіршення фінансового стану за умови їх сплати. Якщо в країні рівень оподаткування є надмірно високим, то використання інструментів податкового планування якраз виступає засобом мінімізації ризиків. У такому разі податкове планування виступає альтернативою переведення частини операцій «в тінь» і справляє позитивний вплив на розвиток економіки. На практиці така ситуація зустрічається вкрай рідко, оскільки одним із ключових принципів податкових систем країн світу є принцип економічної обґрунтованості податків, що дозволяє встановити податки на рівні, достатньому для виконання державою її функцій та посилює для суб'єктів господарської діяльності.

Однією з причин застосування підприємствами інструментів податкового планування може стати потреба у фінансових ресурсах в умовах, коли кредитні кошти отримати неможливо. Як зазначалося вище, одним з методів податкового планування є відстрочення платежу, і в такому випадку суб'єкт господарювання має можливість фінансувати проекти, націлені на розвиток підприємства, за рахунок тимчасово несплачених ресурсів.

Досить часто інструменти податкового планування починають використовуватися суб'єктами господарської діяльності саме з такої причини, після чого, оцінивши переваги цього процесу, компанії починають шукати шляхи для зменшення обсягів оподаткування з використанням інших інструментів.

Об'єктивною причиною виникнення податкового планування є також існування у законодавстві колізій (можливість використання різних правових договорів для однієї операції – Ю.М.), які дозволяють підприємству діяти за кількома сценаріями. У такому разі навіть підприємство, яке не мало на меті зменшення чи оптимізацію оподаткування, може розрахувати, який з абсолютно легальних та рівнозначних варіантів буде для нього найприйнятнішим, та діяти за ним. При цьому не завжди, хоча здебільшого, йдеться про пасивне податкове планування. Іноді для сплати меншого обсягу податків підприємству необхідно реалізувати комплекс нескладних та невитратних захо-

дів. Загалом, необхідно відзначити, що існування можливостей по-різному трактувати норми законів або ж легально досягати одних і тих самих цілей різними шляхами є основою виникнення податкового планування, оскільки основою цього процесу є реалізація лише законних інструментів.

Причиною, що в значній мірі подібна до попередньої, є існування спеціальних податкових режимів. Ця причина сприяє виникненню стратегічного податкового планування, що пов'язане з прийняттям рішення щодо вибору юрисдикції, форми реєстрації, виду діяльності підприємства на етапі його створення. За відсутності різних підходів до оподаткування підприємства податкове планування не могло б існувати, тоді як наявність відмінностей у податкових нормах, що використовуються для різних підприємств (здебільшого з огляду на їх пріоритетність для країни – Ю.М.), створює передумови для їх використання у процесі податкового менеджменту.

Наступною причиною податкового планування є також існування диспропорцій у рівнях економічного розвитку окремих регіонів, які вирішуються шляхом створення територій, на яких діють спеціальні режими оподаткування. Існування вільних економічних зон, низькоподаткових юрисдикцій, офшорів призводить до того, що підприємства розглядають співпрацю з розміщеними там компаніями або безпосередню реєстрацію як можливість досягнення результату з меншими видатками. За умови фактичного проведення операцій з підприємствами, розміщеними на територіях зі спеціальним режимом оподаткування, або ж безпосереднього функціонування підприємства на такій території податкове планування можна вважати об'єктивним. Натомість у випадку, коли операції фактично мають місце поза територією зі спеціальним податковим режимом, а один або усі їх учасники лише зареєстровані на ній з метою зниження податкового тиску, йдеться про суб'єктивний аспект податкового планування.

Націленість підприємств на зменшення обсягів податків є основною причиною більшості операцій, які здійснюються підприємствами у процесі податкового планування. Саме економічна вигода, а не обставини, обумовлюють пошук компаніями можливостей трактувати нормативно-правові акти так, щоб зменшити рівень оподаткування. Отже, для вирішення існуючих проблем, пов'язаних зі збільшенням обсягів недоотриманих державами податків, необхідним є вдосконалення законодавства та усунення тих колізій, які дозволяють підприємствам трактувати одну і ту саму норму по-різному.

Ще однією причиною активного розвитку податкового планування в міжнародному масштабі є націленість підприємств на отримання переваг на зовнішніх ринках. У такому разі йдеться безпосередньо про сплату платежів під час продажу товарів за кордон: чим меншим буде обсяг податків та зборів, стягнених за операцією, тим меншою буде ціна продукції на зовнішніх ринках, і, відповідно, тим привабливішою буде така продукція для покупців. У такому разі йдеться не лише про мінімізацію податкових витрат (оскільки основні платежі у зовнішньоторговельних операціях сплачує імпортер – Ю.М.), а саме про досягнення переваг над конкурентами, що можуть бути отримані шляхом зменшення податкових платежів під час здійснення зовнішньоекономічної діяльності.

Розглянувши причини застосування підприємствами інструментів податкового планування, доцільно зупинитися також на наслідках його використання. Наслідки податкового планування випливають з передумов його виникнення, які зазвичай пов'язані з намаганням країн досягти стратегічних цілей. Отже, за умови

об'єктивно необхідного та розумного застосування податкового планування його результати будуть позитивними.

Основною причиною появи податкового планування є бажання держави стимулювати розвиток окремих регіонів чи конкретних суб'єктів бізнесу: у результаті виникають різні рівні оподаткування, які згодом використовуються підприємствами для мінімізації податкового тягаря. При цьому фактично відбувається розвиток тих територій, на яких діє спеціальний режим оподаткування, та підвищення ефективності господарської діяльності окремих категорій бізнесу (найчастіше приватних підприємств чи малих підприємств – Ю.М.).

Наслідком застосування інструментів податкового планування виступає перерозподіл фінансових ресурсів між країнами світу. Поряд з трансфером фінансових ресурсів в умовах застосування 6 та 7-ї схем податкового планування міжнародних корпорацій здійснюється також трансфер технологій, що призводить до проникнення інновацій у країни, що розвиваються, та найменш розвинуті країни.

Ще одним наслідком податкового планування можна вважати наявність у підприємств можливостей для фінансування інвестиційних проектів в умовах відсутності доступу до позикових ресурсів. Такий наслідок пов'язаний із відтермінуванням податкових платежів як інструменту податкового планування, причини та результати застосування якого були розглянуті у першому розділі роботи.

Позитивним наслідком застосування податкового планування є також те, що воно по суті виступає альтернативою тінізації економіки. Податкове планування здійснюється з використанням інструментів, які не заборонені законом. Усі операції, що реалізуються в межах податкового планування, є легальними та відображені у звітності підприємств. Отже, податкове планування створює передумови для зменшення податкового навантаження на підприємства без порушення ними законів.

Отже, здійснений аналіз дозволяє зробити висновок про існування значної кількості позитивних ефектів від застосування суб'єктами господарської діяльності інструментів податкового планування як на національному, так і на міжнародному рівні. Поряд із цим масштаби використання податкового планування сьогодні є значними, що обумовлює переважання негативних наслідків такого процесу над позитивними. За різними оцінками у світі щорічні втрати податкових надходжень складають від 4–10%, що в абсолютному вимірі складає від 100 до 240 млрд. доларів США на рік [66]. Недоотримання державами світу таких обсягів ресурсів призводить до неможливості фінансування ними стратегічних проектів, розвитку інфраструктури, виконання функцій у соціальній сфері.

Податки нині виступають одним з основних джерел наповнення державного бюджету, тому за умови активного використання суб'єктами господарської діяльності інструментів податкового планування зменшення кількості податкових надходжень може призвести до виникнення дефіциту бюджету. Це своєю чергою може обумовити загострення економічних проблем, зокрема: зростання рівня інфляції, втрати державою можливостей фінансувати стратегічні програми розвитку, а також здійснювати вдосконалення інфраструктури та покращувати соціальні параметри, рівень життя населення.

До проблем, що виникають внаслідок податкового планування, належить посилення диспропорцій між державами світу. Сьогодні основними суб'єктами господарської діяльності, що застосовують податкове планування, є транснаціональні корпорації, материнські компанії яких розміщені в економічно розвинутих країнах. При цьому основні загрози податковому плануванню створює для країн, в яких зосереджена значна кількість філій транснаціональних корпорацій: Уряди цих держав не доотримують фінансові ресурси для фінансування розвитку, що загострює проблему диспропорцій економічного розвитку у межах світового господарства.

Йдеться не про те, що виключно країни, які розвиваються, потерпають від агресивного податкового планування. Втім, недоотримання ними податків призводить до подальшого гальмування темпів їх розвитку, тоді як економічно розвинуті країни продовжують прогресувати, що призводить до подальшого збільшення розриву в їх економічному розвитку.

Ще однією проблемою, пов'язаною з податковим плануванням, є збільшення податкового тиску на обмежену частину населення. З огляду на можливості використання приватними підприємствами спрощеної системи оподаткування, що передбачає мінімальні платежі до бюджету, збільшується податковий тиск на тих осіб, що працюють на підприємствах за трудовим договором. Окрім цього, така ситуація провокує значні загрози на перспективу: значна частина приватних підприємств не сплачує відрахувань у пенсійний фонд, що вимагає перегляду пенсійного законодавства.

Міжнародна практика свідчить про недоцільність повного викорінення податкового планування. Його наслідки можуть позитивно впливати на економічний розвиток країн за умов ґрунтованого підходу. При цьому основні загрози формуються за умов застосування корпораціями схем агресивного податкового планування, наслідки якого зазвичай відчувають одразу декілька країн.

На наш погляд, дослідження прогресивного світового досвіду, зокрема практики країн ЄС (з огляду на євроінтеграційні

Таблиця 1

Інструменти протидії агресивному податковому плануванню в розвинутих країнах

Країна	Заходи протидії агресивному податковому плануванню
Велика Британія	Введення податку на перерозподілений прибуток, що на 5% більший за корпоративний податок; створення професійних спільнот, що розробляють стандарти діяльності податкових консультантів.
ΠΑΡ	Реєстрація податкових консультантів та персональна відповідальність за використання агресивного податкового планування.
США	Договори між посередниками та урядом про недопущення агресивного податкового планування.
Японія	Створення професійних організацій: ідентифікація кожного консультанта та позбавлення права на здійснення діяльності за умови порушення.
Австралія, Нова Зеландія	Відповідальність за використання агресивного податкового планування на рівні підприємства (цивільно-правова) та консультанта (дисциплінарна).
Канада	Використання спеціальних та загальних правил використання механізмів агресивного податкового планування, використання системи штрафів та внесення до нормативно-правових актів поправок, що мають зворотню юридичну силу.

Джерело: складено автором на основі [6,7,8].

прагнення України – Ю.М.), є передумовою трансформації податкової системи України в контексті підвищення її прозорості та створенню передумов для унеможливлення використання схем прогресивного податкового планування. Узагальнення світового досвіду протидії агресивному податковому плануванню представлено у табл. 1.

Використання розглянутих заходів у вітчизняній практиці дозволить досягти зростання надходжень без збільшення рівня оподаткування. При цьому ключова роль у цьому процесі відводиться створенню нормативно-правової бази, яка дозволить зробити податкову систему України дієвою та прозорою.

Висновки. Проблемою вітчизняної економіки сьогодні є те, що на практиці досить широко використовуються не лише інструменти агресивного податкового планування, але і методи зменшення податкового навантаження на малий та середній бізнес. Це призводить до того, що уряду необхідно формувати механізми, які в практиці зарубіжних країн не використовуються, оскільки основний акцент за кордоном робиться на протидію діяльності саме міжнародних корпорацій.

На наш погляд, поряд із вивченням зарубіжного досвіду в Україні необхідно систематизувати механізми використання інструментів податкового планування, характерні для вітчизняного бізнесу, з метою вдосконалення законодавства таким чином, щоб мінімізувати негативні наслідки цього явища для України.

Література:

1. Білоус В.Т. Фінансові розслідування: теорія, практика та перспективи / В.Т. Білоус // Механізми протидії агресивному податковому плануванню : світовий досвід та практика України : зб. матер. наук. – методол. семінару, 10 грудня 2015 р. – Ірпінь : Видавництво Національного університету ДПС України, 2015. – С. 15–19 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ir.asta.edu.ua/jspui/bitstream/doc/275/1/239_IR.pdf
2. Новік О.І. Агресивне податкове планування : теорія та практика боротьби за кордоном / О.І. Новік // Механізми протидії агресивному податковому плануванню : світовий досвід та практика України: зб. матер. наук.-методол. семінару, 10 грудня 2015 р. – Ірпінь : Видавництво Національного університету ДПС України, 2015. – С. 72-77 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ir.asta.edu.ua/jspui/bitstream/doc/275/1/239_IR.pdf.
3. Пилипів В.В. Особливості інструментарію протидії агресивному податковому плануванню в розвинених країнах / В.В. Пили-

пів // Механізми протидії агресивному податковому плануванню : світовий досвід та практика України : зб. матер. наук.-методол. семінару, 10 грудня 2015 р. – Ірпінь : Видавництво Національного університету ДПС України, 2015. – С. 82–86 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ir.asta.edu.ua/jspui/bitstream/doc/275/1/239_IR.pdf.

4. Ana Paula Dourado. Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS : The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6 / A.P. Dourado // Intertax. – 2015. – Vol. 43, Issue 1. – P. 42–57.
5. Commission recommendation on aggressive tax planning [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/c_2012_8806_en.pdf.
6. John Tiley. Revenue law: Introduction to UK Tax Law; Income Tax; Capital Gains Tax; Inheritance Tax: 7th edn / Tiley John, Loutzenhiser Glen. – Oxford and Portland, 2012. – 1030 p.
7. Joseph Stiglitz. Economics of the Public Sector: 4th edn / Stiglitz Joseph. – Norton, 2004. – 823 p.
8. Study Into the Role of Tax Intermediaries [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.oecd.org/tax/administration/39882938.pdf>.

Мельник Ю. О. Причины и последствия правовых ограничений налогового планирования

Аннотация. Статья посвящена исследованию сущности и природы налогового планирования. Обоснованно причины и последствия внедрения правовых ограничений налогового планирования на национальном и международном уровнях. Обобщен мировой опыт противодействия налоговому планированию.

Ключевые слова: законное налоговое планирование, агрессивное налоговое планирование, правовые ограничения налогового планирования, BEPS, юрисдикция, налогообложение.

Melnyk Yu. Reasons and consequences of legal restrictions on tax planning

Summary. The article is devoted to the study of the nature of tax planning. The reasons and consequences of legal restrictions of tax planning introduction at the national and international levels are justified. The world experience of counteraction to tax planning is generalized.

Key words: legal tax planning, aggressive tax planning, legal limitations of tax planning, BEPS, jurisdiction, taxation.

РЕЦЕНЗІЇ

*Харитонов Є. О.,
доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри цивільного права
Національного університету
«Одеська юридична академія»*

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ МИХАЙЛЮК ГАЛИНИ ОЛЕГІВНИ «ПРАВО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ З КОМЕРЦІЙНИХ ПОЗНАЧЕНЬ»¹

Як відомо економічне, політичне, культурне чи будь-яке інше цивілізоване співіснування нашої держави з країнами світу, насамперед Європейською спільнотою, передбачає сприйняття та імплементацію міжнародних стандартів у галузі інтелектуальної власності, які напрацьовувалися століттями та передбачають певні правила поведінки в міжнародній торгівлі, захисті прав та інтересів авторів і власників охоронних документів у галузі інтелектуальної власності.

Становлення України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави потребує активізації наукового пошуку, результатом якого є глибокі теоретико-практичні дослідження, спрямовані на виявлення, так званих, «білих плям» у правовій науці та їх подальше усунення. Таким чином сучасний розвиток юридичної науки ставить перед собою конкретні завдання, які визначаються різними факторами і процесами, що відбуваються в державі. До таких завдань слід віднести і дослідження зарубіжного досвіду регулювання окремих інститутів права інтелектуальної власності.

Оновлена концепція ЦК України щодо об'єктів права інтелектуальної власності вимагає перегляду низки усталених уявлень щодо поняття, сутності, класифікації та функціональної складової комерційних позначень. Існує суттєва потреба заповнити прогалини у наукових розвідках комерційних позначень на сучасному етапі, дослідити підстави для їхньої класифікації та встановити специфіку статичної і динамічної відповідних цивільно-правових відносин.

Знайомство з монографією Г.О. Михайлюк «Право Європейського Союзу з комерційних позначень» дозволяє дійти висновку про те, що її авторка змогла використати значний практичний досвід, про що свідчать наукові положення і пропозиції, сформульовані у виданні (особливо показовим у цьому аспекті є четвертий розділ), а сама робота представляє науковий інтерес, і безумовно є актуальною і своєчасною.

Авторка зазначає той факт, що серйозні проблеми створення надійної та ефективної системи охорони та захисту права інтелектуальної власності, недоліки її функціонування істотно вплинули на національний науково-технічний і творчий потенціал, і, таким чином, призвели до ускладнень відносин України з провідними державами світу (с. 6).

Г.О. Михайлюк за мету своєї монографії має комплексне, системне дослідження права комерційних позначень; визначення особливостей їх цивільно-правового регулювання; розробку теоретичних положень, практичних рекомендацій, спрямованих на подальше вдосконалення законодавства, що регулює досліджувані об'єкти права інтелектуальної власності з урахуванням міжнародного досвіду в даній сфері. Ця мета логічно зумовила відповідну структуру і зміст праці. Більшість із тем

досі не були широко висвітлені в науковій літературі з цивільного права. Зокрема, це стосується питань неправомірного використання комерційних позначень через мережу Інтернет (європейський досвід правового регулювання) (с. 284–299); порівняльно-правового аналізу судової практики країн-членів Європейського Союзу та Європейського суду справедливості щодо настання відповідальності сторін у справах про порушення прав на комерційні позначення (с. 299–312).

Так, у першому розділі «Теоретико-методологічні засади права Європейського Союзу та України з комерційних позначень» проаналізовано основні філософські підходи, методологію інституту комерційних позначень. Досліджено правову природу, роль, значення інституту комерційних позначень. У цьому контексті вивчено міжнародно-правові норми, які регламентують право комерційних позначень, проаналізовано наукові погляди на природу права ЄС, викладені в міжнародно-правовій літературі, джерела правового регулювання права комерційних позначень.

Крім того, у першому розділі Михайлюк Г. О. вірно зазначає, що як у межах доктрини, так і в сфері нормотворчості спостерігається незбалансоване висвітлення правового режиму, а також тлумачення сутності права комерційних позначень. Відносини у сфері використання окремих розрізняльних позначень (зокрема торговельних марок) вже протягом тривалого часу є предметом нормативного впорядкування та наукового дослідження, стосовно інших (комерційних найменувань і географічних зазначень) – наразі спостерігається лише формування правових норм щодо їхнього застосування. Правовий режим інших комерційних позначень (наприклад, доменних імен) досі не отримав належного законодавчого закріплення.

Важливе місце посідає другий розділ «Комерційні позначення як інститут цивільного права Європейського Союзу», який структурно поділяється на три підрозділи і присвячений аналізу права ЄС та законодавства держав-членів ЄС щодо окремих різновидів комерційних позначень та практики його застосування. Науковий інтерес у цьому розділі становлять, зокрема, визначення правової природи комерційних позначень та їх місце в системі об'єктів права інтелектуальної власності.

У другому розділі також проаналізовано основні наукові підходи до визначення функцій комерційних позначень (індивідуалізуючої (дистинктивної, розрізняльної), рекламної, інформаційної (інформативної), рекламно-інформаційної, патентно-правової, охоронної, заборонної, гарантійної якості (гарантії походження товару), комунікативної, інвестиційної та забезпечувальної) (с. 174–192).

У праці наголошується, що в усьому світі комерційні позначення вважаються невід'ємними факторами підвищення конкурентоспроможності продукції та захисту від недобросовісної конкуренції. Вони отримали правову охорону як об'єкти права

¹ *Право Європейського Союзу з комерційних позначень: монографія / Г.О. Михайлюк. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрн України, 2016. – 326 с.*

інтелектуальної власності, що вказують на походження, якість чи репутацію товарів або послуг.

У третьому розділі монографії «Реалізація суб'єктивного права на комерційні позначення» розкрито сутність реалізації суб'єктивного права на комерційні позначення, а саме використання (с. 193–234) та розпорядження (с. 234–251) комерційними позначеннями, дотримання права та правомочність заборони власниками комерційних позначень (с. 251–263).

Окремо слід зазначити про, як доречно вказує сама авторка, наявність функціонального призначення та специфіки конструкції суб'єктивного права, що зумовлюють особливу охорону комерційних позначень, самостійну стосовно об'єктів авторського та патентного права (с. 196).

У четвертому розділі успішно проводиться порівняльний аналіз судової практики країн-членів Європейського Союзу та Європейського суду справедливості щодо настання відповідальності сторін у справах про порушення прав на комерційні позначення, вносяться обґрунтовані рекомендації щодо вдосконалення законодавства.

Цікавим і корисним є загальний огляд законодавства Європейського Союзу у сфері охорони інтелектуальної власності. Зокрема, у тексті містяться відсилки до практики, здійснюється ґрунтовний аналіз судових рішень, що виникають з ІТ-відносин.

Дослідження правових основ регулювання та функціонування права комерційних позначень у Європейському Союзі становить науковий інтерес в тому аспекті, що у вітчизняній цивілістиці останнім часом лише робляться перші кроки у на-

прямі наукового осмислення правової природи, місця та системи права комерційних позначень.

Слід зазначити, що цінність даної роботи, між іншим, полягає ще й у тому, що авторка вдало проводить порівняльний аналіз норм, що регулюють комерційні позначення (торговельні марки, географічні зазначення, комерційні найменування та доменні імена) у Франції, Великій Британії, Німеччині, Австрії, Нідерландах, Польщі, Швеції, Португалії та Фінляндії.

Структурна побудова монографії Михайлюк Г.О. є логічно правильною. У цілому монографічне дослідження завершена наукова праця, з аналізом міжнародних угод, директив та конвенцій, спеціального законодавства і судової практики України, держав-членів ЄС, позицій наукової доктрини, обґрунтуванням власних поглядів на вирішення поставлених завдань і доцільності внесення пропозицій щодо змін і доповнень у законодавство України.

Отже, ознайомлення з монографією дозволяє говорити про її безперечну значущість й актуальність, належну наукову новизну й обґрунтованість; у ній здійснено загальнотеоретичний аналіз широкого кола питань щодо природи, змісту та видів комерційних позначень.

Загалом, незважаючи на окремі дискусійні моменти, які властиві кожній науковій праці, «Право Європейського Союзу з комерційних позначень» є корисним науково-практичним виданням. Авторка узагальнила значний юридичний досвід, зробивши тим самим суттєвий крок у напрямку вирішення правових наукових і практичних проблем.

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА; ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

<i>Kovalyova S. G.</i> MERCHANT LAW IN EASTERN EUROPEAN COUNTRIES (XIII–XV CENTURIES).....	4
<i>Половинкіна Р. Ю.</i> ПОСТРАДЯНСЬКЕ СПАДКОВЕ ПРАВО В НЕЗАЛЕЖНІЙ УКРАЇНІ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ.....	8
<i>Бичковський Є. Л.</i> НАУКОВО-ПРАКТИЧНИЙ КОМЕНТАР: ОСОБЛИВОСТІ СТРУКТУРИ ТА КОМПОЗИЦІЇ.....	11

АДМІНІСТРАТИВНЕ, ФІНАНСОВЕ, ПОДАТКОВЕ ПРАВО

<i>Дорофеева Л. М.</i> НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАКРІПЛЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ МИТНОЇ СПРАВИ.....	16
<i>Легеза Ю. О.</i> ЗАВДАННЯ ТА ФУНКЦІЇ ПУБЛІЧНОГО УПРАВЛІННЯ У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ.....	20
<i>Очкуренко С. В.</i> ФІНАНСОВО-ПРАВОВІ ПЕРЕДУМОВИ ВИНИКНЕННЯ, ЗМІНИ ТА ПРИПИНЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ.....	23
<i>Капля О. М.</i> РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ЕФЕКТИВНОГО ЗАХИСТУ ПРАВ І СВОБОД ОСОБИ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ КРАЇН ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ.....	27
<i>Єрмоленко-Князева Л. С.</i> ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ З ІНШИМИ ВИДАМИ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ.....	31
<i>Єрмоленко-Князева Л. С.</i> СТАНОВЛЕННЯ ТА СУЧАСНІ КОНЦЕПЦІЇ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ.....	35
<i>Бабашов Ф. Б.</i> ОБЯЗАННОСТІ ОРГАНА ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ В ОБЛАСТІ ГРАЖДАНСКОЙ АВИАЦИИ (В КОНТЕКСТЕ НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА).....	39
<i>Семеній О. М.</i> ЗМІСТ ВИДІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО РОЗСУДУ СУБ'ЄКТІВ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ: ПРАКТИЧНИЙ АСПЕКТ РОЗМЕЖУВАННЯ.....	44
<i>Братковський В. М.</i> ОЗНАКИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПОРУШЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО МОБІЛІЗАЦІЙНУ ПІДГОТОВКУ ТА МОБІЛІЗАЦІЮ.....	48

ТРУДОВЕ ПРАВО; ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

<i>Островерх А. М.</i> ЗДІЙСНЕННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ МІГРАЦІЙНОЇ ПОЛІТИКИ У СФЕРІ ПРАЦІ.....	54
<i>Silvia Trelová</i> DEPENDENT WORK AND OBSCURATION OF EMPLOYMENT.....	58

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

<i>Івашова І. П.</i> ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ДОВІЧНОГО УТРИМАННЯ (ДОГЛЯДУ).....	62
---	----

НОТАТКИ

НАУКОВИЙ ВІСНИК МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія: ЮРИСПРУДЕНЦІЯ

Науковий збірник

Виходить шість разів на рік

№ 26, 2017

Серію засновано у 2010 р.

Коректор Вишнякова Я.І.

Комп'ютерна верстка Кузнецова Н.С.

Підписано до друку 17.07.2017 р. Формат 60x84/8. Обл.-вид. арк. 18,29, ум.-друк. арк. 16,28.
Папір офсетний. Цифровий друк. Наклад 200 примірників. Замовлення № 1707-17.

Надруковано: Видавничий дім «Гельветика»

(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 4392 від 20.08.2012 р.)

Україна, м. Херсон, 73034, вул. Паровозна, 46-а, офіс 105. Тел. (0552) 39-95-80

E-mail: mailbox@helvetica.com.ua